

# JUS CIVILE

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



**5-2022**

*settembre-ottobre*



**G. Giappichelli Editore**

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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



## INDICE

	<i>pag.</i>
<b>Articoli e Saggi</b>	
Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie ** di <i>Salvatore Patti</i>	1111
Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie e il diritto penale ** di <i>Sergio Seminara</i>	1115
Appunti sparsi sul trapiano dei risarcimenti punitivi nel nostro ordinamento, a proposito di un recente libro * di <i>Edoardo Ferrante</i>	1121
La vita (privata) dei morti: memorie familiari e riservatezza domestica * di <i>Luciano Olivero</i>	1133
Per una definizione di impresa femminile, tra disciplina vigente e proposte legislative. Alcune considerazioni a margine del progetto di legge AC 3250* di <i>Andrea Caprara</i>	1146
Dalla <i>Class Action</i> alla <i>Multidistrict Litigation</i> : il caso “Dieselgate” tra U.S.A. e Italia * di <i>Matteo De Pamphilis</i>	1174
Riorganizzazione societaria e tutela del credito. Dubbi sull’ammissibilità della revocatoria contro la scissione dopo la decisione della Corte di Giusti- zia dell’Unione Europea * di <i>Simone D’Orsi</i>	1205

---

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

\* Contributo sottoposto a revisione.



	<i>pag.</i>
Riflessioni sul trust: i punti d'arrivo della metabolizzazione in Italia in attesa di una disciplina interna*	
di <i>Matteo Pellegrini</i>	1226
Raggio protettivo e funzioni delle due specie di responsabilità civile*	
di <i>Gaetano Anzani</i>	1247
L'atto di destinazione patrimoniale e il suo impiego per il soddisfacimento delle esigenze della famiglia legittima*	
di <i>Erika Manazza</i>	1280
Contractual autonomy between internal and ecological dimension in Italy*	
di <i>Gianluigi Passarelli</i>	1321
Riforma del diritto contrattuale in Francia: tra (falsa) eliminazione della causa e intervento giudiziale*	
di <i>Giulia Travan</i>	1336
Meritevolezza recessiva (e preventiva) e disposizioni anticipate di trattamento dei beni digitali*	
di <i>Remo Trezza</i>	1350
<b>Recensioni</b>	
G. Bevivino, <i>Le "autonomie private" nel nuovo diritto dell'insolvenza</i> , Pisa, 2022, pp. 165*	
di <i>Enrico Gabrielli</i>	1369
V. Ricciuto, <i>L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale</i> , E.S.I., Napoli, 2022*	
di <i>Gabriele Carapezza Figlia</i>	1372
V. Ricciuto, <i>L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale</i> , E.S.I., Napoli, 2022*	
di <i>Roberto Senigaglia</i>	1378



SALVATORE PATTI

Professore emerito – Università “La Sapienza” di Roma

## LE PRESTAZIONI PECUNIARIE SANZIONATORIE\*

SOMMARIO: 1. *Caratteristiche e contenuti del volume di Carlotta De Menech.* – 2. *Origini e definizione della pena privata.* – 3. *La funzione dei danni punitivi.* – 4. *Danno in re ipsa e danni punitivi. L'insegnamento di Cesare Massimo Bianca.* – 5. *La tesi centrale del volume su «Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie».* – 6. *Una breve conclusione su danni punitivi e pena privata.*

1. – Nelle occasioni in cui vengo invitato a commentare i volumi dei giovani studiosi rifletto sulle caratteristiche che l'opera deve possedere per essere considerata un utile contributo alla nostra disciplina. Rilevano certamente l'ampiezza della ricerca, la ricchezza e la precisione delle informazioni, la chiarezza del dettato, la capacità di argomentare nonché quella di analizzare il «sistema» muovendo da una problematica specifica.

Le suddette caratteristiche si riscontrano nel volume di Carlotta De Menech su «*Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei “danni punitivi”*», opera da collocare temporalmente nel segmento finale di una lunga serie di contributi dedicati all'antico tema della pena privata ed a quello – estremamente attuale – dei c.d. danni punitivi.

Alla luce del contenuto, mi sembra peraltro che il sottotitolo del libro, con maggiore precisione, avrebbe potuto essere «*Studio per una categoria delle pene pecuniarie private*». La costruzione della suddetta categoria appare infatti come il principale programma dell'autrice, la quale esclude altre sanzioni che non presentano carattere pecuniario.

2. – Molti studiosi – come è noto – si sono occupati negli ultimi decenni della pena privata e dei c.d. danni punitivi ed i loro contributi sono presi in esame nella parte iniziale del volume con vigorosa analisi critica delle diverse tesi, in particolare riguardo alla «equivalenza» di fattispecie punitive previste dal diritto italiano con l'istituto di *common law* dei *punitive damages* nonché alla possibilità di recepire i c.d. danni punitivi nel nostro ordinamento, soprattutto alla luce della nota sentenza della Corte di cassazione redatta dal presidente D'Ascola.

Studiando a Stanford per il mio libro su *Famiglia e responsabilità civile*, alla fine degli anni Settanta, mi ero imbattuto nella pena privata in connessione con i *torts* subiti da un componente di un gruppo familiare e

---

\* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema “*Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*”, tenutosi il 26 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Pavia in occasione della presentazione del volume monografico di Carlotta De Menech.



della reazione di quest'ultimo che, al fine di evitare la «vendetta», chiedeva una prestazione, avente appunto carattere punitivo, al gruppo familiare a cui apparteneva l'autore dell'illecito. La «pena» non era considerata privata perché si realizzava nell'ambito del diritto privato (il fatto dannoso, invero, configurava sovente un reato) ma perché nasceva e veniva determinata in un rapporto tra privati.

Anni dopo, incaricato da Rodolfo Sacco di redigere la voce «*Pena privata*» per la quarta edizione del Digesto, ho notato un ampliamento del concetto, nell'esperienza di molti ordinamenti giuridici, che ha condotto ad una definizione della figura in termini di sanzione comminata da un giudice a favore di un privato. La «pena», pertanto, non è stata definita privata perché decisa da privati ma in quanto destinata a determinare un vantaggio (patrimoniale) a privati. D'altra parte – come ha insegnato Cesare Massimo Bianca – negli ordinamenti moderni si prevedono limiti al potere dei privati, ad esempio nell'ambito delle associazioni, di stabilire sanzioni a carico di altri privati, poiché si potrebbero configurare inammissibili espressioni di «autorità private».

**3.** – La «pena privata» presenta pertanto antiche origini ed ha conosciuto una complessa evoluzione, che negli ordinamenti di *common law* ha condotto ad un più o meno frequente ricorso alla figura dei c.d. danni punitivi.

L'idea di fondo dei c.d. «danni punitivi» (e la loro funzione) è abbastanza semplice: in molti casi la funzione deterrente del risarcimento del danno non può essere soddisfatta limitandosi ad imporre il risarcimento della perdita subita dal danneggiato. Inoltre, non è sempre possibile provare l'intero pregiudizio subito oppure occorre evitare che l'autore dell'illecito conservi comunque un vantaggio economico. Appare pertanto opportuno condannare il responsabile al pagamento di una somma «ulteriore» che (non servendo a «compensare») assume carattere punitivo. L'utilità della figura è emersa chiaramente, in primo luogo negli Stati Uniti, in celebri casi nei confronti di imprese che avevano causato danni ad una moltitudine di consumatori – e non a caso la domanda del pagamento di danni punitivi si riscontra in *class actions* – oppure all'ambiente naturale. Certamente non sono mancate condanne «eccessive», che hanno determinato momenti di «crisi» dell'istituto e, tra l'altro, alla elaborazione di vari metodi per porre un limite al *quantum* dell'ammontare dei c.d. danni punitivi.

**4.** – Il libro della De Menech informa adeguatamente il lettore sulla storia delle «prestazioni pecuniarie» con funzione sanzionatoria e si sofferma sulle problematiche più recenti con acutezza di analisi ed equilibrate proposte interpretative.

Una delle questioni più attuali, sulle quali si confrontano (e si scontrano) i giudici della Corte di cassazione, riguarda il risarcimento del danno non patrimoniale e la sua prova. Si afferma infatti – soprattutto nelle sentenze della terza sezione – che il danno non patrimoniale non può essere considerato *in re ipsa*, poiché altrimenti si aprirebbe la porta ai danni punitivi, non previsti nel nostro ordinamento, e che esso deve essere provato. Si ammette tuttavia la prova mediante presunzioni (semplici), prova che di regola viene considerata fornita sulla base della mera allegazione di circostanze abitualmente presenti, ad esempio, la pacifica e armoniosa convivenza del familiare con la persona uccisa. Quasi superfluo osservare che il convenuto incontra in genere – data la sua estraneità alle vicende familiari del danneggiato – insormontabili difficoltà a contestare in modo specifico, come richiede l'art. 115 cod. proc. civ., le allegazioni di controparte.



Occorre chiedersi pertanto se il principio, secondo cui non è ammesso il danno *in re ipsa*, basato esclusivamente sulla prova dell'evento dannoso, non sia rispettato soltanto formalmente visto che il danno conseguenza viene di regola presunto.

Al riguardo, mi sembra utile ricordare il pensiero di Cesare Massimo Bianca, il quale critica la distinzione tra danno evento e danno conseguenza, sostenendo che occorre prendere in considerazione il danno evento, che ricomprende le conseguenze dannose, in quanto «è risarcibile mediante il risarcimento delle sue conseguenze pregiudizievoli» (*Diritto civile, 5, La responsabilità*<sup>3</sup>, Milano, 2021, 119). Si riscontra pertanto una visione unitaria che consente di far rientrare anche le conseguenze di carattere non patrimoniale nel «danno evento», escludendo aspetti «punitivi» del risarcimento del danno non patrimoniale.

Ciò, del resto, appare coerente con la tesi del Maestro, secondo cui nel nostro ordinamento giuridico si applica il «principio del danno effettivo»: di conseguenza non sono ammessi i danni punitivi e, in particolare, non presenta natura punitiva il risarcimento del danno non patrimoniale. Coerentemente, come detto, Cesare Massimo Bianca è contrario all'ammissibilità di pene private stabilite nell'esercizio dell'autonomia negoziale, cioè come punizione comminata dai privati, in quanto esse costituiscono espressione di un'autorità che viceversa deve essere combattuta, poiché si pone «in contrasto con il principio di parità reciproca» (*op. cit.*, 135).

In definitiva, di pena privata si può parlare quando la sanzione viene comminata dal giudice, nei casi previsti dalla legge, a favore di un privato.

**5.** – La lettura del volume che presentiamo è agevole e istruttiva non soltanto per l'analisi del tema principale, ma altresì per gli innumerevoli spunti relativi a problemi connessi.

A titolo meramente esemplificativo può ricordarsi la pagina dedicata allo standard di prova, ove si mette in luce che quello richiesto per la dimostrazione dei presupposti dei *compensatory damages* risulta in genere più tenue rispetto a quello preteso per la condanna a *punitive damages*, bastando nel primo caso la *preponderance of evidence* mentre per la condanna al pagamento di *punitive damages* si esige *clear and convincing evidence* o addirittura lo standard penalistico del *beyond a reasonable doubt*.

Conviene altresì segnalare la riflessione relativa alla clausola penale, già a livello terminologico tradizionale terreno di indagine degli studiosi delle sanzioni private. Al riguardo, dopo un attento esame critico delle diverse tesi prospettate in dottrina e giurisprudenza, l'Autrice perviene alla qualifica della clausola penale come «conseguenza negativa tesa a rafforzare l'osservanza dell'obbligazione ed eventualmente a porre rimedio agli effetti della sua inosservanza», aggiungendo tuttavia che diversi possono essere gli obiettivi perseguiti dalle parti mediante la clausola in esame, tra cui quello punitivo.

In termini generali, con riferimento alle obbligazioni pecuniarie previste nelle fattispecie normative prese in esame, l'Autrice perviene alla conclusione secondo cui «la funzione delle prestazioni in parola risiede nella deterrenza e nella punizione dell'atto illecito tipizzato dalle norme che lo contemplano». Mentre, con riguardo all'ammissibilità, in termini generali, di risarcimenti con funzione punitiva «per iniziativa pretoria», confermando l'opinione formulata all'inizio dell'indagine, ne esclude l'ammissibilità nel nostro ordinamento, e pertanto la possibilità di inquadrarli nella «categoria delle pene pecuniarie private».

**6.** – Come di sovente accade, la lettura di un volume, frutto di attenta ricerca e di adeguata meditazione, spinge a riflettere al fine di trovare conferme o di superare dubbi relativi ai temi affrontati nell'opera.





Ovviamente in questa sede posso soltanto esprimere il mio convincimento in merito ad alcune delle figure esaminate, tentando di aggiungere sintetiche argomentazioni.

Per quanto concerne i danni punitivi, mi sembra che la loro peculiare caratteristica emerga (soltanto) nelle ipotesi in cui essi si aggiungano ai danni compensativi; poiché il risarcimento è attuato mediante questi ultimi, appare evidente e certa la natura punitiva della condanna a pagare una somma ulteriore.

Da quanto detto emerge che – a mio avviso – non è condivisibile la tesi della (terza sezione della) Corte di cassazione secondo cui non può ammettersi il risarcimento *in re ipsa* del danno non patrimoniale poiché altrimenti dovrebbe ad esso riconoscersi natura punitiva. Invero, la prova presuntiva, normalmente richiesta per evitare la configurazione del danno *in re ipsa*, rappresenta spesso un mero espediente argomentativo ma soprattutto sul piano logico – alla luce di quanto esposto – non mi sembra che il danno *in re ipsa* equivalga al danno punitivo, poiché la qualifica in esame concerne la superfluità della prova, non la sussistenza del pregiudizio.

Per quanto concerne la pena privata, l'indagine storica – come accennato – dimostra che il carattere privatistico era dovuto in primo luogo al mancato intervento del giudice: la vicenda del danno e del suo risarcimento riguardavano unicamente soggetti privati.

L'evoluzione degli ordinamenti giuridici ha condotto ad un superamento degli antichi costumi e di quel metodo di risoluzione delle controversie. Il carattere «privato» della pena – viene individuato nella destinazione della somma ad un privato, o sulla base di una previsione contrattuale (clausola penale), e ciò soltanto quando l'ammontare da pagare eccede il pregiudizio subito dall'altro contraente, o a seguito di una decisione del giudice che – come avviene in ipotesi espressamente previste dalla legge, esaminate nel volume della De Menech – condanna la parte soccombente a pagare all'altra parte una somma di denaro che non ha natura e finalità risarcitoria.

Un'ultima considerazione: il carattere punitivo del risarcimento presenta anche un aspetto puramente soggettivo, che comunque può svolgere un ruolo positivo nei rapporti privati. Si pensi al genitore che entrato in un negozio si è distratto parlando al telefono e non ha controllato il figlio minore che ha provocato la caduta di un oggetto causando un danno. Mentre il negoziante vedrà il risarcimento come una mera compensazione del pregiudizio subito, il genitore lo sentirà come una punizione per la sua disattenzione e ciò consente di ravvisare non soltanto una funzione compensativa ma altresì un deterrente, a prescindere dalla condanna ad una somma ulteriore a titolo di «danni punitivi».





ERIKA MANAZZA

Dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Pavia

## L'ATTO DI DESTINAZIONE PATRIMONIALE E IL SUO IMPIEGO PER IL SODDISFACIMENTO DELLE ESIGENZE DELLA FAMIGLIA LEGITTIMA

SOMMARIO: 1. La destinazione patrimoniale con causa familiare alla luce di una recente pronuncia di legittimità. – 2. Il travagliato percorso della destinazione patrimoniale in Italia. – 3. Segue. Dalla Convenzione dell'Aja in materia di trusts all'introduzione dell'art. 2645-ter cod. civ. – 4. Aspetti essenziali della disciplina ex art. 2645-ter; in particolare, la meritevolezza degli interessi perseguibili e la tutela dei creditori. – 5. Il primo motivo di inammissibilità addotto dalla Corte. Riflessioni sulla meritevolezza di una destinazione posta a presidio di interessi familiari. – 6. Segue. La querelle dottrinale in tema di destinazione atipica a favore della famiglia coniugale e i relativi riflessi sull'applicazione dell'art. 2645-ter ai conviventi. – 7. Il secondo motivo di inammissibilità addotto dalla Corte. La revocatoria dell'atto di destinazione ex art. 2645-ter.

1. – Nonostante siano trascorsi oltre quindici anni dall'introduzione dell'art. 2645-ter nel codice civile, l'opportunità di sfruttare la destinazione atipica quale alternativa ad altre figure destinatorie già tipizzate rimane attualmente una questione tutt'altro che risolta; il che, a ben vedere, non sorprende più di tanto, considerando i notevoli dubbi che, ancora oggi, coinvolgono la maggior parte degli aspetti essenziali di tale fattispecie normativa, nonché la relativa estensibilità a settori del diritto tuttora permeati da un certo – ingiustificato – immobilismo. Sicché, quantunque con meno frequenza rispetto al passato, i nostri giudici sovente si ritrovano di fronte a casi che implicano una necessaria presa di posizione al riguardo, talvolta mantenendo sul punto un atteggiamento troppo prudente e restrittivo, come testimoniato dalle ultime sentenze di merito in tema di destinazione testamentaria<sup>1</sup>.

Resta una costante, però, il fatto che la quasi totalità delle pronunce riguardanti la disciplina di cui all'art. 2645-ter sia circoscritta all'ambito giusfamiliare; un settore, a dire il vero, tutt'altro che “stagnante”<sup>2</sup>, e im-

<sup>1</sup> Ci si riferisce alla sentenza del Trib. Roma, 18 maggio 2013, in *Fam. e dir.*, 2013, 783 ss., con nota di R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 83 ss., con nota di A. AZARA, *La disposizione testamentaria di destinazione*; in *Not.*, 2014, 63 ss., con nota di C. ROMANO, *Vincolo testamentario di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: spunti per ulteriori riflessioni*; il suo esito, in seguito, ha trovato conferma presso la Corte di Appello di Roma, 2 maggio 2019, in *Riv. not.*, 2019, 768 ss. Volendo sintetizzare, in tale contesto il giudice di merito ha negato la configurabilità di una disposizione destinataria inserita all'interno dell'atto di ultima volontà, aderendo in tutto e per tutto alle argomentazioni di una corrente dottrinale alquanto minoritaria.

<sup>2</sup> Difatti, si tratta di un ramo del diritto privato che ha subito profonde trasformazioni nell'ultimo cinquantennio, a partire dalla grande riforma del 1975 fino alla legge Cirinnà del 2016 in materia di unioni civili e convivenze registrate: v. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*. vol. 2.1: *La famiglia*, VI ed., Milano, 2017, 4 ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, V ed., Torino, 2020, 1 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Torino, 2020, 1 ss. Tra l'altro, proprio in questi mesi risulta essere in corso d'opera una riforma organica della giustizia, con rilevanti ripercussioni anche sul diritto di famiglia: a tal proposito, si discute dell'istituzione di



prontato a valori e obiettivi tali da potersi ben attagliare allo strumento destinatorio, considerata la principale finalità di quest'ultimo di attribuire vantaggi patrimoniali – tra l'altro non indifferenti, come si dirà nel prosieguo – a favore di chi ne venga designato beneficiario.

Proprio questo dato empirico cela in sé un'evidenza di non poco conto: al di là di alcuni approdi, ormai dati per certi, circa l'utilizzo dello strumento destinatorio atipico per porre rimedio alle situazioni familiari c.d. patologiche<sup>3</sup>, ovvero semplicemente non regolamentate<sup>4</sup>, emerge un ciclico dibattito dottrinale sull'ammissibilità dello stesso finanche a favore di famiglie fondate sul vincolo del matrimonio<sup>5</sup>. Difatti, ad assillare gli operatori del diritto e a farli propendere, tendenzialmente, per una risposta negativa v'è il rilievo dell'esistenza, ormai da più di cinquant'anni, di una fattispecie destinatoria *ad hoc* riservata ai membri di tale tipo di famiglia, vale a dire il fondo patrimoniale, la cui disciplina si rinviene agli artt. 167 ss. del codice. Non a caso, pochi mesi orsono, il tema è riaffiorato per l'ennesima volta al cospetto della Suprema Corte<sup>6</sup>, in occasione di un ricorso proposto avverso una sentenza di appello del Tribunale di Genova; per giunta, il caso che ci si accinge ad analizzare offre lo spunto per ulteriori considerazioni in ordine al rapporto tra la destinazione – *rectius*, separazione – patrimoniale e la tutela da assicurare agli interessi creditori, argomento che costituisce uno dei punti focali della figura in esame e sul quale si riscontrano altrettante disparità di vedute in dottrina.

Orbene, due ex amministratori di una società – al tempo della pronuncia, fallita – avevano posto in essere due distinti atti di destinazione patrimoniale ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ., in tal guisa vincolando parte del proprio patrimonio al soddisfacimento di esigenze facenti capo alle rispettive famiglie c.d. legittime: più precisamente, la destinazione aveva ad oggetto la salvaguardia del loro diritto all'abitazione familiare e al mantenimento della prole di ciascuno. Peraltro, dagli atti del processo di primo grado innanzi al Tribunale di La Spezia, promosso dal curatore fallimentare contro i due amministratori, era emerso come costoro avessero previamente contratto un debito nei confronti della predetta società, avendone depauperato il patrimonio so-

---

un rito unico per le controversie sulle persone, i minorenni e le famiglie; di una tutela rafforzata a favore di donne e minori vittime di violenza; del potenziamento del ricorso alla mediazione familiare e alla negoziazione assistita; della trasformazione del Tribunale per i minorenni nel c.d. Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.

<sup>3</sup> A dire il vero, la primissima pronuncia in tema di destinazione atipica con causa familiare si è occupata proprio di questo aspetto: v. Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2008, con nota di P. MONTELEONE, *I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. in sede di accordi di separazione*, 629 ss.; in *Fam. pers. e succ.*, 2008, con nota di R. PARTISANI, *L'art. 2645 ter c.c.: le prime applicazioni nel diritto di famiglia*, 779 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, con nota di C. MURGO, *op. cit.*, 114 ss.; in *Fam. e dir.*, 2008, con nota di F. GALLUZZO, *Commento a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007*, 619 ss. Senza indugiare troppo sul tema, si ricordi soltanto come, in tale occasione, fu lo stesso Collegio giudicante a proporre ai ricorrenti di mutare la propria domanda di modifica dei precedenti accordi di separazione, così da disporre a favore dei figli minorenni della coppia, in luogo di un trasferimento immobiliare, la costituzione sul medesimo cespite di un vincolo di destinazione.

<sup>4</sup> Ossia le famiglie fondate su una mera convivenza *more uxorio*; si tenga presente, tuttavia, che oggi le convivenze possono ricadere sotto la disciplina della già citata legge Cirinnà, la quale ha introdotto la possibilità per i conviventi di registrarsi presso l'ufficio anagrafe del comune di residenza ove si instaura la coabitazione e di determinare i relativi rapporti patrimoniali per mezzo di un accordo opponibile ai terzi. Sul punto, si vedano principalmente F. MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, 7 ss.; G. OBERTO, *La famiglia di fatto. Introduzione alla «riforma Cirinnà»*, in *Riv. dir. fam. pers.*, 2019, II, 710 ss.; L. AULINO, *Contratti di convivenza ed aspetti patrimoniali*, in *Riv. familia*, 2019, consultabile all'indirizzo [www.rivistafamilia.it](http://www.rivistafamilia.it). Circa le implicazioni di questa novità in rapporto alla destinazione patrimoniale, sia consentito rinviare a G. OBERTO, *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in *Giur. it.*, 2016, 255 ss. e G. D'AMICO, *Contratto di convivenza e atto di destinazione*, in *Fam. e dir.*, 2018, 206 ss.

<sup>5</sup> Come rileva, tra i molti, G. CORRADI, *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter e fondo patrimoniale*, in *Fam. e dir.*, 2018, 1167 ss. e, in particolare, a 1172 ss.

<sup>6</sup> Si tratta dell'ordinanza della Cass. civ., sez. VI, 29 novembre 2021, n. 37231, attualmente reperibile presso le banche dati *De Jure* e *One Legale*.



ziale tramite la loro attività e avendola condotta così al fallimento; sicché, agli occhi dei giudicanti, la costituzione di patrimoni destinati *ex art. 2645-ter* in tempi immediatamente successivi al sorgere di siffatto debito, era apparsa un'operazione connotata da intento fraudolento.

Dichiarata la nullità dei suddetti atti di destinazione, i due ex amministratori proponevano appello avverso tale pronuncia sulla scorta di un duplice rilievo: da un lato, gli appellanti affermavano la meritevolezza – e, dunque, la validità – dei loro negozi destinatori, in quanto sorretti da un interesse, quello familiare, *ex lege* meritevole; dall'altro, contestavano come il Tribunale non si fosse curato di verificare la sussistenza dell'indefettibile requisito della preordinazione dolosa in frode alla società creditrice da parte dei debitori e dei terzi coinvolti (il c.d. *consilium fraudis*, ai sensi dell'art. 2901, comma 1, n. 2, cod. civ.), trattandosi nel caso di specie di un atto posto in essere anteriormente al sorgere del credito.

La Corte di Appello di Genova, tuttavia, confermava l'esito del giudizio di primo grado dimostrando l'inconsistenza di entrambi i rilievi: quanto alla meritevolezza di tutela della destinazione patrimoniale, la sua assenza sarebbe parsa evidente soprattutto considerando il fattore temporale, vale a dire l'esiguo lasso di tempo tra la decisione di dar luogo all'operazione destinatoria e l'emersione della situazione debitoria dei due amministratori; per giunta, considerata la gratuità dell'atto di destinazione, non si ravvisava alcuna necessità di accertare il requisito del *consilium fraudis* da parte dei terzi coinvolti.

La controversia veniva portata al cospetto della Suprema Corte, laddove i soccombenti di secondo grado lamentavano, in ordine alla relativa pronuncia, la falsa applicazione delle norme richiamate nei precedenti giudizi, *id est* gli artt. 2645-ter e 2901 cod. civ. Tramite il ricorso, costoro riaffermavano la meritevolezza dell'interesse sotteso ai rispettivi negozi destinatori con causa familiare, il che avrebbe dovuto salvare questi ultimi quantomeno dalla scure della nullità, e sostenevano l'erronea conclusione della Corte di Genova anche con riguardo alle sue valutazioni in tema di revocatoria, ribadendo la necessità dell'accertamento del *consilium fraudis* in ossequio alla lettera dell'art. 2901.

**2.** – Prima di addentrarci nella trattazione dei temi invocati dalla pronuncia in esame, appare opportuno accennare ai profili evolutivi caratterizzanti la destinazione patrimoniale nell'ambito del diritto privato italiano<sup>7</sup>.

Innanzitutto, la destinazione patrimoniale costituisce una categoria concettuale la cui peculiarità principale è costituita dalla sussistenza di un elemento teleologico, ossia la finalizzazione di situazioni giuridiche soggettive a contenuto patrimoniale per la realizzazione di un dato interesse, il quale risulta estraneo alla sfera del soggetto che pone in essere l'operazione e mira, invece, a beneficiare un terzo, ovvero a realizzare uno scopo<sup>8</sup>. Ne deriva la nascita di un c.d. vincolo<sup>9</sup> – appunto, di destinazione – idoneo tanto a imporre limita-

<sup>7</sup>Tra le numerose opere dottrinali che descrivono l'iter di elaborazione del concetto di destinazione patrimoniale, in Italia come all'estero, si considerino principalmente M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 554 ss.; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007; S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009; U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2010.

<sup>8</sup>Celebre è la definizione di destinazione patrimoniale elaborata da F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 85, secondo il quale si tratterebbe di una categoria comprensiva di una serie di ipotesi nelle quali "[...] in relazione a una certa destinazione specifica una pluralità di rapporti attivi e passivi, facenti capo a più persone o ad una persona, è costituita in unità e tenuta distinta dagli altri rapporti attivi e passivi delle stesse persone o della stessa persona": il riferimento alla «destinazione specifica», appunto, rimanda all'elemento teleologico. A tale elemento si riferisce anche G. DE NOVA, *Il principio di unità della suc-*



zioni alle facoltà dominicali del titolare, quanto a comportare l'insorgere di obblighi inerenti ai beni vincolati, obblighi che attengono alla conservazione e all'amministrazione di tali cespiti proprio al fine di attuare il programma destinatorio<sup>10</sup>.

Inoltre, sebbene non costituisca elemento indispensabile alla costituzione di un vincolo di destinazione, per accentuarne la rilevanza non meramente obbligatoria e renderlo opponibile ai terzi<sup>11</sup>, è opportuno che ad esso si accompagni un effetto di separazione patrimoniale, in deroga a quanto disposto dall'art. 2740, comma 1, cod. civ. in tema di responsabilità patrimoniale generica, e dall'art. 2741, dal quale si fa discendere il principio della *par condicio creditorum*<sup>12</sup>. A ben vedere, il precipuo significato dell'espressione "patrimoni separati", generalmente impiegata dal legislatore con riferimento a fattispecie tra loro piuttosto eterogenee<sup>13</sup>,

---

*cessione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1979, 509: «[...] un bene ha una destinazione, quando è stata operata una scelta fra le sue possibili utilizzazioni, quando è stata individuata per esso una particolare finalità».

Ulteriori definizioni sono ricavabili dalla più diffusa manualistica e trattatistica: si vedano, *ex multis*, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 1957, 387; M. CONFORTINI, *Vincoli di destinazione*, in *Dizionario di dir. priv.*, a cura di N. IRTI, Milano, 1980, 871 ss.; G. ALPA, *Proprietà-potere di destinazione e vincoli di-*, in *Dizionario di diritto privato*, Torino, 1985, 322 ss.; AND. FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Digesto (Disc. Priv.)*, sez. civ., V, Torino, 1989, 321 ss.; A. BUONFRATE, voce *Patrimonio destinato e separato*, in *Dig. (disc. priv.)*, sez. civ., II, Torino, 2007, 878 ss.; R. DICILLO, voce *Atti e vincoli di destinazione*, in *Dig. (disc. priv.)*, sez. civ., I, Torino, 2007, 151 ss.

<sup>9</sup> Si tenga presente che il termine giuridico *vincolo* assume una valenza mutevole a seconda della fonte (legislativa, esecutiva o di autonomia privata) e del settore di riferimento (amministrativo o civile). Limitandoci a quest'ultimo, nel diritto privato è dato riscontrare l'utilizzo del lemma per indicare, comunemente, una limitazione, in particolare, delle facoltà connaturate al diritto proprietà, che può esplicarsi su due piani: quello del modo, determinando in capo al suo destinatario dei doveri di custodia, obblighi di immutabilità o altri adempimenti in relazione alla *res* su cui il vincolo insiste, ovvero quello dello scopo, comportando la funzionalizzazione della *res* per il perseguimento di un fine prestabilito. Sul punto, si considerino le riflessioni di AND. FUSARO, *op. loc. cit.*; A. BUONFRATE, *op. cit.*, 878-879; R. DICILLO, *op. cit.*, 151-152.

<sup>10</sup> Come osserva AND. FUSARO, *op. cit.*, 323 il vincolo di destinazione consisterebbe nel complesso «non solo delle limitazioni, ma anche [...] degli obblighi imposti per garantire la destinazione di un bene (o di un complesso di beni) al raggiungimento di un fine reale o personale».

<sup>11</sup> Difatti, un vincolo di destinazione può non presentare il carattere di opponibilità ai terzi: pegno e ipoteca, separazione dei beni ereditari, servitù prediali e alienazione con causa di garanzia sono alcuni dei casi in cui si è dato riscontrare un fenomeno di funzionalizzazione del diritto, senza che a questa si accompagni la separazione patrimoniale. In tema, per tutti, v. U. STEFINI, *op. cit.*, 16-19.

<sup>12</sup> Come noto, la separazione comporta che, all'interno della sfera dei rapporti giuridici in capo ad un soggetto, "convivano" distinte entità patrimoniali: il patrimonio separato (e destinato) è tale in quanto preposto a un determinato scopo, giuridicamente rilevante, e ciò comporta che i creditori del titolare che vantino un diritto non riconducibile a siffatto scopo (c.d. creditori estranei) siano impossibilitati a far valere, generalmente, le proprie pretese sui beni che costituiscono la massa separata. Per questo motivo, allora, un patrimonio separato rappresenta un'eccezione alla regola secondo cui «*Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*» e, al contempo, determina uno stravolgimento del "normale" *ordo creditorum*.

Dal momento che la separazione patrimoniale sembra importare pur sempre, in qualche modo, una forma di destinazione allo scopo, alcune autorevoli voci hanno ritenuto i due concetti coincidenti, affermando l'impossibilità di concepire un patrimonio destinato che non sia anche separato: v., ad esempio, M. BIANCA, *op. cit.*, 200 ss.; A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, 1 ss.; P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. società*, 2002, 121 ss. In realtà, in linea con quanto affermato nella nota precedente, sono diverse le ipotesi di patrimoni destinati privi dell'effetto di separazione, sicché sarebbe più corretto evitare di identificare la destinazione con la separazione, ammettendo, al massimo, un'identificazione "all'inverso", come evidenzia R. QUADRI, *op. cit.*, 274 affermando che «[...] isolato dal momento destinatorio, appare inconcepibile l'utilizzazione dello strumento del patrimonio separato». Tuttavia, altra parte della dottrina ritiene inconcepibile una simile ipotesi, rilevando come, a voler essere rigorosi, esistano finanche casi di separazione patrimoniale senza destinazione ad uno scopo: per tutti, A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, 27, il quale adduce quale esempio di separazione senza destinazione la costituzione di garanzie reali.

<sup>13</sup> Tra le forme di separazione patrimoniale segnalate dalla dottrina, in genere si menzionano l'eredità accettata con beneficio di inventario, l'eredità giacente, l'eredità devoluta allo Stato, il patrimonio di soggetti non ancora venuti fisicamente a esistenza, quali il nascituro e il concepito, la dote, il patrimonio familiare e, a seguito della sua soppressione, il fondo patrimoniale, il patrimonio sot-



costituisce il riflesso di una complessa opera di elaborazione dottrinale incominciata, per opera della Pandettistica tedesca, nel XIX secolo<sup>14</sup>, e sta ad indicare ipotesi in cui un soggetto risulti titolare di più entità patrimoniali, ciascuna dotata di autonoma rilevanza<sup>15</sup>, senza la necessità di ricorrere all'espedito della personificazione patrimoniale<sup>16</sup>. Limitazione della responsabilità patrimoniale, opponibilità di tale limitazione *erga omnes*, trattamento diversificato dei creditori, sottoposizione della massa separata a speciali regole di amministrazione e organizzazione, sussistenza di un regime peculiare di circolazione dei beni, insensibilità rispetto alle vicende giuridico-economiche del patrimonio residuo del relativo titolare, rappresentano alcuni soltanto degli elementi che si ritiene denotino tale categoria<sup>17</sup>.

Da un punto di vista strutturale, la destinazione patrimoniale può presentarsi in forma alternativa<sup>18</sup>: si parla di destinazione *statica* o *pura* laddove il titolare dei beni conservi la proprietà degli stessi, occupandosi personalmente di gestirli in linea con l'interesse dichiarato ovvero – più raramente – affidando tale compito a un terzo gestore, magari tramite un contratto di mandato; diversamente, una destinazione *dinamica* o *traslativa* comporta l'attribuzione del patrimonio vincolato a un terzo attuatore, un fiduciario che ne diviene proprietario a tutti gli effetti e che è a sua volta obbligato a gestire i beni conformemente al programma negozia-

---

toposto a liquidazione concorsuale ecc. A riguardo, v. G. DONADIO, *I patrimoni separati*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Bari*, Bari, VI, 1943, 77 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 86 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 281 ss.; A. DE DONATO, *Destinazione di beni e opponibilità ai terzi*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 190 ss.

<sup>14</sup> A riguardo, sia consentito rinviare direttamente ad alcune di tali fonti: A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Band I, Erlangen u. Leipzig, 1884 e Band III, Erlangen u. Leipzig, 1889; E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Neudruck der Ausgabe Weimar, 1886, Aalen, 1979, 141 ss.; nel secolo successivo, ha proseguito su questa linea anche K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, Band I, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1903, Aalen, 1968, § 44, 295 ss.

<sup>15</sup> Oltre agli autori menzionati nelle ultime due note, si considerino – senza alcuna pretesa di esaustività in materia – U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, 5 ss.; M. LUPOI, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, 565 ss.; P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 837 ss.; A. DE DONATO, *Destinazione di beni e opponibilità ai terzi*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 193 ss.; M. BIANCA, *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati*, in *Destinazione di beni allo scopo*, 166 ss.; ID., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 198 ss.

<sup>16</sup> Diversamente, ciò contraddistingue la categoria dei c.d. patrimoni *autonomi*: si tratta di forme di destinazione che implicano la nascita di un nuovo soggetto di diritto, un centro di imputazione di rapporti giuridici dotato di autonoma soggettività – e, di conseguenza, distinto dall'iniziale soggetto-conferente – al quale è dato attribuire la titolarità della massa patrimoniale in questione.

Fino agli albori del XX secolo, per qualificare il fenomeno dei patrimoni destinati risultava prevalente il ricorso all'*escamotage* della soggettivizzazione patrimoniale, in ossequio alla teorica dell'unità e indivisibilità del patrimonio, frutto del giusnaturalismo e dell'Illuminismo francese, e in linea con i successivi sviluppi della riflessione in tema di personalità giuridica; in particolare, questa accezione così fortemente soggettivizzata del patrimonio ha influenzato il pensiero della Pandettistica di metà Ottocento. In tal senso, il contributo più significativo è stato proprio quello di Aloys Brinz, attraverso la sua *Zweckvermögenstheorie* (letteralmente: "teoria dei patrimoni destinati a uno scopo"): in una prima fase (c.d. dei *patrimoni senza soggetto*), questa teoria concepisce lo scopo come un equivalente funzionale e alternativo alla persona fisica, assumendo che ad esso possa pacificamente imputarsi un patrimonio; nella sua seconda fase (c.d. dei *patrimoni personificati*), invece, il patrimonio di destinazione viene concepito come un soggetto di diritto dotato di una sua autonomia. Illustrano tale evoluzione dogmatica: M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 97 ss.; ID., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 157 ss.; A. ZOPPINI, *op. cit.*, 550 ss.; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 155.

<sup>17</sup> Sebbene parte della dottrina, in un primo momento, avesse qualificato il patrimonio separato come una "via di mezzo" tra la persona giuridica e l'oggetto giuridico (così, *ex multis*, G. DONADIO, *op. cit.*, 77 ss.), ovvero come una *universitas iuris*, intesa quale centro di imputazione dotato di autonomia, non facente capo ad alcun soggetto ma *ex lege* in grado di assurgere ad oggetto di rapporti giuridici (v. ad es. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.* 85 ss.), nel tempo si è consolidata questa differente accezione.

<sup>18</sup> In generale, si considerino i numerosi riferimenti all'interno dell'opera collettanea AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo*, cit.: la differenza tra una struttura statica e una dinamica – lo si anticipa – è la medesima adottata per la destinazione patrimoniale *ex art. 2645-ter*, nonché, tradizionalmente, anche per il negozio fiduciario romanistico (cioè realizzato attraverso l'imposizione al titolare di vincoli di natura squisitamente obbligatoria).





le, in modo non dissimile dallo schema di base di quella figura destinataria di origine anglosassone che è il *trust*<sup>19</sup>.

In effetti, è proprio dalla constatazione della longevità di siffatto istituto negli Stati appartenenti alla famiglia del *common law*<sup>20</sup> e, nel contempo, dell'assenza di un corrispettivo altrettanto efficiente negli ordinamenti di tradizione romanistica, che è emersa la profonda situazione di arretratezza in cui versavano questi ultimi, in particolar modo se rapportata alle crescenti spinte, nell'ambito del mutato contesto socio-economico dell'epoca, verso la creazione di nuove ipotesi di specializzazione della responsabilità, al principale fine di agevolare lo svolgimento dell'attività d'impresa<sup>21</sup>; un'arretratezza, peraltro, ancor più manifesta se riferita alla situazione in cui versava il nostro Paese, ove per lungo tempo hanno fatto da scudo alla codificazione di un negozio destinatorio la sussistenza di alcuni dogmi inderogabili, a detta degli operatori del diritto, di rilievo pubblicistico<sup>22</sup>. Ciò non significa che in Italia fosse del tutto sconosciuta la categoria della destinazione allo scopo, come osservato poc'anzi; tuttavia, il fenomeno destinatorio restava confinato a ipotesi di destinazione – *melius*, di separazione – strettamente tipizzate, mentre ad inibire l'opportunità di enucleare una fattispecie negoziale atipica di destinazione vi erano non soltanto il succitato principio di universalità della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 cod. civ.*, il cui comma 2 riserva alla legge la previsione di fattispecie di patrimonio separato<sup>23</sup>, ma anche il principio di esclusività e assolutezza del diritto di pro-

<sup>19</sup> Nei Paesi appartenenti alla famiglia giuridica di *common law* la destinazione patrimoniale con effetto di separazione può realizzarsi attraverso il secolare istituto del *trust*. Nonostante le sue innumerevoli varianti (tra cui anche quello che da noi viene definito “*trust* autodichiarato”, affine alla destinazione statica), lo schema base del *trust* prevede un atto con cui il conferente, il *settlor*, trasferisce parte del proprio patrimonio a un fiduciario, il *trustee*, affinché costui amministri il cespite nell'interesse di un beneficiario (in genere un terzo, ma potrebbe trattarsi dello stesso disponente o di terzi indeterminati, in quest'ultimo caso dando luogo ad un c.d. *charitable trust*).

Peraltro, come si premura di sottolineare M. LUPOI, *Si fa presto a dire “trust”*, in *TAF*, 2017, 588, il concetto stesso di “destinazione” non riscontra una vera e propria equivalenza terminologica nel diritto inglese dei *trusts*: «[...] nessun termine inglese equivalente a “destinazione” compare né in alcuna definizione di *trust* né [...] in alcuna pagina di alcun testo in materia di *trust* e [...] il concetto di destinazione, comunque inteso, non fa capolino in alcuna visione inglese del *trust*. È forse opportuno aggiungere che neanche il concetto di “vincolo”, riferito ai beni, fa alcuna comparsa nella letteratura o nella giurisprudenza inglese. La specificità del *trust* qui consiste in una lacuna sulla quale i giuristi della precomprensione forse potrebbero utilmente riflettere, perché essa corrisponde alla massima estensione concettuale da essi costruita, la quale tuttavia non trova alcun riscontro nel diritto dei *trust*.».

<sup>20</sup> Succedaneo di un antichissimo istituto dapprima conosciuto come *use* e, dalla seconda metà del Cinquecento, trasformatosi nello *use upon use*, attraverso cui si consentiva ai privati di trasferire la proprietà di taluni cespiti immobiliari ad un fiduciario allo scopo di avvantaggiare terzi, in realtà il lento sviluppo della disciplina del *trust* come noto oggi è avvenuto a partire dal XIV secolo, grazie all'attività giudiziale della Cancelleria del Re di Inghilterra, rispondente alla giurisdizione di *Equity*. Sul punto, si vedano M. GRAZIADEI e B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust dalla res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, 458 ss.; A. GAMBARO, voce *Trust*, in *dig. (disc. priv.)*, IV, sez. civ., XIX, Torino, 1999, 453 ss.; M. RHEINSTEIN, voce «*Common Law-Equity*», in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 930 ss.; M.C. MALAGUTI, *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 2015, 201 ss.

<sup>21</sup> V. per tutti A. ZOPPINI, *op. cit.*, 557, dove si afferma che «Non è disagevole, anche in questo caso, scorgere la spinta ideologica che muove la dottrina del patrimonio separato, che può ravvisarsi nell'evoluzione del processo economico che sostituisce all'uomo, quale protagonista della scena sociale, il capitale e che promuove una concezione organicistica dell'impresa [...]».

<sup>22</sup> Descrive brillantemente tale contesto storico-giuridico M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 245. Si vedano anche C. CICERO, *op. cit.*, 900 e L. RAGAZZINI, *Trust «interno» e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. not.*, 1999, 284 ss., i quali menzionano a titolo esemplificativo la pronuncia del Trib. Oristano, 15 marzo 1956, in *Foro it.*, 1956, I, 1020, ove il Giudice aveva espressamente avvertito la prospettiva dell'introduzione, nel nostro ordinamento, di un negozio destinatorio assimilabile al *trust*.

<sup>23</sup> Questo 2° comma è stato introdotto espressamente soltanto nel 1942; prima di allora, il Codice Pisanelli (a sua volta ispirato alla disciplina del *Code civil* napoleonico), si limitava a enunciare il principio di responsabilità patrimoniale così come lo riscontriamo attualmente al comma 1 del 2740, sebbene allo stesso risultato si fosse già giunti per via interpretativa. Alla lettura “pubblicistica” della norma *de qua* contribuiva, poi, la Relazione ministeriale al codice civile, che al n. 1124 statuiva che la riserva di legge era stata



prietà, insieme a quello del *numerus clausus* dei diritti reali, che impediscono la creazione di nuove situazioni giuridiche di tal genere e di situazioni proprietarie, per così dire, “frammentate”<sup>24</sup>.

Diversamente, nell’ordinamento anglosassone il *trust*<sup>25</sup> rappresenta uno strumento giuridico storicamente radicato e ampiamente sfruttato per via della sua morfologia alquanto flessibile – tant’è che, a voler vedere,

---

posta «nell’interesse del credito e dell’economia». A riguardo, si consideri la dettagliata ricostruzione del percorso legislativo di tale disposizione fornita da A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, 3 ss., cui si rinvia anche per quanto segue.

A causa della continua proliferazione normativa di fattispecie di destinazione patrimoniale, coniate attraverso l’impiego dell’espedito della personificazione ovvero, più spesso, attraverso il ricorso al meccanismo della separazione, il principio di cui all’art. 2740, comma 1 è stato progressivamente eroso a favore della succitata tendenza a forme di specializzazione della responsabilità patrimoniale, con maggiore interesse, per contro, all’aspetto della tutela del ceto creditorio in tali circostanze. Di conseguenza, una “relativizzazione” del principio di universalità della responsabilità patrimoniale si è resa indubbiamente doverosa, ma per lungo tempo non si è rivelata determinante al fine di acconsentire alla creazione di una fattispecie negoziale di destinazione rimessa all’autonomia privata e con efficacia reale.

Con il passare del tempo – come si avrà modo di considerare anche nel prosieguo – tanto l’apertura al riconoscimento di *trust* stranieri mostrata dai nostri tribunali quanto, all’inizio del nuovo millennio, della norma codicistica sulla destinazione patrimoniale, l’art. 2645-ter, questa tendenza si è affermata ulteriormente, tant’è che alcune autorevoli voci propongono una rilettura dell’art. 2740 che consideri il rapporto tra comma 1 e comma 2 non più come un rapporto “regola-eccezione”, bensì come un unico sistema o, addirittura, a termini invertiti (“eccezione-regola”). Sul punto, si rimanda alle riflessioni di A. DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all’atto di destinazione ex art. 2645-ter*, in *Dir. fam.*, 2007, 1257 ss.

<sup>24</sup> A differenza del principio di universalità della responsabilità patrimoniale, questi ultimi non vengono espressamente sanciti all’interno del Codice, bensì costituiscono un lascito dell’antico *ius romanum*; ad ogni modo, dalla loro sussistenza discende che i vincoli reali – e tale sarebbe il vincolo di destinazione ivi prospettato – debbano pur sempre essere assistiti da una copertura normativa che assicuri sicurezza e trasparenza nella circolazione dei beni e, più in generale, nell’individuazione delle situazioni proprietarie. Inoltre, a supportare questa *ratio*, soccorre la regola generale della relatività degli effetti del contratto ex art. 1372 cod. civ., preposta ad evitare che si vada ad attaccare la sfera di terzi estranei al rapporto contrattuale per mezzo di nuove situazioni giuridiche atipiche e ad essi opponibili. Questo è il motivo per cui, nel nostro ordinamento, non è riuscita ad attecchire una categoria concettuale come quella della c.d. proprietà fiduciaria. Sul punto, v. a titolo riepilogativo U. STEFINI, *op. cit.*, 10, note 22 e 23 ss. Per un approfondimento sul tema, invece, sia consentito rimandare a P. RESCIGNO, voce *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 254 ss.; M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, fondato da A. Cicu e F. Messineo, VIII, tomo 1, Milano, 1980, 216 ss.; A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 236 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, 153 ss.

Nel corso del XX secolo, per le stesse ragioni sottese all’erosione del principio ex art. 2740, comma 1, l’esigenza di conferire all’autonomia dei singoli un ruolo sempre più incisivo quanto alla regolamentazione degli affari privati ha condotto a ritenere che anche i principi suddetti in materia di diritti reali non fossero da considerare di rilievo pubblicistico; il che, a ben vedere, potrebbe trovare conferma nella lettera dell’art. 42 della Costituzione, ove si acconsente alla funzionalizzazione della proprietà. Sta di fatto che, in relazione al dibattito dottrinale sull’eventuale introduzione di una fattispecie destinataria atipica, tale circostanza ha inciso positivamente, orientando parte della dottrina a ritenere perfettamente legittima la creazione di patrimoni destinati rimessi all’autonomia dei privati e a rilevanza reale. Scrive ancora U. STEFINI, *op. cit.*, 26: «Secondo questi Autori l’autonomia privata, in ossequio al dettato dell’art. 1322 cod. civ., sarebbe sempre in grado di porre in essere negozi destinatori, o attributivi di diritti funzionalizzati ad uno scopo, che rientrerebbero tra gli *indici di circolazione* a rilevanza esterna, esattamente come i normali negozi traslativi: sarebbe la causa sottostante a conformare a sé il diritto “destinato”, creando vincoli opponibili indipendentemente da una espressa previsione legislativa, e pubblicizzabili mediante un’applicazione estensiva, ove non apertamente analogica, delle norme in materia di trascrizione». Tra tali autori, si ricordino U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, cit., 5 ss.; G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 391 ss.

<sup>25</sup> La letteratura italiana in materia di *trust* è a dir poco sconfinata: in tal sede, si considerino principalmente A. GAMBARO, *op. loc. cit.*; M. GRAZIADEI, voce *Trusts nel diritto anglo-americano*, in *dig. (disc. priv.)*, IV, sez. comm., XVI, Torino, 1999; M. GRAZIADEI, B. RUDDEN, *op. loc. cit.*; C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 548 ss.; M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971, 1 ss.; ID., *Introduzione ai Trusts*, Milano, 1994, 26 ss.; ID., *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 425 ss.; ID., *Trusts*, cit., 1 ss.; ID., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Milano, 2011 1 ss.; ID., *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Milano, 2016, 1 ss.; A. BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 309 ss.; S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2004, 1 ss.; C. CICERO, *Riflessioni su trust e categorie civilistiche*, in *Giur. comm.*, 2010, 899 ss.





si usa discorrere a riguardo di *trusts*, al plurale, piuttosto che riferirsi ad esso nella sua unitarietà<sup>26</sup> – conseguenza della sua regolamentazione preminentemente giurisprudenziale<sup>27</sup>; un espediente negoziale in grado di condurre a risultati pratici portentosi, oltre che decisamente vantaggiosi dal punto di vista economico<sup>28</sup>. Tutto questo, si tenga presente, in un contesto dove la proprietà è intesa in termini più duttili, essendo concepibile una scissione delle facoltà dominicali tra più soggetti, dando vita a una *dual property*, e dove, inoltre, non esiste un principio come quello dell'art. 2740, comma 1, cod. civ.<sup>29</sup>. Ne consegue però che, agli occhi del giurista continentale, il meccanismo fiduciario del *trust* è apparso per lungo tempo difficilmente riproducibile all'interno dei Paesi di *civil law*: a differenza della fiducia di stampo romanistico<sup>30</sup>, nel *trust* la titolarità dei beni vincolati è suddivisa tra il fiduciario-attuatore della destinazione (c.d. *trustee*) e il beneficiario della stessa, rispettivamente definiti come *legal owner* e come *equitable owner* di tali cespiti; per giunta, il patto tra fiduciante (*settlor*) e fiduciario (*trustee*) è tale da essere opponibile ai terzi<sup>31</sup>, sebbene il primo non di-

<sup>26</sup> Nella dottrina italiana, il primo a riferirsi al fenomeno in questi termini è stato Maurizio Lupoi, attualmente considerato il massimo esperto in materia: si veda M. LUPOI, *Introduzione ai Trusts*, cit., 1 ss. e i riferimenti nelle sue opere successive.

Per intenderci, considerando soltanto il sistema giuridico anglosassone, si riscontra un'estrema proliferazione di figure di *trust*: sarebbe pressoché impossibile menzionare tutte le classificazioni adottate ad oggi, tenendo conto del fatto che le varie tipologie di *trusts* possono differenziarsi sotto innumerevoli aspetti, tra cui la fonte (es. *trusts* espressamente istituiti; *trusts* non espressamente istituiti; *implied trusts*), la natura dell'atto istitutivo (es. *trusts* testamentari), la possibile coincidenza tra parti (es. *trust* autodichiarato); il ruolo e il grado di discrezionalità attribuito al *trustee* (es. *bare trusts*; *discretionary trusts*), l'interesse perseguito, con riferimento alla presenza di un beneficiario o di uno scopo (es. *charitable trusts*) ovvero con riferimento al tipo di interesse sotteso al *trust* (es. *trusts* famigliari; *business trusts*), e così via. Per tale ragione, al fine di offrire una panoramica dell'istituto, si fa riferimento ad un presunto "schema di base", il quale viene ottimamente spiegato da Lupoi in alcune sue opere di stampo manualistico; tra le molte, si vedano M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit.; ID., *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit.

<sup>27</sup> Ma si tenga presente che, in ogni caso, la ricognizione e l'ammodernamento della disciplina dei *trusts* è stata attuata attraverso la promulgazione di numerosi *acts* da parte del legislatore inglese: a riguardo, v. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., 16, che elenca alcune delle normative in materia.

<sup>28</sup> Sul punto, M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 89; A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, 469 ss.

<sup>29</sup> Lo sdoppiamento delle facoltà proprietarie si può spiegare in questi termini, sulla scorta delle osservazioni di R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, *passim*: con la costituzione di un *trust*, il *trustee* diviene titolare di una *legal ownership* sul patrimonio trasferitogli, subendo al contempo una limitazione delle sue facoltà dominicali, che passa attraverso un vero e proprio obbligo di amministrare il patrimonio a favore del *beneficiary*, il quale diviene a sua volta detentore di una *equitable ownership*, una sorta di "proprietà sostanziale". In realtà, in dottrina non è del tutto pacifico che attraverso il *trust* si realizzi codesto sdoppiamento della proprietà: non sono mancate, tra i giuristi continentali, opinioni differenti, che hanno attribuito al *trustee* una posizione meramente obbligatoria nei confronti del beneficiario, ovvero hanno considerato il *trust* un autonomo centro di imputazione, nell'ottica della personificazione patrimoniale. Per alcuni spunti si veda C. LICINI, *Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di «fiducia anglosassone» (Trust)*, in *Riv. not.*, 1992, 125 ss.

Quanto all'assenza di un principio assimilabile a quello di universalità della responsabilità patrimoniale, si rinvia a M. GRAZIADEI e B. RUDDEN, *op. cit.*, *passim*.

<sup>30</sup> Ove l'attribuzione a un fiduciario di una posizione di "curatore" degli interessi altrui richiede che egli acquisti pur sempre un diritto di proprietà pieno ed effettivo, non essendo contemplabile una frammentazione del medesimo, nemmeno considerando l'eventuale temporaneità della titolarità in capo al fiduciario, qualora il *pactum fiduciae* preveda l'obbligo di ritrasferimento della *res*. In tal senso, il *trust* anglosassone appare maggiormente orientato alla concezione germanistica di fiducia, nella misura in cui essa determina proprio tale frammentazione del diritto di proprietà: al fiduciario non viene attribuita una piena proprietà, ma egli detiene la legittimazione a esercitare in nome proprio un diritto che rimane in capo (anche) a un altro soggetto. Sul negozio fiduciario in generale, *ex plurimis*, v. L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933 10 ss.; V.M. TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 34 ss.; C. GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in AA.VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, 2 ss.

<sup>31</sup> Mentre, si rammenti, nella fiducia romanistica si tratta di un patto che ha una rilevanza obbligatoria, attuabile sul piano meramente interno dei rapporti tra fiduciario e il fiduciante, con la possibilità che quest'ultimo assuma il ruolo di creditore del primo in caso di suo inadempimento.



sponga di rimedi nei confronti del secondo, in quanto soltanto il beneficiario è legittimato ad agire in giudizio, avverso l'inadempimento del fiduciario, per mezzo di alcuni rimedi di natura reipersecutoria<sup>32</sup>. Da ultimo, con il *trust* si realizza un fenomeno che prende il nome di *segregazione patrimoniale*, vale a dire una forma di separazione<sup>33</sup> che comporta l'incomunicabilità bidirezionale tra patrimonio destinato e patrimonio residuo del *trustee*, sicché l'uno è aggredibile unicamente da parte dei creditori il cui rapporto si fonda sulla causa sottesa alla destinazione, l'altro soltanto dai creditori personali del *trustee*, senza che si determinino reciproche interferenze<sup>34</sup>.

**3.** – A partire dalla seconda metà del Novecento, tuttavia, si è riscontrato un rinnovato approccio alla destinazione patrimoniale nel panorama giuridico internazionale, testimoniato dalla diffusione di fattispecie *latu sensu* fiduciarie, paragonabili al *trust*, finanche nelle legislazioni degli Stati di *civil law*<sup>35</sup>; un approdo che era, però, ancora piuttosto lontano in Italia, dove si può soltanto osservare come, all'epoca, la giurisprudenza

<sup>32</sup> Segnatamente, il beneficiario gode di un sistema di rimedi dotati del carattere dell'opponibilità ai terzi creditori e aventi causa del *trustee*, più incisivi rispetto a quelle che civilisticamente potrebbero attribuirsi ad un qualsiasi creditore, dato il loro carattere di realtà. Volendo sintetizzare, in primo luogo, il beneficiario dispone di una forma di tutela denominata *following*, che gli consente di "seguire" i beni del *trust fund* qualora il *trustee* li abbia illegittimamente distratti dal fondo stesso, ottenendone la restituzione da parte del *trustee*, qualora se ne sia appropriato personalmente, ovvero da parte di eventuali terzi acquirenti. In secondo luogo, il rimedio generalmente indicato come *tracing* permette al beneficiario, in un certo senso, di mantenere le proprie pretese equitative sul valore degli originari beni del *trust fund*, laddove il *trustee* li abbia modificati ovvero illegittimamente trasferiti a terzi. Questo rimedio, nella sua applicazione concreta, può delinearci in forme differenti, anche con riguardo alla buona o mala fede degli acquirenti e alla gratuità od onerosità dell'acquisto, comportando, a seconda dei casi, la condanna dei terzi acquirenti a rispettare il vincolo originariamente impresso sui beni, la surrogazione reale di tali beni con il denaro ricavato, o altre conseguenze. V. per tutti A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, 451 ss., dove si aggiunge che «Simile idea è d'altra parte essenziale al fine di assicurare il successo pratico dei meccanismi fiduciari».

<sup>33</sup> La differenza non sempre risulta chiara ai commentatori, ma attualmente si ritiene che risieda in ciò, che mentre il patrimonio separato rappresenta un complesso di situazioni giuridiche soggettive semplicemente sottoposte a regole speciali per quanto concerne le vicende obbligatorie generali del loro titolare, il patrimonio segregato costituisce un complesso di situazioni giuridiche soggettive completamente estranee a tali vicende, implicando un distacco tra la sfera del patrimonio generale del titolare e quella del patrimonio così isolato. V., ancora, M. LUPOI, *Introduzione ai Trusts*, cit., 75 ss.; ID., *Trusts*, cit., 450.

<sup>34</sup> Un esempio di separazione *bidirezionale* – *id est* segregazione patrimoniale – è quello che si trae dalla disciplina degli artt. 2447-bis ss. cod. civ.: una società per azioni ha la facoltà di separare taluni cespiti all'interno del proprio patrimonio affinché siano destinati ad uno specifico affare (v. *ex multis*, G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. vol. II: Diritto delle società*, a cura di M. CAMPOBASSO, X ed., Torino, 2020, 172 ss.). In tali circostanze, i creditori sociali estranei alla causa di destinazione all'affare non potranno soddisfarsi sul patrimonio in tal guisa separato, così come i creditori della destinazione potranno rivalersi solamente sulla massa patrimoniale destinata.

Al contrario, un caso di separazione *unidirezionale* è quello del patrimonio destinato ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.: i creditori che rinvengono la fonte del loro rapporto nella destinazione possono aggredire non solo il patrimonio destinato, ma anche il patrimonio residuo del debitore-conferente.

<sup>35</sup> Numerosi gli Stati, appartenenti alla famiglia di *civil law* o a quella degli ordinamenti "misti", che ad oggi hanno pienamente ed espressamente recepito il modello del *trust* con una disciplina interna. Si veda, per un approfondimento, la disamina delle legislazioni straniere svolta da M. LUPOI, *Trusts*, cit., 337 ss. Per elencare solo alcuni tra i Paesi che hanno accolto tale istituto, si ricordino Argentina, Cina, Etiopia, Francia, Giappone, Israele, Lussemburgo, Messico, Peru, Russia, San Marino, Venezuela ecc. Si è parlato di una vera e propria "corsa al *trust*" avvenuta negli ultimi decenni, secondo l'espressione utilizzata da A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 1995, 630.

Ragionevolmente, allora, la Convenzione dell'Aja nasce dalla sempre più frequente necessità di dare attuazione alle disposizioni contenute negli atti istitutivi di *trusts* stranieri, al fine di conferire a livello internazionale un'univoca regolamentazione per il loro riconoscimento e di uniformare le varie norme nazionali di conflitto, anche a favore di quegli Stati di tradizione di *civil law* che ancora esprimevano riserve sull'istituto.



di merito incominciassero timidamente a negare il carattere di ordine pubblico dei summenzionati principi civilistici<sup>36</sup>.

Per tale ragione, ha destato non poco stupore la prontezza con cui il Parlamento italiano ha proceduto alla ratifica della Convenzione dell'Aja del 1985 relativa alla legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento<sup>37</sup>, tenendo presente che, per contro, alla ratifica non è stata accompagnata una disciplina interna di recepimento dell'istituto dal punto di vista sostanziale<sup>38</sup>. Nondimeno – se ciò non apparisse già desumibile dal relativo titolo – è sufficiente soffermarsi sulle prime disposizioni della Convenzione<sup>39</sup> per comprendere come l'intento dei redattori in realtà non fosse quello di introdurre la figura destinataria anglosassone in ordinamenti che ne fossero sprovvisti, bensì, da un lato, di fissare regole universali volte a individuare la normativa applicabile, nei casi di conflitto tra leggi, a quei *trusts* connotati da elementi di internazionalità e, dall'altro, di dettare criteri univoci per il loro riconoscimento – o disconoscimento – da parte degli Stati firmatari<sup>40</sup>. A sostegno di questa teoria, la dottrina ha fatto leva sulla formulazione estremamente generica

<sup>36</sup> V. ad esempio quanto si trae dalla pronuncia del Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, in *Riv. not.*, 1985, 240 ss., con nota di L.P. COMOGLIO.

<sup>37</sup> La Convenzione è frutto dei lavori della XV Sessione della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, che si è svolta tra l'8 e il 20 ottobre del 1984 e che, infine, è stata stipulata il 1° luglio 1985. Suddivisa in cinque Capitoli, la sua struttura interna è tale da richiamare gli obiettivi preannunciati dal titolo, dedicando il Capitolo II e il Capitolo III, rispettivamente, alla “*Legge applicabile*” e al “*Riconoscimento*” del *trust*, mentre riserva ai restanti I, IV e V («*Campo di applicazione*» della Convenzione, «*Disposizioni generali*» e «*Clausole finali*») il ruolo di disciplinare aspetti più generali. Volendo sintetizzare, sotto il primo profilo la scelta della Conferenza è quella di attribuire preminenza alla volontà del conferente, consentendogli di indicare la legge applicabile al proprio *trust* e stabilendo solo in via sussidiaria l'applicazione della legge con cui il *trust* presenta il più stretto collegamento, sulla base di parametri puntualmente individuati. Sotto il secondo profilo, poi, la Convenzione identifica una serie di effetti che ciascuno Stato aderente è tenuto a riconoscere al *trust* nel caso di specie, taluni indefettibili, taluni dipendenti dall'effettivo contenuto della legge risultata applicabile attraverso le norme convenzionali di conflitto. Per approfondimenti in tema, si considerino principalmente A. BUSATO, *op. cit.*, 329 ss.; P. PICCOLI, *La convenzione de l'Aja sulla legge applicabile ai trusts, del 1° luglio 1985, ratificata il 16 ottobre 1989 ed i riflessi di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 1990, 91 ss.; R. GROSSO, *La Convenzione sulla legge applicabile ai trusts: brevi spunti di riflessione*, in *Riv. not.*, 1991, 995 ss.; G. BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Eur. e dir. privato*, 1998, I, 399 ss.

Il ruolo dell'Italia in questo contesto è stato emblematico: si tratta, infatti, del primo Paese di *civil law* a ratificare la Convenzione, segnatamente con legge del 16 ottobre 1989 n. 364, e, per giunta, il secondo Paese in assoluto a provvedervi. La legge di ratifica, poi, è entrata in vigore il 1° gennaio 1992, in conformità al disposto dell'art. 30 della Convenzione, che stabilisce che «*La Convenzione entrerà in vigore il primo giorno del terzo mese seguente il deposito del terzo strumento di ratifica, accettazione o approvazione previsto dall'articolo 27*».

<sup>38</sup> A meno che non si consideri la successiva introduzione dell'art. 2645-ter il mezzo attraverso cui, di fatto, si è inteso finanche recepire l'istituto straniero nell'ordinamento italiano, come sostenuto da una riguardevole parte della dottrina: v. S. BARTOLI, *Riflessioni sul nuovo art.2645ter cod. civ. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 1297 ss.; L. GATT, *Dal trust al trust, Storia di una chimera*, II ed., Napoli, 2010, 172 ss., in particolare 204 ss.; U. STEFINI, *op. cit.*, 49 ss. Di questa opinione si parlerà più profusamente nel prosieguo.

<sup>39</sup> O, a voler vedere, anche solo la prima, di carattere programmatico, che ribadisce quanto si desume già dal titolo: «*La presente Convenzione stabilisce la legge applicabile al trust e regola il suo riconoscimento*», e nulla più aggiunge.

<sup>40</sup> In realtà v'è chi ritiene che la Convenzione costituisca qualcosa di più di una mera disciplina di diritto internazionale privato: i sostenitori di questa tesi affermano che, al suo interno, si riscontrerebbero anche norme di diritto materiale uniforme. A tal proposito, il riferimento principale è all'art. 11 della Convenzione che, in poche parole, impone agli Stati aderenti di far discendere una serie di effetti minimi dal riconoscimento di un *trust* (es. separazione patrimoniale, legittimazione processuale e negoziale in capo al *trustee*, ecc.). Argomentando dal carattere sostanziale della disciplina convenzionale, dunque, si è affermata l'idoneità della legge di ratifica della Convenzione a introdurre nel nostro ordinamento la figura del *trust* o, quantomeno, del c.d. *trust interno* (ovvero con unico elemento di estraneità rispetto al nostro ordinamento costituito dalla normativa straniera richiamata per la sua disciplina). Fattori della natura (anche) sostanziale della Convenzione, ad esempio, sono M. LUPOI, *Trusts*, cit., *passim*; S.M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985*, in *TAF*, 2000, 145; A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 919 ss.



dell'art. 2 della Convenzione, la quale sembra dettare, più che una definizione di *trust*, una serie di aspetti minimali idonei a delineare una mera struttura generica<sup>41</sup>; da qui la nota espressione “*trust amorfo*”, coniata da uno dei massimi esperti di *trusts* in Italia<sup>42</sup>, intendendosi con essa una figura in grado di sussumere al proprio interno fattispecie anche piuttosto differenti tra loro, appartenenti tanto a ordinamenti di *common law* quanto di *civil law*<sup>43</sup>. Se non altro, la Convenzione dell'Aja, con riguardo al tema della destinazione patrimoniale, ha avuto il pregio di “smuovere le acque” – fino ad allora alquanto chete – in terra nostrana, non soltanto in quanto ha dotato il nostro sistema di diritto internazionale privato di norme di conflitto in materia di *trust*, prima di quel momento del tutto assenti<sup>44</sup>, ma anche perché, attraverso l'accesso dibattito creatosi sulla figura del c.d. *trust interno*<sup>45</sup>, ha decisamente conferito la spinta finale per un puntuale – quanto agognato – intervento legislativo sul punto.

<sup>41</sup> Vale la pena di riportare l'intero testo della norma: «*Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o mortis causa – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico.*»

*Il trust presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee; c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.*

*Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust».*

Emerge una definizione piuttosto generica ove, tra l'altro, si afferma l'opzionalità del trasferimento dei beni vincolati dal *settlor* al *trustee*, consentendone l'intestazione ad un diverso soggetto ovvero – nonostante la Convenzione non ne faccia menzione – la loro permanenza in capo al medesimo conferente. Inoltre, menzionando un generico “controllo”, la norma omette di chiarire quale sia la natura del rapporto che intercorre tra il *trustee* e le altre parti del *trust*, senza specificare se costui possa assumere obbligazioni nei confronti del *settlor* (come nella fiducia romanistica) o del solo beneficiario (come nel modello di matrice anglosassone). Dopodiché, l'art. prosegue al comma 2 indicando alcuni requisiti essenziali del *trust* ai sensi della Convenzione: la separazione patrimoniale, l'intestazione al *trustee* o ad altro soggetto dei beni conferiti, il potere-dovere in capo al *trustee* di amministrare, gestire e disporre conformemente all'atto istitutivo e alle norme di legge, con annesso obbligo di rendicontazione. In aggiunta, all'ultimo comma si sancisce la «*non necessaria incompatibilità*» di quelle figure di *trust* in cui il *settlor* mantiene talune pretese nei confronti del *trustee*, ovvero in cui quest'ultimo assume le vesti di beneficiario.

<sup>42</sup> *Id est* Maurizio Lupoi: la prima opera in cui egli si riferisce al *trust* convenzionale in questi termini è M. LUPOI, «*The shapeless trust*» – *Il trust amorfo*, in *Vita not.*, 1995, 51 ss. A ben vedere, questa espressione è stata adoperata per lo più in senso polemico dalla dottrina, onde sottolineare il discostarsi della figura delineata nella Convenzione tanto dal *trust* anglosassone quanto da qualsiasi altro istituto *latu sensu* riconducibile al *trust* disciplinato in altri ordinamenti.

<sup>43</sup> A conferma di ciò sovviene il preambolo della Convenzione, ove si evidenzia una presa di coscienza in merito alle svariate esperienze internazionali di regolamentazione del *trust*: esso statuisce che «*[...] il trust è un istituto peculiare creato dai tribunali di equità dei paesi della Common Law, adottata da altri paesi con alcune modifiche [...]*». Da qui si spiega la scelta compromissoria dei redattori di delineare una fattispecie di *trust convenzionale* – o, che a dir si voglia, *amorfo* – volutamente diverso da quello tramandato dalla tradizione d'oltremarica, al fine di estendere la disciplina convenzionale anche quella vasta gamma di *trust-like institutions* enucleate da Paesi estranei al sistema di *Equity*.

<sup>44</sup> Un problema, questo, che si ripercuoteva anche sul piano del diritto internazionale, dal momento che già prima del 1989 l'Italia aveva aderito a fonti pattizie che presupponevano la conoscenza del *trust* e la predisposizione di un sistema di norme di conflitto riferibili a esso, cioè la Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. La ratifica della Convenzione dell'Aja, per contro, ha consentito al *trust* di assurgere a figura pienamente conosciuta nel diritto internazionale privato italiano, senza più alcuna necessità per i nostri giudici, come in passato, di compiere minuziose operazioni qualificatorie che ne riconducessero i profili sostanziali alle più familiari categorie interne. Per giunta, la ratifica ha comportato nei nostri tribunali l'univoco riconoscimento, ai sensi del comma 1 dell'art. 11 della Convenzione, di *trusts* internazionali, istituiti in conformità ad una legge straniera espressamente regolante l'istituto, risultata applicabile sulla base della disciplina convenzionale di conflitto. Sul punto, v. L. FUMAGALLI, *La convenzione dell'Aja sul «trust» e il diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. comm. internaz.*, 1992, 540 ss.; AA.VV., *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, a cura di A. GAMBARO, A. GIARDINA, G. PONZANELLI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, 1213 ss.; M. LUPOI, *Trusts*, cit., 411 ss.

<sup>45</sup> L'espressione (coniata, ancora una volta, da Lupoi: v. *ex plurimis* M. LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la*





La svolta è avvenuta solamente nel 2006 quando, in occasione della conversione del decreto legge c.d. «mille proroghe» n. 273 del 2005, all'esito di un iter legislativo piuttosto rocambolesco<sup>46</sup>, viene inserito nel nostro Codice Civile l'art. 2645-ter, rubricato “*Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*”<sup>47</sup>. La portata della norma appare, a primo impatto, a dir poco innovativa: finalmente, anche in Italia sembra trovare cittadinanza una figura destinataria connotata e da un vincolo ad efficacia reale e da

Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985, in *Vita not.*, 1992, 976 ss.) identifica un *trust* i cui elementi di rilievo sarebbero riconducibili ad un ordinamento che, proprio come l'Italia, non conosce l'istituto dal punto di vista sostanziale; di conseguenza, pur mostrando degli stretti collegamenti con simile ordinamento, si tratterebbe di una fattispecie necessariamente regolata da una legge straniera. La questione promana, a sua volta, dal dubbio circa la reale natura della Convenzione dell'Aja e dal significato della relativa ratifica, non essendo del tutto chiaro se si tratti soltanto di una presa di impegno del nostro Paese a riconoscere *trust* istituiti all'estero, o se si debba ritenere che la ratifica abbia implicato la rimozione di ostacoli all'ammissibilità del *trust*, per lo meno interno.

L'art. 13 della Convenzione, infatti, dispone che «Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust*, i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione». In altre parole, si conferisce agli Stati firmatari la scelta se riconoscere o meno un *trust* connotato da “elementi significativi”, ritraibili da una lettura complessiva delle disposizioni convenzionali, che lo riconducano a un *no-trust country* (ovvero, a uno Stato che, pur conoscendo la figura del *trust*, ne ignori quella determinata tipologia).

Il dibattito sul *trust* interno ha coinvolto numerosi e autorevoli giuristi italiani: tra i favorevoli troviamo A. BUSATO, *op. cit.*, 309 ss.; M. LUPOI, *Lettera a un notaio curioso di trusts*, in *Riv. not.*, 1996, 343 ss.; ID., *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, cit., 425 ss.; ID., *Lettera a un notaio conoscitore dei trusts*, in *Riv. not.*, 2001, 1159 ss.; S.M. CARBONE, *op. cit.*, 145 ss.; A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 919 ss. Contrari, invece, C. CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 441 ss.; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 11 ss.; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, 1247 ss.; ID. *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, 1107 ss.; ID. *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 953 ss.; G. BROGGINI, *op. cit.*, 399 ss.

In giurisprudenza, invece, l'orientamento nettamente prevalente è quello a sostegno dell'ammissibilità del *trust* interno: tra le prime pronunce, si ricordino Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2000, 3391 ss., con note di E. BRUNETTI, *Il testamento dello zio d'America. Il “trust” testamentario*, e M. LUPOI, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: «trust» e istituti civilistici*; in *Giur. it.*, 1999, 925 ss., con nota di B. GHITTONI, *Nota in materia di trust testamentario*; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295, con nota di F. DI CIOMMO, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2004, 1191; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, cit., Trib. Brescia 12 ottobre 2004, in *Riv. Dir. Inter-naz. Priv. e Proc.*, 2004, 1410 ss.; Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in *TAF*, 2006, 83.

<sup>46</sup>La norma rinviene degli antecedenti in due progetti di legge, risalenti alla XIV legislatura; segnatamente, il Progetto n. 3972 del 14 maggio 2003 e del Progetto n. 5414 del 10 novembre 2004: entrambi si riferivano ad una fattispecie negoziale di destinazione mirante a favorire soggetti portatori di gravi handicap, al fine di assicurarne l'autosufficienza economica, il mantenimento, l'istruzione e garantire il sostegno economico dei relativi discendenti. Un secondo antecedente della norma *de qua* si rinviene nel testo del d.d.l. relativo al *Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale* del 2005, accompagnato da una Relazione menzionante, oltre alla tutela dei disabili, anche obiettivi di natura pubblicistica; tuttavia, estromessa dal Piano per parere avverso della II Commissione permanente di Giustizia del Senato, la norma viene inspiegabilmente inserita nella legge di conversione (l. 23 febbraio 2006, n. 51) del decreto «mille proroghe», approvata con un testo emendato più e più volte in corso d'opera. Sul punto, v. S. PEPE, *Proposta di legge, in Destinazione di beni allo scopo*, cit., 11 ss.; A. PICCIOTTO, *Brevi note sull'art. 2645 ter: il trust e l'araba fenice*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1314 ss.; AA.VV., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, 3 ss.

<sup>47</sup>Il cui testo recita «*Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo*».



un effetto di separazione patrimoniale, dunque opponibile *erga omnes*, corredata, inoltre, da tutta una serie di elementi essenziali quanto alla forma e all'oggetto dell'atto, alla durata del vincolo, ai soggetti coinvolti nel programma destinatorio, agli interessi perseguibili, e via dicendo. Se non che, a voler vedere, fin dalle prime opere di commento alla nuova disposizione<sup>48</sup>, la portata rivoluzionaria dell'art. 2645-ter viene smentita dalla maggior parte degli autori, concordi nel ritenere che siffatta norma abbia sollevato molti più problemi di quanti ne abbia risolti.

A tal proposito, basterebbe considerare come perfino oggi sia pressoché impossibile rinvenire un'opinione univoca circa la classificazione dell'art. 2645-ter quale norma sulla fattispecie ovvero sugli effetti negoziali. Invero, pur essendo pacifico che prima di tutto essa si occupi di regolare la trascrizione di atti di destinazione che presentino le caratteristiche ivi elencate – osservazione scontata, vista la sua collocazione codicistica, sebbene non sia altrettanto scontata l'efficacia della trascrizione stessa<sup>49</sup> –, effettivamente la formulazione della norma lascia spazio a interpretazioni differenti, sicché una consistente parte della dottrina ritiene che essa abbia introdotto una vera e propria fattispecie negoziale di destinazione patrimoniale, atipica sì, rimessa all'autonomia privata, ma di per sé autonoma<sup>50</sup>. Al contrario, altre voci si assestano sul fronte opposto<sup>51</sup>, aderendo a quanto è stato affermato dalla giurisprudenza di merito in occasione della prima pronuncia riguardante l'art. 2645-ter<sup>52</sup>: in essa, quantunque in un *obiter dictum*, il Giudice statuisce che la norma, ben oltre rispetto a

<sup>48</sup> Per citarne solo alcune: A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., p.155 ss.; AA.VV. *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008, 1 ss.; AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, 1 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 161 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, I, 165 ss.; R. FRANCO, *Il nuovo articolo 2645-ter cod. civ.*, in *Not.*, 2006, 315 ss.; R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1717 ss.; G. VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 775 ss.; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 321 ss.; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, I, 1069 ss.; R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Contr. e impr.*, 2007, 299 ss.

<sup>49</sup> Prima del 2006, infatti, il principio di tassatività delle norme sulla trascrizione e l'impossibilità di ricondurre tali atti alle ipotesi previste agli artt. 2643 ss. impedivano la segnalazione pubblicitaria di fattispecie destinatorie atipiche e, più in generale, la pubblicità di atti modificativi del contenuto del diritto di proprietà (v. G. GABRIELLI, *op. cit.*, 321, nota 1). Tuttavia, l'art. 2645-ter reca con sé un duplice dubbio: da un lato, non è chiaro se la trascrizione ivi prescritta sia configurabile quale obbligo o facoltà (sicché, in quest'ultimo caso, la sua assenza inciderebbe solo sul regime di opponibilità dell'atto e non sulla sua validità); dall'altro, la natura di tale adempimento pubblicitario, vale a dire il suo carattere meramente dichiarativo ovvero finanche costitutivo, non è precisata nel testo della norma.

<sup>50</sup> Così, *ex multis*, M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 187 ss.; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1729 ss.; G. PETRELLI, *op. cit.*, 162 ss.; F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 166; S. MEUCCI, *op. cit.*, 160 ss.; F. GALLUZZO, *Autodestinazione e destinazione c.d. dinamica: l'art. 2645 ter cod. civ. come norma di matrice sostanziale*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, II, 2014, 128 ss. In questo senso, tra l'altro, si è pronunciata anche la Cassazione (v. Cass. civ., sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 3735, in *Foro it.*, 2015, I, 1215 ss. e Cass. civ., sez. VI, 25 febbraio 2015, n. 3886, in *Vita not.*, 386 ss.), avverso le molteplici sentenze di merito che hanno adottato la contrapposta tesi.

<sup>51</sup> V. P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e impr.*, 2006, 626; A. PICCIOTTO, *Orientamento giurisprudenziale sull'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 297 ss.

<sup>52</sup> Si tratta del decreto del Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Riv. not.*, 2007, II, 367 ss., con nota di E. MATANO, *I profili di assolutezza del vincolo di destinazione, uno spunto ricostruttivo delle situazioni giuridiche soggettive*; in *Notariato*, 2006, 539, con nota di A. CALISTI, *L'atto di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. non esiste? Brevi considerazioni a margine della pronuncia del tribunale di Trieste in data 7 aprile 2006*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 524 ss., con nota di M. CINQUE, *L'interprete e le sabbie mobili dell'art. 2645 ter cod. civ.: qualche riflessione a margine di una prima (non) applicazione giurisprudenziale*.

Nel caso in esame, al Giudice Tavolare (Arturo Picciotto) veniva richiesta l'intavolazione di un atto pubblico di dotazione immobiliare di un *trust*; nel rigettare la domanda, egli valutò la possibilità di sussumere la fattispecie sotto l'art. 2645-ter, e di conseguenza si espresse in via incidentale riguardo alla natura della norma. Il Giudice, tuttavia, concluse che l'art. 2645-ter rappresentasse una «anomala disposizione normativa» che non poteva essere utilizzata nel caso di specie.



una mera disposizione in materia pubblicitaria, abbia disciplinato un effetto negoziale – l’effetto di destinazione, appunto – tipizzato ma atipico nel suo contenuto, in grado di integrare il nucleo effettuale di altri negozi tipici o atipici<sup>53</sup>. In aggiunta, considerando significativo il precipuo riferimento del Giudice alle figure negoziali atipiche, altri autori ne hanno tratto un’ulteriore ed interessante linea interpretativa: in tal senso, l’art. 2645-ter non soltanto avrebbe tipizzato l’effetto destinatorio, bensì avrebbe anche avallato l’ammissibilità di fattispecie negoziali di destinazione rimesse all’autonomia dei privati, le quali, a dire il vero, si sarebbero potute porre in essere già prima dell’entrata in vigore della norma, ma che da quel momento in poi risultano disciplinate puntualmente quanto ai relativi parametri di validità e di opponibilità ai terzi<sup>54</sup>.

Su altro versante, e più in generale, l’art. 2645-ter ha causato ulteriori dissidi in relazione alla tematica del *trust* interno. Un cospicuo numero di commentatori<sup>55</sup> – con i quali chi scrive ritiene di concordare – ravvisa nella disciplina dell’atto di destinazione patrimoniale atipico un modello in grado di rappresentare il *genus* rispetto a qualsivoglia fattispecie destinataria più specifica, tra cui anche lo stesso *trust*, sicché gli elementi menzionati all’art. 2645-ter costituirebbero dei requisiti di ammissibilità per l’operatività di quest’ultimo istituto nel nostro Paese; meglio ancora, i più “intrepidi” sostengono che la novella del 2006 abbia definitivamente introdotto un *trust di diritto interno* o, in altri termini, un *trust italiano*<sup>56</sup>, data la riconducibilità della struttura ivi delineata all’art. 2 della Convenzione dell’Aja e la piena rispondenza ai requisiti indefettibili del *trust* da esso desumibili. Ciononostante, per quanto appaiano manifesti i punti di contatto tra l’art. 2 della Convenzione e l’atto di destinazione ex art. 2645-ter, vi è chi ha espresso più di una riserva sulle supposte conclusioni<sup>57</sup>, partendo dalla constatazione della perdurante assenza di una legge interna incentrata espressamente sul *trust*, e proseguendo sulla scorta delle svariate discrepanze, tanto dal punto di vista strutturale quanto da quello rimediabile, tra la destinazione italiana e quella di matrice anglosassone. In estrema sintesi, tali giuristi negano che l’art. 2645-ter possa aver veicolato nel nostro sistema il *trust*, un istituto che continuerà pur sempre a essere riconosciuto per effetto dell’adesione alla Convenzione e nei limiti della relativa disciplina, ma che rimane ben distinto rispetto all’atto di destinazione di diritto interno<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Si riporta, qui di seguito, un estratto della pronuncia: «La norma [...] viene a introdurre nell’ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione (che per i beni immobili e mobili registrati postula il veicolo formale dell’atto pubblico), accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi [...]. Con essa, si opina, non si è voluto introdurre nell’ordinamento un nuovo tipo di atto a effetti reali, un atto innominato, che diventerebbe il varco per l’ingresso del tanto discusso negozio traslativo atipico; non costituisce la giustificazione legislativa di un nuovo negozio la cui causa è quella finalistica della destinazione del bene alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Non c’è infatti alcun indizio da cui desumere che sia stata coniata una nuova figura negoziale, di cui non si sa neanche se sia unilaterale o bilaterale, a titolo oneroso o gratuito, a effetti traslativi od obbligatori».

<sup>54</sup> In tal senso U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 1069 ss.; R. DI RAIMO, *L’atto di destinazione dell’art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 47 ss.; U. STEFINI, *op. cit.*, 47 ss.

<sup>55</sup> V. gli autori citati alla nota 38.

<sup>56</sup> Così L. GATT, *op. cit.*, 73 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 203 ss.; ID., *Trust interno, art. 2645 ter c.c. e «trust italiano»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 167 ss.; ID. *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, cit., p. 1162 ss.; L. VITALE, *Trust interni e trust auto-dichiarati: ammissibilità e ruolo interpretativo dell’art. 2645-ter c.c.*, in *Vita not.*, 2017, 179 ss.

<sup>57</sup> In tal senso, tra i molti, v. M. LUPOI, *Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di Trust*, in *Riv. not.*, 2006, I, 169 ss.; ID., *Trust e vincoli di destinazione: qualcosa in comune?*, in *TAF*, 2019, 239 ss.; G. DORIA, *Il patrimonio “finalizzato”*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 511 ss.; G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. Impr. Europa*, 2007, 351 ss.; A.C. DI LANDRO, *L’art. 2645-ter e il trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. not.*, 2009, 604 ss.; V. GRECO, *Trust interno tra teoria e diritto vivente (Parte seconda)*, in *Studium Iuris*, 2015, 806 ss.; M. GIULIANO, *Trust e dintorni: la necessaria chiarezza*, in *TAF*, 2017, 500 ss.

<sup>58</sup> Addirittura il più celebre studioso e sostenitore del *trust* nel nostro Paese, *id est* Lupoi, sviluppa fermamente la presunta identità, finanche funzionale, tra le due ipotesi di destinazione; anzi, perché si possano realizzare i medesimi risultati pratici del *trust*, il vinco-





Ciò che emerge da questa rapida disamina è come, a distanza di ormai più di quindici anni dalla comparsa della norma sulla scena del diritto civile italiano, la dottrina continui tuttora ad arrovellarsi sul significato da attribuire pressoché ad ogni aspetto della disciplina *de qua*; di certo, un ausilio alla sua interpretazione non potrebbe trarsi né dalla collocazione della disposizione all'interno del Codice nel Titolo del Libro Sesto dedicato alla trascrizione, né dalla lettera della norma, il cui contenuto appare laconico e disorientante.

4. – Una volta delineato per sommi capi l'*iter* concettuale della destinazione patrimoniale nel nostro Paese, per comprendere appieno le argomentazioni addotte dalla Suprema Corte nell'ordinanza da cui prende spunto il presente saggio è bene considerare, altrettanto sinteticamente, alcuni degli elementi caratterizzanti la figura destinataria di cui all'art. 2645-ter, soffermandoci poi maggiormente su quelli che costituiscono il perno motivazionale della pronuncia *de qua*.

Come già accennato, la novella del 2006 ha inteso regolamentare (la trascrizione del) l'atto di destinazione patrimoniale, dettando svariate indicazioni circa i parametri formali, contenutistici, temporali, causali ed effettuali cui l'atto stesso deve conformarsi; ciononostante, con riguardo a molti altri presupposti, del pari fondamentali per completare la disciplina in questione, il legislatore ha assunto un atteggiamento a dir poco reticente. Infatti, nessun riferimento si rinviene circa l'eventuale struttura – unilaterale e/o contrattuale – dell'atto<sup>59</sup>, né sulla possibilità o meno di porre in essere una destinazione traslativa<sup>60</sup>, menzionando la norma solamente il conferente e il beneficiario quali parti del rapporto negoziale.

---

lo di destinazione *ex art. 2645-ter*, a sua detta mero «frammento di *trust*», dovrebbe accedere strumentalmente ad un contratto di affidamento fiduciario, che si dimostra idoneo a disciplinare compiutamente il profilo gestorio della destinazione patrimoniale (cosa che l'art. 2645-ter non farebbe). Condividono questa tesi M. GIULIANO, *op. cit.*, 499 e G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, cit., 1126 ss.: invero, sorprende che quest'ultimo autore, pur aderendo alla distinta tesi che reputa la destinazione *ex art. 2645-ter* un *trust* a tutti gli effetti, ammetta che tale atto andrebbe opportunamente integrato, sotto il profilo gestorio, dal collegamento con un contratto di affidamento fiduciario.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, affiancare allo strumento destinatorio questo ulteriore contratto avrebbe l'effetto di complicare ulteriormente la situazione: da un lato, la sua coesistenza con l'atto *ex art. 2645-ter* andrebbe vagliata nel concreto in termini di compatibilità; dall'altro, anche volendo ammettere tale compatibilità, tutt'altro che scontata sarebbe l'operazione volta a conciliare la disciplina dell'uno con quella dell'altro, con il rischio che il contratto di affidamento fiduciario risulti nel concreto ingiustificato, se non addirittura pleonastico.

A maggior ragione, questa considerazione sembra avvalorata da un ulteriore rilievo: la l.112/2016, meglio nota come «legge sul dopo di noi» e mirante ad agevolare soggetti affetti da grave disabilità privi di sostegno familiare, sembra aver definitivamente riconosciuto il contratto di affidamento fiduciario – prima mero contratto socialmente tipico – nel panorama giuridico italiano, affiancandolo al *trust* e ai vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter* dal punto di vista funzionale. Tuttavia, questo intervento normativo non deve trarci in inganno: il contratto di affidamento fiduciario è sì riconosciuto oggi a livello normativo, ma resta privo di una puntuale definizione legislativa, essendo tuttora definito solamente a livello dottrinale (ancora una volta, il più autorevole assertore di questa figura risulta M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014). Senza indugiare in tema, basti dire che tale novità ha comportato una proliferazione di commenti, che hanno coinvolto in vario modo il tema del rapporto tra *trust* e atto di destinazione; a tal proposito, sia concesso rimandare a G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, 1098, nota 33.

<sup>59</sup> Alcuni sostengono che l'atto possa assumere soltanto una struttura unilaterale, sulla base del fatto che esso, incidendo unicamente sulla sfera patrimoniale del conferente, non intaccherebbe la sfera giuridica di altri soggetti, tantomeno del beneficiario, al quale è pur sempre concesso di rifiutare la prestazione di cui è destinatario: così A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 114 ss.; R. DI RAIMO, *op. cit.*, 65 ss.; E. RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni immobili o di mobili registrati (art. 2645-ter c.c.)*, in *Vita not.*, 2006, 1241 ss.; A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, 224 ss.; G. PETRELLI, *op. cit.*, 165, che si esprime in termini di sufficienza della struttura unilaterale, più che di necessità. Tra gli autori, poi, c'è un'ulteriore scissione tra chi ritiene che l'atto unilaterale abbia carattere recettizio e chi ritiene il contrario: sul punto, v. G. CORRADI, *La struttura dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Fam. e dir.*, 2020, 1084.

Altri si esprimono a favore della struttura contrattuale, implicante il necessario consenso del beneficiario, al fine non solo di per-



Ad ogni modo, una prima indicazione espressa è quella relativa al presupposto formale della destinazione: senza troppi giri di parole, il testo dell'art. 2645-ter prescrive la redazione dell'atto in forma pubblica, con ragionevole certezza, ai fini della sua validità<sup>61</sup>, ritenendosi piuttosto improbabile, invece, che tale requisito sia funzionale soltanto alla trascrizione del vincolo nei pubblici registri e, di conseguenza, alla sua opponibilità *erga omnes*<sup>62</sup>.

Onde evitare che i privati pongano in essere vincoli perpetui, in spregio della funzione socio-economica che la proprietà assume nel nostro ordinamento<sup>63</sup>, la norma si premura di stabilire la durata massima della destinazione patrimoniale, commisurandola alternativamente alla vita del beneficiario ovvero a un lasso di tempo non superiore a novant'anni. La violazione di tale precetto, infatti, determina l'invalidità della clausola temporale e la sua automatica sostituzione con il termine imperativo<sup>64</sup>, mentre la semplice omissione non pare idonea a inficiare l'atto, potendo soccorrere, in questi casi, un meccanismo di integrazione giudiziale<sup>65</sup>.

Quanto all'oggetto della destinazione, la disposizione indica soltanto due categorie di cespiti suscettibili di essere vincolati, vale a dire i beni immobili e i beni mobili registrati, la cui natura consente di pubblicizzare adeguatamente le rispettive vicende circolatorie; se non che, il successivo riferimento testuale ai frutti dei

---

fezionare la fattispecie ma anche di dare atto della sussistenza dell'interesse destinataro perseguito e, di conseguenza, di offrirne garanzia ai creditori: v. F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 172 ss.; M. CEOLIN, *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 163 ss. A questa tesi hanno aderito anche alcune pronunce di merito in tempi più recenti: a titolo esemplificativo, v. Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, in *Giur. it.*, 2012, 2274 ss., con nota di R. CALVO, *Trust e vincoli di destinazione: "conferire" vuol dire trasferire?*

L'opinione preferibile in dottrina – e accolta da chi scrive – ammette che l'atto di destinazione possa presentarsi a struttura unilaterale o contrattuale a seconda dei casi, testimoniata dal fatto che l'art. 2645-ter utilizza il generico termine "atti": in tal senso, G. GABRIELLI, *op. cit.*, 335; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1722 ss., ID., *L'attribuzione in funzione di destinazione*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 317 ss.; U. STEFINI, *op. cit.*, 88. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, v. Trib. Reggio Emilia, 23 marzo 2007, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 451 ss., con nota di A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*.

<sup>60</sup> Di questa questione si tratterà più nel dettaglio nelle pagine che seguono; ora, basti soltanto osservare come, in tempi relativamente recenti, non poche pronunce di merito (v. Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, cit.; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 713 ss., con nota di A. AZARA, *Atto di destinazione ed effetto traslativo* e in *Corr. Giur.*, 2014, 1367 ss. con nota di C. SGOBBO, *Il negozio di destinazione e l'inammissibilità della destinazione unilaterale*; Trib. Reggio Emilia, 27 gennaio 2014, in *Corr. giur.*, 2014, con nota di C. SGOBBO, *op. cit.*; Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, in *Fam. e dir.*, 2015, 902 ss., con nota di A. BENNI DE SENA, *op. cit.*) abbiano assunto l'inconcepibilità del negozio di destinazione *puro*. I giudici hanno interpretato restrittivamente sia il dato lessicale dell'art. 2645-ter, in quanto le espressioni "conferente" e "beni conferiti" esprimerebbero, a loro parere, la necessità di un trasferimento; sia il riferimento alla legittimazione del conferente ad agire per la realizzazione del fine destinataro; sia l'art. 2740, comma 1, cod. civ., che verrebbe sconfessato se si concedesse ai privati l'incondizionata facoltà di creare, all'interno del proprio patrimonio, masse così separate. L'impressione è che questa avversione nei confronti della destinazione non traslativa risenta della convinzione che essa possa ridursi a un'illecita sottrazione da parte del conferente di taluni suoi cespiti, in pregiudizio ai propri creditori, come sottolinea G. CORRADI, *op. ult. cit.*, 1089.

<sup>61</sup> Così A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 231; R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 1725; G. GABRIELLI, *op. cit.*, 336; G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 289; U. STEFINI, *op. cit.*, 117.

<sup>62</sup> Sostengono questa tesi, invece, G. PETRELLI, *op. cit.*, 163 ss. e, più di recente, ID., *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, in *Riv. not.* 2020, 1090 ss.; R. DICILLO, voce *Atti e vincoli di destinazione*, in *dig. (disc. priv.) sez. civ.*, cit., 151 ss. La conseguenza sarebbe quella di ritenere che la norma contempli anche negozi di destinazione stipulati in forma di scrittura privata, parimenti validi ma dai quali potrebbe discendere un'efficacia meramente obbligatoria del vincolo, non essendo essi idonei alla trascrizione per mancanza del requisito formale prescritto; una conclusione, questa, che riterrei da escludere, viste le premesse da cui siamo partiti, e visto che un simile atto di destinazione "obbligatoria" si sarebbe potuto tranquillamente perfezionare anche prima dell'intervento legislativo.

<sup>63</sup> Il riferimento è ovviamente all'art. 42, comma 2, Cost.

<sup>64</sup> V., *ex multis*, G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 173-175.

<sup>65</sup> Cfr. R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1728, in particolare v. nota 30; R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 67-68.



beni conferiti potrebbe far pensare all'opportunità di estendere la disciplina della destinazione patrimoniale finanche alla generalità dei beni mobili<sup>66</sup> o, quantomeno, a quelli che sono parimenti assoggettabili ad un regime pubblicitario che consenta ai terzi di conoscerne la relativa condizione giuridica<sup>67</sup>.

Da un punto di vista soggettivo, poi, come anticipato poc'anzi, l'articolo si riferisce unicamente al conferente – anche detto *disponente* – e al beneficiario della destinazione. Il primo è il proprietario originario dei beni, il soggetto da cui promana la volontà di costituire il vincolo e che sceglie in tal guisa di limitare le proprie facoltà di godimento e, eventualmente, di disposizione sulle *res* conferite, gestendo in prima persona o facendo gestire la massa destinata al fine di realizzare un interesse altrui o, in ogni caso, estraneo alla propria sfera<sup>68</sup>. Di conseguenza, alcuni autori ravvisano in questa circostanza la creazione di nuova forma proprietaria, introdotta proprio dall'art. 2645-ter: una *proprietà nell'interesse altrui*, distinta da quella delineata all'art. 832 cod. civ. poiché caratterizzata dall'utilizzo di beni e dell'impiego delle utilità da essi ritraibili a favore non del relativo proprietario, ma di terzi<sup>69</sup>, ovvero per uno scopo determinato<sup>70</sup>.

A tal proposito, è proprio il beneficiario l'unico altro soggetto puntualmente menzionato all'art. 2645-ter, che gode dei vantaggi patrimoniali discendenti dalla destinazione – unica affermazione, questa, universalmente condivisa, considerati i dissidi circa l'esatta qualificazione della sua situazione privilegiata<sup>71</sup> – e la cui

<sup>66</sup> Prospetta questa possibilità, senza aderirvi espressamente, R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1727. In tal senso, invece, v. G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, cit., 1143 ss., il quale sostiene che ad alcuni beni mobili, pur sprovvisti di un regime di pubblicità legale, possa estendersi il vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter*, segnatamente laddove alla destinazione si accompagni un contratto di affidamento fiduciario che ne trasferisca la proprietà a un terzo.

Nondimeno, tenendo presente la reale difficoltà di rendere opponibile ai terzi un vincolo su beni mobili sprovvisti di un adeguato regime di segnalazione pubblicitaria, oltre all'operare del regime circolatorio fondato sulla regola "possesso vale titolo", sembra più opportuno concordare con la dottrina maggioritaria, che reputa il riferimento ai frutti dei beni destinati un'eccezione (come, del resto, è stato previsto nella disciplina di altri istituti, ad es. il fondo patrimoniale e i patrimoni destinati a uno specifico affare delle S.p.A.) v. F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 177; U. STEFINI, *op. cit.*, 115 ss.

<sup>67</sup> V. S. MEUCCI, *op. cit.*, 163; G. PALERMO, *op. ult. cit.*, 291; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1726. L'esempio più comune di bene assoggettabile alla disciplina *ex art. 2645-ter* è quello dei titoli di credito, dei quali, tra l'altro, è ammesso il conferimento in fondo patrimoniale *ex art. 167* cod. civ., laddove essi vengano resi nominativi.

<sup>68</sup> Per tutti, G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 525. Alcune voci sostengono che il conferente possa finanche essere titolare di un diritto reale diverso sui beni destinati: v. M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di Trust*, in *Riv. not.*, 2006, I, 169 ss.; R. LENZI, *op. ult. cit.*, 60.

<sup>69</sup> In tal senso A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *TAF*, 2006, 169 ss., ove si legge «Al di là della sua qualità tecnica, deplorabile, è pacifico che la norma citata introduce definitivamente nel nostro ordinamento [...], in via sostanzialmente generale, la nozione di proprietà dedicata. [...] quando si dispone, come nella norma in esame, che titolarità della proprietà ed interesse economico allo sfruttamento dei beni ed ai loro frutti possono essere dissociati in base ad un atto di esercizio dell'autonomia proprietaria e che tale dissociazione è opponibile ai creditori del proprietario, il principio di compattezza del diritto dominicale viene definitivamente meno e si introduce positivamente nel nostro ordinamento la figura della proprietà nell'interesse altrui».

<sup>70</sup> Peraltro, la maggior parte dei commentatori ritiene estranea all'ambito applicativo dell'art. 2645-ter una generica destinazione di scopo, considerando che, in relazione alla durata del vincolo, esso viene commisurato espressamente alla durata della vita del beneficiario. Ciononostante, in assenza di indicazioni contrarie, alcuni asseriscono l'ammissibilità una siffatta forma di destinazione, la quale sarebbe connotata non dall'assenza *tout court* di beneficiari, ma dalla loro indeterminatezza, dovuta all'appartenenza ad una categoria di soggetti indistinti ma accomunati dall'interesse diffuso alla realizzazione dello scopo in questione: in questi termini, v. R. LENZI, *op. ult. cit.*, 66; D. MURITANO, *Negozi di destinazione e trust interno*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 285. Ammette la destinazione per uno scopo *charitable*, come per il *trust* anglosassone, A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 249.

<sup>71</sup> Minoritaria la tesi che ravvisa la sussistenza di un diritto reale su cosa altrui (M. D'ERRICO, *Trascrizione del vincolo di destinazione*, negli atti del Convegno "Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.", Milano, 19 giugno 2006), gli autori si dividono tra chi afferma che il beneficiario sia titolare di un diritto di credito nei confronti del proprietario dei beni vincolati, *sui generis* in quanto opponibile ai terzi (U. STEFINI, *op. cit.*, 142 ss.; M. CEOLIN, cit., 384) e chi, invece, sostiene che si tratti più che altro di una situazione di vantaggio paragonabile a quella di colui che vanta un interesse legittimo (S. MEUCCI, *op. cit.*, 498 ss.; U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 1108 ss.).



identità, si ritiene, deve essere per lo meno desumibile dal contenuto dell'atto destinatorio<sup>72</sup>, a nulla valendo il riferimento normativo a «*persone con disabilità*» e «*pubbliche amministrazioni*»<sup>73</sup>.

Orbene, per quanto la norma non faccia alcun accenno al profilo gestorio della destinazione, nondimeno è innegabile che ciò rappresenti elemento imprescindibile per la realizzazione del programma negoziale. In ordine al suo concreto esplicarsi, poi, nulla osta ad ammettere tanto una destinazione statica – in cui il disponente, rimasto nella titolarità dei beni destinati, si occupa personalmente della gestione dei beni destinati, oppure opta per l'affidamento di simile attività ad un terzo, presumibilmente tramite un contratto di mandato<sup>74</sup> –, quanto una destinazione traslativa, in cui egli si spoglia interamente delle proprie facoltà proprietarie trasferendole ad un fiduciario, nuovo proprietario a tutti gli effetti del patrimonio vincolato<sup>75</sup>, con il compito di amministrarlo in conformità al programma destinatorio<sup>76</sup>.

La situazione si fa più complessa, peraltro, ove si intenda “sovrapporre” i ruoli dei suddetti soggetti

<sup>72</sup> Cfr. G. PALERMO, *op. ult. cit.*, 292, il quale afferma la necessità che il beneficiario sia determinato, e G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, 178, che sostiene, invece, possa essere anche soltanto determinabile.

<sup>73</sup> Con molta probabilità – almeno per quanto concerne l'aspetto soggettivo della norma – l'indicazione non ha valenza restrittiva del novero dei possibili beneficiari, ma sembra rappresentare un residuo dei succitati disegni di legge del 2003 e del 2004, come sottolinea G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, 176.

<sup>74</sup> Nel contesto di una destinazione c.d. pura, tuttavia, la casistica mostra come la scelta di affidare la gestione dei beni vincolati a un terzo in base ad un contratto di mandato sia piuttosto rara; anche laddove ciò accada, peraltro, data l'obbligatorietà del mandato, il gestore risponderà solo contrattualmente nei confronti di chi gli ha affidato l'incarico – *id est* il conferente – e non verso il beneficiario, a prescindere dalla qualificazione che si intende attribuire alla situazione giuridica privilegiata di quest'ultimo.

Parte della dottrina, inoltre, ritiene che in questa circostanza la gestione possa affidarsi finanche allo stesso beneficiario (v. A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 250 ss.; F. GAZZONI, *op. cit.*, 175; M. CEOLIN, *op. cit.*, 369-370, il quale però non ritiene ammissibile un contratto di mandato tra disponente e beneficiario). A voler vedere, si tratta di una tesi ben poco condivisibile, dal momento che, amministrando il beneficiario nel proprio esclusivo interesse, il rischio sarebbe quello di dar luogo a un'ipotesi di *autodestinazione*, di cui si preciserà a breve. Qualche spiraglio potrebbe aprirsi qualora vi siano più beneficiari e solo uno di essi sia designato come gestore, ovvero qualora l'interesse non sia esclusivo del beneficiario ma sia “condiviso” con il disponente, a sua volta beneficiario; in questo caso, però, lo strumento negoziale da operare sarebbe un mandato *in rem propriam*, vale a dire concluso nell'interesse (anche) del mandatario.

<sup>75</sup> A detta di alcuni parrebbe opportuno – se non addirittura necessario – che anche nella destinazione c.d. dinamica la gestione fosse regolata da un contratto di mandato, così da poter controllare l'attività svolta dall'attuatore e assicurarne la cooperazione: sul punto, A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 255; U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 1101; S. MEUCCI, *op. cit.*, 137.

Queste conclusioni, tuttavia, sono avversate da altra parte della dottrina: in effetti, nella disciplina dell'art. 2645-ter, uno dei tratti peculiari è la previsione di una situazione proprietaria finalizzata alla realizzazione di un interesse, circostanza che già di per sé determina la nascita di obblighi di gestione in capo al disponente, ovvero ad altri eventuali soggetti cui viene affidata l'amministrazione delle *res*. Di conseguenza, ciò renderebbe immotivato l'automatico impiego di un contratto di mandato, bensì questo avrebbe caratteri del tutto opzionale e integrativo, laddove il conferente intenda regolare specifici aspetti dell'attività gestoria affidata ad altri soggetti: così, F. ALCARO, *op. cit.*, 88 ss.; dello stesso avviso è anche U. STEFINI, *op. cit.*, 29 ss., il quale rileva l'analogia tra la destinazione patrimoniale e la disciplina delle servitù negative, anch'esse comportanti obbligazioni negative a carico del proprietario del fondo servente, ma dotate del requisito dell'inerenza alla *res* e quindi dell'opponibilità ai terzi.

<sup>76</sup> Come rileva R. LENZI, *op. ult. cit.*, 74, il fatto che la norma statuisca soltanto che «[...] i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione», non soltanto non offre indicazioni certe circa il precipuo contenuto dell'attività gestoria, ma, tra l'altro, lascia aperta la questione delle conseguenze relative agli atti compiuti in contrasto con tale attività, e quindi con il dovere di realizzazione dell'interesse destinatorio.

Molto sinteticamente, data l'ampia autonomia concessa dall'art. 2645-ter, è preferibile ritenere che il conferente sia del tutto libero di determinare il programma gestorio, perfino corredando il vincolo di destinazione, eventualmente, con ulteriori vincoli di indisponibilità o inalienabilità; l'importante è che da ciò non derivi una situazione di incompatibilità con gli scopi della destinazione, perché in tal caso il beneficiario – come qualsiasi altro interessato – sarebbe legittimato ad esperire l'azione per la realizzazione della destinazione contro lo stesso conferente. Nel caso in cui la gestione sia affidata a un terzo gestore o attuatore, poi, è chiaro che le conseguenze dell'inadempimento di costui differiscono a seconda che si accolga la tesi che ravvisa la necessità, sempre e comunque, che la sua posizione sia regolata da un contratto di mandato, ovvero la tesi che ne prevede la mera opzionalità.



all'interno di siffatto schema negoziale. In particolare, già con riferimento al *trust* la dottrina maggioritaria si è pronunciata negativamente di fronte all'ipotesi dell'*autodestinazione*, vale a dire una forma di destinazione in cui vi sia coincidenza tra titolare delle *res* vincolate e beneficiario<sup>77</sup>; circostanza che, peraltro, non va confusa con quella della c.d. destinazione *autodichiarata*, la quale implica la mera coincidenza tra conferente e gestore, senza che vi sia un terzo ad amministrare il patrimonio separato, ma con un beneficiario che è comunque diverso dal titolare dei beni (costituendo una ipotesi di destinazione statica, essa si considera pacificamente ammissibile<sup>78</sup>).

Comunemente, si sostiene che l'autodestinazione costituisca un'operazione priva di causa, pertanto nulla: insignire della posizione di beneficiario il medesimo soggetto che già vanta il diritto di proprietà sulla massa vincolata non solo sarebbe irragionevole, ma non avrebbe altra spiegazione se non quella di voler impedire, per mezzo dell'effetto di separazione, che i relativi creditori aggrediscano in via esecutiva tale massa, il che sottende indubbiamente una condotta fraudolenta<sup>79</sup>. Ad ogni modo, ove si tratti di destinazione statica, l'autodestinazione invalida si presenterà quando vi sia identità tra conferente e beneficiario, mentre nel caso di destinazione dinamica a coincidere saranno l'attuatore titolare dei beni e il beneficiario: in quest'ultimo caso sembra ammissibile anche l'ipotesi che il beneficiario si identifichi con lo stesso conferente, dato che il trasferimento della titolarità all'attuatore realizza l'indefettibile requisito dell'alterità soggettiva<sup>80</sup>. Rimane da considerare, a riguardo, come alcune voci si levino però a favore della configurabilità di un vincolo autodestinato, affermando che non sarebbe del tutto inconcepibile, dal punto di vista causale, una destinazione il cui unico obiettivo sia la creazione un patrimonio separato, in quanto si tratta dell'effetto principale comunque discendente dalla norma<sup>81</sup>.

Un tema vicino a quello dell'autodestinazione, poi, è quello della configurabilità di una generica *causa destinataria*, segnatamente laddove la destinazione sia di tipo traslativo, e si rende necessario, dunque, individuare una giustificazione causale pure in ordine al trasferimento delle *res* vincolate<sup>82</sup>. Sebbene appaia im-

<sup>77</sup> Quanto al *trust*, v. per tutti V. M. LUPOI, *Trusts*, cit., 171 ss. e G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, 177, nota 43.

<sup>78</sup> Quest'ultimo è ormai ritenuto dalla Suprema Corte perfettamente legittimo, con un'inversione di tendenza rispetto al passato: così ad esempio Cass Civ. sez. V, 26 ottobre 2016, n. 21614, in *TAF*, 2017, 66 ss.

<sup>79</sup> Così M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*, 2006, I, 1183.; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1736; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 27 ss. Del resto, l'autodestinazione è priva di causa anche in quanto non si può giustificare un negozio con semplice il fatto che se ne vogliono ottenere gli effetti, oltre al fatto che a voler concludere diversamente il pregiudizio ai creditori sarebbe pressoché scontato. Tutto ciò a meno che non si sostenga l'esistenza di una vera e propria *causa destinataria* – della quale si dirà nel prosieguo – a reggere l'atto di destinazione o, quantomeno, la vicenda traslativa in caso di destinazione dinamica; ma si tratta di una tesi difficilmente condivisibile, e per questo alquanto isolata.

<sup>80</sup> La sovrapposizione tra il ruolo di conferente e quello di beneficiario, nel caso di destinazione traslativa, non dà luogo a una forma di autodestinazione: esclusa la coincidenza dei tre soggetti, infatti, l'attuatore potrà benissimo amministrare i beni vincolati nell'interesse del conferente stesso, poiché qui a giustificare l'operazione destinataria si può ravvisare o una causa gestoria o una causa di garanzia. A riguardo, v. A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 246-247; F. GAZZONI, *op. cit.*, 174-175; G. GABRIELLI, *op. cit.*, 334; U. STEFINI, *op. cit.*, 191. Al contrario, se attuatore e beneficiario risultano essere lo stesso soggetto, ecco che si incorre nell'autodestinazione: gestendo costui il patrimonio vincolato nel proprio interesse, non è possibile ravvisare una causa che realmente giustifichi la destinazione con separazione patrimoniale.

<sup>81</sup> Così, ad esempio, E. RUSSO, *op. cit.*, 1256; G. MARCHETTI, *Meritevole o immeritevole? Questo (non) è il problema. Riflessioni sull'art. 2645-ter c.c. nel sistema moderno della responsabilità patrimoniale – Seconda parte*, in *Studium Iuris*, 2018, 730 ss.

Alcune voci di nicchia, più caute in tema di autodestinazione, affermano invece che la relativa ammissibilità dipenderebbe in ogni caso dalla non esclusiva riferibilità dell'interesse destinatorio al solo disponente (v. R. LENZI, *op. ult. cit.*, 67; G. OPPO, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 13).

<sup>82</sup> Infatti, l'atto di trasferimento del patrimonio vincolato è neutro dal punto di vista causale, come sosteneva già ai tempi U. LA PORTA, *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 266 ss. Al con-





probabile accogliere una giustificazione causale di questo tipo – considerando, tra l'altro, i tentativi parimenti fallimentari con riguardo alla configurazione di una fantomatica *causa fiduciae* nel negozio fiduciario<sup>83</sup> – una corrente dottrinale minoritaria la considera potenzialmente sufficiente a reggere l'atto traslativo nel contesto di una destinazione dinamica, a patto che venga accertato positivamente il nesso di strumentalità che lega il trasferimento all'attuazione della destinazione<sup>84</sup>.

A tal proposito, è proprio il profilo causale a rappresentare il fulcro della destinazione<sup>85</sup> – l'aspetto più affascinante e, al contempo, controverso della figura introdotta dall'art. 2645-ter – per un duplice ordine di motivi: *in primis* perché, a differenza delle altre fattispecie di destinazione patrimoniale già codificate, la norma in esame sottrae il negozio ivi disciplinato allo schema dell'art. 2740, comma 2, cod. civ., nel senso che rimette ai privati – anziché al legislatore – la selezione degli interessi idonei a giustificare la nascita del vincolo<sup>86</sup>; *in secundis* perché l'autonomia privata viene ridimensionata dal doveroso rispetto del criterio di meritevolezza dell'interesse, ribadito dal richiamo all'art. 1322, comma 2, cod. civ., la cui interpretazione costituisce, però, fonte di numerosi dissidi tra i commentatori, alimentati ulteriormente dall'enigmatica indicazione della riferibilità dell'interesse perseguito a persone con disabilità e pubbliche amministrazioni. Sintetizzando, numerose voci asseriscono che l'esplicita menzione dell'art. 1322, comma 2, non valga a identificare il criterio di meritevolezza con la mera non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume richiesta in ambito contrattuale<sup>87</sup>; tra costoro, poi, v'è un'ulteriore scissione tra chi ritiene che il riferimento a disabili e amministrazioni pubblici costituisca indice della rilevanza etico-solidaristica o pubblicistica che l'interesse destinatorio deve assumere<sup>88</sup>, e chi semplicemente reputa la meritevolezza un concetto

---

trario, nel caso di destinazione pura, assente una vicenda traslativa, ad essere valutato sotto il profilo causale – e quindi in riferimento al parametro di meritevolezza – è soltanto l'atto che imprime il vincolo.

<sup>83</sup> Per tutti, U. STEFINI, *op. cit.*, 8 e 99.

<sup>84</sup> Si considerino U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, cit., 1097; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1731-1733; M. CEOLIN, *op. cit.*, 364; G. VETTORI, *op. cit.*, 779; G.A.M. TRIMARCHI, *Negoziato di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Not.*, 2009, 427; B. SCIARRA, *Il negozio di destinazione a struttura unilaterale*, in *Riv. not.*, 2014, 1253; F. GALLUZZO, *op. ult. cit.*, 137; P. ROMEO, *Meritevolezza degli interessi e causa destinatoria*, in *Contr.*, 2015, 666 Per tali autori, ciò troverebbe conforto in una concezione di destinazione patrimoniale che attiene non solo al piano degli effetti ma, imprescindibilmente, anche a quello della causa dell'atto negoziale, scorgendovi un autonomo tipo negoziale.

Non si può tuttavia non rilevare come l'interpretazione preferibile sia quella che ravvisa nella norma nient'altro che la descrizione e la disciplina di un effetto – o, che a dir si voglia, almeno di un effetto – richiamando per di più la generale regola di autonomia negoziale dell'art. 1322, il che rende conciliabile tale effetto con una pluralità di fondamenti causali.

<sup>85</sup> Se non bastasse quanto si è detto in precedenza circa la caratterizzazione del fenomeno destinatorio per mezzo dell'elemento teologico, si consideri anche che l'art. 2645-ter correda l'atto di destinazione di un rimedio processuale specifico, l'azione per la realizzazione della destinazione, statuendo che «[...] per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso».

<sup>86</sup> Pertanto, a sua volta, l'art. 2645-ter deroga al 2° comma del 2740: sul punto, *ex plurimis*, S. MEUCCI, *op. cit.*, 412 ss.; U. STEFINI, *op. cit.*, 45 ss.

<sup>87</sup> V. ad esempio A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 180 ss.; F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 186 ss.; G. GABRIELLI, *op. cit.*, 328 ss.; U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 1091 ss.; M. CEOLIN, *op. cit.*, 375 ss.; A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, 1098 ss.; G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 536 ss.; R. DICILLO, *op. cit.*, 63 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Not.*, 2014, 12 ss.; R. LENZI, *op. ult. cit.*, 68 ss.; R. FRANCO, *op. cit.*, 322; R. QUADRI, *op. cit.*, 1756 ss.

<sup>88</sup> A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 188 ss., il quale sottolinea la continuità con i precedenti progetti di legge n. 3972 del 2003 e n. 5414 del 2004; F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 170, che ritiene lo scopo pubblica utilità condizione idonea a giustificare il vincolo di destinazione, al pari di quanto previsto in passato per il riconoscimento delle fondazioni; A. LUMINOSO, *op. cit.*, 1000, che parla di fini di utilità pubblica o sociale riferibili a qualsiasi persona o ente. Ritengono, poi, che l'interesse debba assumere una finalità di carattere sociale, riferibile a collettività o a singoli individui, purché di natura non meramente patrimoniale né egoistica, G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 545 e G. GABRIELLI, *op. cit.*, 331 ss., il quale ultimo, inoltre, ritiene che gli interessi di carattere individuale debbano godere di tutela costituzionale.



relazionale, sicché andrebbe valutata caso per caso, alla luce di un bilanciamento rispetto ai contrapposti interessi creditori<sup>89</sup>. Altra parte della dottrina, al contrario, ritiene significativo il richiamo ad «*altri enti e persone fisiche*» contenuto nell'art. 2645-ter, traendone da ciò la piena coincidenza tra giudizio di meritevolezza e di liceità, in ossequio all'ampia autonomia che la formulazione della norma pare lasciare ai consociati, ed estendendone al massimo grado la portata applicativa, in modo tale da ammettere qualsiasi giustificazione causale, purché idonea a sorreggere gli effetti discendenti dall'atto di destinazione<sup>90</sup>.

A prescindere dall'opinione accolta, rimane il fatto che la scelta dell'interesse da perseguire attraverso l'atto di destinazione si rivela un'operazione assai delicata, se non altro perché l'esito negativo del controllo di meritevolezza<sup>91</sup> comporta irrimediabilmente non solo l'inopponibilità del vincolo a creditori e aventi causa<sup>92</sup>, ma finanche l'invalidità *tout court* del negozio destinatorio<sup>93</sup>.

A proposito di opponibilità ai terzi, si è più volte affermato come il vincolo reale di cui all'art. 2645-ter sia corredato dall'effetto di separazione: queste due caratteristiche – *id est* realtà e separazione – costituiscono, nel loro insieme, la «regola di opponibilità del vincolo di destinazione<sup>94</sup>», in assenza della quale que-

<sup>89</sup> U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*; R. QUADRI, *op. loc. ult. cit.*; R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, cit., 241; R. FRANCO, *op. loc. cit.*; R. DICILLO, *op. loc. cit.*; M. CEOLIN, *op. cit.*, 376.

In particolare, al di là delle numerose varianti interpretative, si considerino per la loro originalità le posizioni di G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 16 ss., il quale ritiene che la comparazione tra interessi destinatori e interessi creditori sia soltanto eventuale, mentre indefettabili sarebbero tutta una serie di altre valutazioni, quale quella di proporzionalità tra scopo perseguito e bene vincolato, e tra tale bene e l'effettiva consistenza del patrimonio residuo del disponente; R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir.*, cit., 71, che afferma la necessità di valutare aspetti quali la gestione concreta delle *res* vincolate, la situazione dei creditori precedenti alla costituzione del patrimonio destinato, ecc.; R. DI RAIMO, *op. cit.*, 76, che osserva come ai fini del giudizio di comparazione rilevi anche il tipo di attività programmata.

<sup>90</sup> Questo orientamento – ritenuto preferibile da chi scrive – viene accolto da A. GENTILI, *op. cit.*, 16 ss.; G. VETTORI, *Atti di destinazione e trust*, cit., 6 ss.; ID., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, cit., 777 ss.; G. PALERMO, *op. ult. cit.*, 291 ss.; S. MEUCCI, *op. cit.*, 280 ss.; U. STEFINI, *op. cit.*, 53 ss.; L. CAVALAGLIO, *Considerazioni minime sull'interpretazione riduttiva dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, 595 ss.; G. MARCHETTI, *op. cit.*, 728 ss.; P. COPPINI, *Azione revocatoria e destinazione patrimoniale, tra autonomia negoziale e tutela del credito*, in *Contr. e impr.*, 2021, 131 ss. Interessante la posizione di G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, 179, il quale, pur rilevando la necessità che l'interesse destinatorio risulti «meritevole di maggior tutela» rispetto a quello dei creditori, precisa che la novella d'ora in avanti legittima il sacrificio di quest'ultimo a fronte di un qualsiasi interesse idoneo a prevalere su quello più generale dell'economia.

A favore dell'identificazione tra meritevolezza e liceità soccorre non solo la formulazione letterale della norma, ma anche da un dato ulteriore, vale a dire dalle indicazioni contenute nel parere della Commissione Permanente di Giustizia all'originaria proposta di legge, ove si riscontrerebbe conferma dell'equivalenza, secondo l'interpretazione prevalente, tra i due parametri. Un'ulteriore argomentazione, poi, si fonda sull'analogia tra atto di destinazione *ex art. 2645-ter* e *trust*: visto che con ratifica della Convenzione dell'Aja possono essere riconosciuti in Italia *trusts* stranieri privi di uno scopo particolarmente qualificato in termini di meritevolezza (dunque, semplicemente lecito) e, tra l'altro, la giurisprudenza maggioritaria si mostra favorevole all'ammissibilità del c.d. *trust* interno, non si vede come possa imporsi un giudizio che vada oltre la mera liceità della causa in relazione alla costituzione di un vincolo di destinazione "italiano". Su quest'ultimo punto, v. A. PICCIOTTO, *Orientamento giurisprudenziale sull'art. 2645-ter*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 309.

<sup>91</sup> Un controllo che, ancora, determina disaccordi quanto al soggetto preposto al relativo svolgimento: tra chi lo ritiene compito del notaio (v. F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 171; G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, 180; G. GABRIELLI, *op. cit.*, 333), chi del giudice (v. G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 32) chi a entrambi (R. DICILLO, *op. cit.*, 63 ss.; M. CEOLIN, *op. cit.*, 378) e chi, al contrario, a nessuno dei due (G. VETTORI, *Atti di destinazione e trust*, cit., 7), non si è ancora giunti ad una soluzione pienamente convincente.

<sup>92</sup> Come ritengono A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 11 ss.; R. DI RAIMO, *op. cit.*, 76; R. DICILLO, *op. cit.*, 164 ss.; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 14 ss.

<sup>93</sup> Come, invece, ritiene la dottrina maggioritaria, tra cui si ricordino F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 171-172; G. PETRELLI, *op. loc. ult. cit.*, G. GABRIELLI, *op. loc. cit.*; M. CEOLIN, *op. cit.*, 373; U. STEFINI, *op. cit.*, 66 e 188 ss.; S. MEUCCI, *op. cit.*, 436 ss. Gli ultimi due autori menzionati, inoltre, convengono sul fatto che uno strumento di tutela efficace a favore dei creditori del conferente possa essere proprio l'*actio nullitatis* per insufficienza causale.

<sup>94</sup> M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 217.





st'ultimo esaurirebbe la propria efficacia sul piano interno dell'obbligatorietà<sup>95</sup>. Peraltro, a differenza di quanto si verifica nel *trust*, si ritiene che la separazione determinata dal vincolo *de quo* sia di tipo unilaterale, il che determina, conseguentemente, un'*incomunicabilità unidirezionale* tra patrimonio destinato e patrimonio residuo<sup>96</sup>: ciò implica che, da un lato, quei creditori il cui rapporto non si fonda sull'interesse destinatario non potranno soddisfare le proprie pretese sul patrimonio destinato, il quale resta riservato unicamente ai creditori della destinazione; dall'altro, quest'ultimi creditori potranno aggredire finanche il patrimonio personale del conferente – *melius*, del titolare dei beni vincolati – sebbene in via sussidiaria<sup>97</sup>.

L'unica *chance* per i creditori c.d. *estranei* di accedere, in via esecutiva, alla massa vincolata è che la loro situazione ricada nella previsione di cui all'art. 2915, comma 1, cod. civ.: in altre parole, il vincolo risulterà ad essi inopponibile laddove non sia stato trascritto prima della trascrizione dell'atto di pignoramento<sup>98</sup>. In ogni caso, anche qualora non si versi nella situazione appena descritta, siffatta categoria creditoria può godere comunque una tutela adeguata, dal momento che viene concesso a chi di diritto, qualora ne ricorrano i presupposti, di servirsi sia del rimedio "rafforzato" di cui all'art. 2929-*bis*<sup>99</sup> sia, più comunemente, dell'azione revocatoria *ex art.* 2901<sup>100</sup>; sicché, con riguardo a quest'ultima evenienza, sarà necessario valutare i requisiti di procedibilità tenendo presente tanto la struttura dell'atto di destinazione, quanto la sua gratuità o onerosità, riflesso, a sua volta, della natura dell'interesse perseguito nel concreto attraverso l'atto destinataria<sup>101</sup>.

Per quanto concerne, invece, i creditori della destinazione, l'opinione prevalente è che non ci si debba limitare a ricomprendere in codesta categoria soltanto i creditori di fonte negoziale; al contrario, applicando le

<sup>95</sup> Ma contrario a questa conclusione è F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 167, il quale ritiene ancora sussistente il dogma del numero chiuso dei diritti reali e che, di conseguenza l'art. 2645-*ter* abbia tipizzato solo uno schema negoziale ai fini della trascrizione di un vincolo che rimane a carattere meramente obbligatorio.

<sup>96</sup> Così G. PETRELLI, *op. ult. cit.*, 200; A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 269; F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 181; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1739, nota 61; G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione degli atti di destinazione (Art. 2645 ter c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 4 ss.; U. STEFINI, *op. cit.*, 183; S. MEUCCI, *op. cit.*, 433 ss., la quale però non esclude che il dettato normativo così generico possa anche condurre all'interpretazione inversa, che ravvisa una limitazione di responsabilità di tipo bilaterale.

<sup>97</sup> Ciò significa che i creditori in questione saranno tenuti a rivalersi prima sul patrimonio destinato e solo in caso di sua incapienza avranno modo di aggredire la residua massa patrimoniale. In tal senso si pronuncia la dottrina maggioritaria: v. S. MEUCCI, *op. cit.*, 435-436; G. OPPO, *op. cit.*, 5; M. CEOLIN, *op. cit.*, 392, U. STEFINI, *op. cit.*, 183 ss.; ma *contra*, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 181.

<sup>98</sup> Ovvero, se si tratta di destinazione impressa su beni mobili (es. beni suscettibili di adeguata segnalazione pubblicitaria, qualora si accolga siffatta tesi; frutti dei beni vincolati ecc.), il vincolo sarà loro inopponibile ove l'atto di pignoramento presenti una data certa anteriore a quella risultante dall'atto di destinazione: v. *ex multis* U. STEFINI, *op. cit.*, 186-187, in particolare la nota 144 e le fonti ivi riportate.

<sup>99</sup> Altresì detta "azione revocatoria *semplificata*" o "*per saltum*": sul punto, per tutti, v. G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, cit., 1097-1098, in particolare la nota 31.

La norma presenta una formulazione alquanto prolissa; volendo sintetizzare, per quel che ci interessa in questa sede, essa prescrive che qualora il debitore abbia compiuto atti a titolo gratuito di natura dispositiva o costitutivi di vincoli di destinazione – *rectius*, di indisponibilità – e aventi ad oggetto beni immobili o mobili registrati, i summenzionati creditori, in tal guisa pregiudicati, potranno procedere a esecuzione forzata ancorché non abbiano preventivamente e vittoriosamente esperito l'azione revocatoria. Tutto ciò, però, nel rispetto di talune condizioni: *in primis*, come anticipato, si deve trattare di soggetti che possano vantare un credito anteriore al compimento dell'atto pregiudizievole; *in secundis*, costoro devono essere pur sempre muniti di un titolo esecutivo; infine, devono trascrivere il pignoramento sui beni oggetto di disposizione o su cui è stato costituito il vincolo entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole. Sul punto, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume terzo: i processi speciali e l'esecuzione forzata*, V ed., Bari, 2019, 119.

<sup>100</sup> V. F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 184; G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 535; U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 1092 ss.; S. MEUCCI, *op. cit.*, 458 ss.; U. STEFINI, *op. cit.*, 188 ss. Entrambi quest'ultimi, inoltre, ritengono che possa essere esperita anche la revocatoria fallimentare.

Più in generale, sul tema della revocatoria dell'atto di destinazione patrimoniale, sia consentito rimandare al recente contributo di P. COPPINI, *Azione revocatoria e destinazione patrimoniale, tra autonomia negoziale e tutela del credito*, in *Contr. e impr.*, 2021, 131 ss.

<sup>101</sup> Così S. MEUCCI, *op. cit.*, 463-464; U. STEFINI, *op. cit.*, 190 ss.



medesime conclusioni cui è giunta la giurisprudenza di legittimità in materia di fondo patrimoniale<sup>102</sup>, si dovrà concludere che anche quei creditori la cui obbligazione è sorta *ex delicto* (c.d. *involontari*) saranno legittimati a procedere al pignoramento dei beni sottoposti a vincolo di destinazione, se l'illecito è inerente in concreto all'ambito della destinazione prevista<sup>103</sup>.

5. – La disamina degli ultimi due profili della destinazione patrimoniale ivi considerati, vale a dire quello causale e quello rimediabile, ci consentono ora di analizzare in maniera più dettagliata le ragioni che hanno condotto la Suprema Corte a dichiarare l'inammissibilità del ricorso.

Nella motivazione della Corte si legge come i ricorrenti abbiano tralasciato di considerare che i rispettivi atti di destinazione non soltanto sono da reputarsi inefficaci, dato il vittorioso esperimento della revocatoria esercitata dalla controparte, bensì finanche nulli, dal momento che l'interesse perseguito è stato giudicato inidoneo a superare positivamente il vaglio di meritevolezza; un requisito, questo, indispensabile ai fini dell'effettiva validità della destinazione, costituendo il nucleo centrale – come osservato poc'anzi – della figura delineata all'art. 2645-ter. Precisamente, la Corte, richiamando l'orientamento prevalente in dottrina<sup>104</sup>, lascia intendere come destinare un patrimonio alla soddisfazione di interessi riconducibili al sostentamento del nucleo familiare del conferente, servendosi dell'espedito di cui all'art. 2645-ter, rappresenti un'operazione “fin troppo accorta”: difatti, a presidiare gli interessi patrimoniali della famiglia fondata sul vincolo del matrimonio soccorre già, nel nostro ordinamento, la fattispecie del fondo patrimoniale, la quale è connotata, tra l'altro, da una serie di norme che limitano la discrezionalità delle parti coinvolte nell'operazione destinataria<sup>105</sup>. Diversamente, afferma sempre la Corte (stavolta espressamente),

<sup>102</sup> V. Cass. civ., sez. I, 18 luglio 2003, n. 11230, in *Fam. e dir.*, 2004, 351 ss., con nota di F. LONGO, *Responsabilità aquiliana ed esecutività sui beni del fondo patrimoniale*. Nella massima si legge «[...] ove la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio, ancorché consistente in fatto illecito, abbiano inerenza diretta ed immediata con le esigenze familiari, deve ritenersi operante la regola della piena responsabilità dei beni del fondo».

<sup>103</sup> Precisamente, secondo questa tesi, anche i creditori involontari saranno tra quelli ammessi a soddisfarsi sulle *res* vincolate, qualora da esse origini l'illecito extracontrattuale; ciò perché si ritiene che l'identificazione dei crediti al cui soddisfacimento sono garantiti i beni destinati non dipenda dalla natura delle obbligazioni in sé, bensì dalla loro relazione con la causa della destinazione: v. A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 267 ss.; F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 180; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1743, nota 70. In realtà, altra parte della dottrina ritiene più opportuna, a riguardo, una valutazione in concreto, caso per caso, utilizzando come parametro, ancora una volta, l'elemento causale sotteso alla destinazione: v. S. MEUCCI, *op. cit.*, 491, che ritiene, ad esempio, che si debba applicare il criterio teleologico illustrato al 3° comma dell'art. 2447-*quinquies*, che impone l'illimitata responsabilità per le obbligazioni derivanti da fatto illecito, laddove l'atto di destinazione venga utilizzato nel contesto di un'attività imprenditoriale.

<sup>104</sup> V., *ex plurimis*, R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 1756 ss.; ID., *L'attribuzione in funzione di destinazione*, cit., 324 ss.; U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 1095, nota 12; R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, cit., 242 ss.; ID., *Destinazioni tipiche e atipiche, in Famiglia e impresa*, cit., 35 ss.; L. NONNE, *Separazione patrimoniale e modelli familiari: il ruolo del trust*, in *Fam. pers e succ.*, 2007, 450; ID., *Trust e rapporti patrimoniali tra coniugi conviventi: osservazioni sistematiche e profili operativi*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 99 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *Negoziato di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Not.*, 2009, 426 ss.; S. MEUCCI, *op. cit.*, 223 ss.; ID., *L'atto di destinazione trascrivibile ex art. 2645-ter c.c.*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 360 ss.; S. TROIANO, *Gli atti di destinazione*, in S. PATTI e M. G. CUBEDDU, *Diritto di famiglia*, Milano, 2011, 342 ss.; M. CEOLIN, *op. cit.*, 377 ss.; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 26 ss.; M. BELLINIA, *Destinazione non traslativa e meritevolezza dell'interesse familiare: nota a Trib. Reggio Emilia, ord. 12 maggio 2014*, in *Riv. not.*, 2014, 1263 ss.; A. TORRONI, *La destinazione patrimoniale nella famiglia*, in *Riv. not.*, 2017, 99 ss.; G. IACCARINO, *La circolazione dei beni oggetto del vincolo di destinazione*, in *Not.*, 2018, 170 ss.

<sup>105</sup> Per fare degli esempi, si ricordi che l'art. 169 impone che la gestione del fondo patrimoniale avvenga necessariamente con la partecipazione di entrambi i coniugi; tale profilo, tra l'altro, è regolato dalle norme in tema di amministrazione della comunione legale (per espresso rinvio *ex art.* 168, ult. comma). Quanto al rapporto tra destinazione e tutela dei creditori, poi, l'art. 170 sancisce che



la destinazione *ex art. 2645-ter* costituisce uno strumento legittimamente sfruttabile a favore di contesti familiari che esulano dall'ambito applicativo del fondo patrimoniale, come accade per la famiglia fondata su una mera convivenza *more uxorio*<sup>106</sup>.

Tuttavia, pacifico quest'ultimo punto, è sulla prima affermazione che si potrebbe – direi, a ragione – dissentire.

Che la destinazione costituisca un utile strumento per provvedere alla realizzazione di interessi familiari non è da mettere in dubbio: lo stesso legislatore, provvedendo a tipizzare entro i confini dello schema di cui all'art. 2740, comma 2, cod. civ. una fattispecie di separazione *ad hoc* riservata alla famiglia legittima, ha infatti esplicitato l'intento di riconoscere la prevalenza dei relativi interessi, nei casi e nei modi di cui agli artt. 167 ss., rispetto al contrapposto interesse alla tutela del credito<sup>107</sup>.

Dalle norme in tema di fondo patrimoniale, peraltro, è possibile individuare una serie di principi inderogabili, i quali riducono significativamente gli spazi di libertà concessa ai familiari e conferiscono all'assetto dell'istituto una rigidità non altrettanto contemplata nello strumento destinatorio atipico<sup>108</sup>; circostanza, invero, determinata dal fatto che la disciplina del fondo tiene conto della necessità di presidiare degli interessi re-

«La esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia»: da ciò si ricava che se un creditore c.d. estraneo alla destinazione, al tempo del sorgere dell'obbligazione, ignorasse in buona fede l'estraneità del proprio credito rispetto ai bisogni familiari, costui ha pieno diritto di soddisfarsi (anche) sul patrimonio conferito al fondo; parimenti legittimati ad aggredire i beni conferiti, logicamente, sono i creditori il cui rapporto sia sorto per la soddisfazione delle esigenze della famiglia, mentre restano esclusi i soli creditori c.d. *consapevoli*.

<sup>106</sup> Si tratta di un'opinione in voga già prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter, come si legge nelle pagine di A. DE DONATO, *Destinazione di beni e opponibilità ai terzi*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 204 ss.; G. CESARO, *Patrimoni destinati nell'interesse della famiglia tra diritto positivo e prospettive di disciplina del trust*, ivi, 107; F. TASSINARI, *Patrimoni privati e destinazioni a tutela della famiglia*, ivi, 55, il quale afferma tra l'altro che la destinazione funzionalizzata ai bisogni della famiglia è un interesse di fatto ancor prima che di diritto; F. PATTI, *I trusts: utilizzo nei rapporti di famiglia*, in *Vita not.*, 2003, XIII; F. VIGLIONE, *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2005, 126 ss.

Tuttavia, all'epoca molti asserivano che la destinazione applicata ai conviventi *more uxorio* avrebbe incontrato il limite della sua necessaria obbligatorietà, assumendo che un vincolo di carattere reale a favore di una famiglia di fatto difficilmente avrebbe potuto trovare giustificazione di fronte alle ragioni del ceto creditorio: v. per tutti R. LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, in *Riv. not.*, 1991, 62-63.

È evidente che, con l'entrata in vigore della novella del 2006, la quale di per sé ammette in via generale l'effetto destinatorio con separazione patrimoniale, quella appena esposta è una tesi non più condivisibile: anche la famiglia di fatto – come, del resto, qualsiasi privato – potrà porre in essere un atto di destinazione con efficacia reale, nel rispetto dei presupposti richiesti dall'art. 2645-ter.

Inoltre, oggi il tema della destinazione applicata alle convivenze deve fare i conti con le nuove convivenze c.d. *registrate* e riconosciute dalla l. n. 76/2016. Sintetizzando, gli autori restano schierati su due fronti opposti in merito all'interpretazione dell'art. 1, comma 53 di tale legge, il quale si occupa di indicare il possibile contenuto, anche patrimoniale, del contratto di convivenza, menzionando però soltanto il regime patrimoniale della comunione legale. Pertanto v'è chi, ritenendo che esso abbia un significato inequivocabile, sostiene che i conviventi possano impiegare solamente l'atto di cui all'art. 2645-ter per destinare nel proprio interesse; altri invece, valorizzando il generico riferimento alle «modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune» di cui alla lettera b) della norma, ritengono che i conviventi possano adottare un regime analogo al fondo patrimoniale proprio per mezzo del contratto di convivenza e che, all'opposto, non sia più concesso loro impiegare la destinazione atipica.

<sup>107</sup> In questo senso, tra i numerosi, A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 206; R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, cit., 243; M. BELLINIA, *op. cit.*, 1273; V. BELLOMIA, *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale ed atti di destinazione*, in *Dir. e fam.*, 2013, 731.

<sup>108</sup> Sul punto, si considerino principalmente F. CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in AA.VV. *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, III ed., Padova, 1992, 51 ss.; M.L. CENNI, *Il fondo patrimoniale*, in P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. ANELLI, M. SESTA, Milano, 2012, 734 ss.; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, vol. II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, diretto da G. BONILINI, Milano, 2016, 1618 ss.; G. TRAPANI, *Il fondo patrimoniale come strumento di soddisfazione dei bisogni della famiglia*, in *Not.*, 2007, 676 ss.; M. BELLINIA, *op. cit.*, 1274.



putati costituzionalmente rilevanti, tra cui spiccano il principio di parità tra coniugi e, ancor di più, la tutela della prole, in particolare laddove minorene<sup>109</sup>.

Più nel dettaglio, tra tali principi inderogabili si è soliti menzionare, in primo luogo, la definizione di “*bisogni della famiglia*”, così come enucleata dalla dottrina maggioritaria. Sotto il profilo soggettivo, quantunque l’accezione di famiglia adottata dal legislatore venga tradizionalmente fatta coincidere con quella di *famiglia legittima nucleare* (cioè quella costituita dai coniugi e dalla loro prole), con tendenziale esclusione delle altre figure parentali<sup>110</sup>, oggi appare doveroso ampliare tale nozione sì da ricomprendervi quegli ulteriori soggetti che parimenti possono trovare spazio all’interno del nucleo familiare<sup>111</sup>, senza tralasciare la necessità – quanto mai attuale – di adeguare il concetto alle trasformazioni intervenute per mezzo della legge Cirinnà<sup>112</sup>. Da un punto di vista oggettivo, posto che la legge prescrive l’impiego dei beni e dei frutti vincolati, in maniera generica, «*a far fronte ai bisogni della famiglia*», per individuarne il precipuo contenuto viene assunto quale indicatore il tenore di vita concordato dai coniugi, ai sensi dell’art. 144 cod. civ.<sup>113</sup>; inoltre, l’impiego delle *res* potrà esplicitarsi, si afferma, tanto tramite l’utilizzo diretto dei cespiti e delle relative utilità, quanto attraverso il reimpiego di quest’ultime<sup>114</sup>, sia per esigenze di ordine “collettivo”, sia per quelle riferibili ai singoli membri della compagine familiare<sup>115</sup>.

<sup>109</sup> Il riferimento, chiaramente, è agli artt. 29 e 30 della Costituzione. V. BELLOMIA, *op. loc. cit.*: «Sul piano della meritevolezza degli interessi, per quanto riguarda poi la creazione di un patrimonio destinato e separato al fine del soddisfacimento dei bisogni della famiglia, esistendo già una fattispecie nominata in cui la valutazione è stata compiuta a priori dal legislatore, ci sembra indubbio che tale interesse possa giustificare il sacrificio delle ragioni creditorie. Vi si ravvisa, infatti, sia la tutela di diritti costituzionalmente protetti, sia la loro rilevanza sul piano sociale e morale, rappresentando, il dovere di contribuzione tra coniugi e quello di mantenimento dei figli, “*prima che un obbligo giuridico, un dovere morale*”», citando a sua volta, così, A. MORACE PINELLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>110</sup> V. F. CARRESI, *op. cit.*, 44; G. CESARO, *op. cit.*, 94 ss.; M.L. CENNI, *op. cit.*, 691 ss.; T. AULETTA, *op. ult. cit.*, 1597 ss.

<sup>111</sup> Innanzitutto, andrebbero certamente inclusi i figli legittimati, i figli adottivi e i figli naturali di un solo coniuge purché stabilmente conviventi con la coppia, sia che si tratti di minori di età, anche in affidamento temporaneo, sia di maggiorenni portatori di handicap, economicamente non autosufficienti ovvero in stato di bisogno; qualche perplessità in più si riscontra ove si prospetti la possibilità di includere nella nozione di famiglia *ex artt.* 167 ss. anche i discendenti ovvero altri familiari conviventi con la coppia e al cui mantenimento essa sia tenuta a provvedere. Cfr. anche G. GABRIELLI, *voce Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 299 e T. AULETTA, *op. loc. ult. cit.*, i quali ritengono che possano trarre vantaggio dal fondo finanche i figli i maggiorenni economicamente autosufficienti ma ancora conviventi con i genitori. Addirittura, recentemente alcuni tribunali hanno esteso la nozione al punto di includere nel nucleo familiare pure i figli maggiorenni non conviventi ed economicamente autonomi: sul punto v. Trib. Pavia, 21 maggio 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, con nota di A. RANDAZZO, *Il fondo patrimoniale: gli incerti confini del vincolo di inespropiabilità*, 295 ss.

<sup>112</sup> Difatti, la legge 20 maggio 2016, n. 76, in tema di riconoscimento e regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze, al 13° comma della sua unica disposizione si premura di estendere la disciplina dei regimi patrimoniali della famiglia coniugale ai *partners* dell’unione civile, con rinvio espresso anche alla Sezione del Codice dedicata al fondo patrimoniale; peraltro, non appare altrettanto chiaro se ai conviventi sia parimenti concesso di adottare tale regime, posto che il 53° comma si limita a menzionare unicamente il regime della comunione legale (v. *infra*).

<sup>113</sup> Sul punto, AND. FUSARO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, dir. da F. GALGANO, Padova, 1990, 129 e T. AULETTA, *op. ult. cit.*, 1599-1600. In giurisprudenza, si consideri Cass. civ., sez. III, 7 gennaio 1984, n. 134, in *Giust. civ.*, 1984, I, 663 ss., che esclude espressamente le sole esigenze voluttuarie e speculative. Più di recente, lo stesso orientamento è stato ribadito da Cass. civ., sez. III, 11 luglio 2014, n. 15886, in *Foro it.*, 2014, I, 3494 ss.

<sup>114</sup> Si consideri – per quanto datata – Cass. civ., sez. I, 19 maggio 1969, n. 1717, in *Giust. civ.*, 1969, I, 1436 ss., laddove si statuisce che per “bisogni della famiglia” si devono intendere «[...] le più complesse e varie esigenze del nucleo familiare, considerate anche sotto il profilo dinamico e teleologico in relazione al futuro incremento del benessere della famiglia». Cfr. poi M. L. CENNI, *op. cit.*, 695, che ritiene ammissibile l’impiego dei frutti anche per ulteriori e nuovi investimenti.

<sup>115</sup> Tra l’altro, sembra pacifico l’orientamento che nega l’utilizzo del fondo per la soddisfazione di specifici interessi familiari attraverso apposite clausole limitative (al contrario, ammette questa soluzione, seppur con qualche riserva, F. CARRESI, *op. cit.*, 52-53). Parimenti estranee ai bisogni familiari si dovrebbero considerare le spese sostenute e i debiti contratti per incrementare il personale patrimonio di ciascun coniuge, ovvero attinenti alle rispettive attività lavorative, anche qualora si tratti dell’attività di impresa familiare; tuttavia, di avviso contrario è Cass. civ., sez. III, 8 febbraio 2021, n. 2904, in *CED Cassazione*, 2021, che sembra aver “attenua-



In secondo luogo, parimenti inderogabili sono tradizionalmente reputate le regole sull'amministrazione dei beni vincolati ritraibili dall'art. 168, ult. comma, il quale a sua volta rinvia alle norme sull'amministrazione della comunione legale<sup>116</sup>. Derogabile è invece, per espressa previsione di legge, l'art. 169, che concerne il compimento di specifici atti di c.d. straordinaria amministrazione: precisamente, ove si tratti di compiere alienazioni o di costituire ipoteche, pegni o altri vincoli sui beni conferiti, si richiede il consenso congiunto dei coniugi e, qualora vi siano figli minorenni, un'autorizzazione giudiziale condizionata all'accertamento di una condizione di evidente necessità o utilità<sup>117</sup>. Piuttosto controversa, però, rimane l'effettiva portata della deroga prevista nell'inciso iniziale di tale ultima norma<sup>118</sup>: v'è chi ritiene derogabile solo il requisito della necessità o utilità evidente in relazione all'atto che si intende compiere; chi ritiene derogabile unicamente il requisito del consenso congiunto quando non vi siano figli minori; chi addirittura reputa – pur trattandosi di una corrente decisamente minoritaria – che si possa prescindere dall'autorizzazione giudiziale richiesta in presenza di questi ultimi, precisando, però, che in tal caso dovrebbe permanere l'obbligo di amministrazione congiunta da parte dei genitori; infine, non mancano interpretazioni alquanto estensive, che ammettono la derogabilità tanto dell'agire congiunto quanto dell'autorizzazione giudiziale, con l'unico – e ragionevole – limite di dover valutare, in ogni caso, l'opportunità di simili operazioni alla luce dei citati parametri di necessità o utilità evidente<sup>119</sup>.

Ancora, la disciplina della responsabilità a tutela del ceto creditorio è annoverata tra i dogmi intangibili della materia: dall'art. 170 si trae, *a contrario*, che i beni e i frutti conferiti al fondo sono aggregabili solamente da parte dei creditori della destinazione e da quegli altri creditori, c.d. *inconsapevoli*, che, al tempo del sorgere dell'obbligazione, ignorassero in buona fede l'estraneità del proprio rapporto ai bisogni familiari<sup>120</sup>; senza dimenticare che, per interpretazione oramai costante, si considerano onerati della prova in giudizio di tale stato soggettivo i coniugi, e non i creditori stessi, ché altrimenti si darebbe luogo ad una *probatio diabolica*<sup>121</sup>.

---

to" questa rigida conclusione, affermando che «[...] In relazione ai debiti assunti nell'esercizio dell'attività d'impresa o a quella professionale, essi non assolvono di norma a tali bisogni, ma può essere fornita la prova che siano eccezionalmente destinati a soddisfarli in via diretta ed immediata, avuto riguardo alle specificità del caso concreto».

<sup>116</sup> Segnatamente, l'art. 180 cod. civ. prevede che gli atti di amministrazione c.d. ordinaria possano essere compiuti anche disgiuntamente da parte dei coniugi; al contrario, gli atti di amministrazione c.d. straordinaria necessitano del consenso congiunto di costoro.

<sup>117</sup> Dal momento che *lex specialis derogat generali*, le norme sull'amministrazione dei beni in comunione, per quanto considerate inderogabili, trovano applicazione in via residuale quando non risulti applicabile la disciplina dettata appositamente dall'art. 169 per il compimento di quei determinati atti di straordinaria amministrazione ivi elencati. Per tutti, v. G. GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civile, XVI, Torino, 1997, § 20-21.

<sup>118</sup> Illustrano le varie tesi M. L. CENNI, *op. cit.*, 745; G. TRAPANI, *Il vincolo di destinazione dei beni oggetto del fondo patrimoniale ed i limiti all'autonomia privata dei costituenti*, in AA.VV., *I patrimoni separati tra tradizione e innovazione*, a cura di S. TONDO, Torino, 2007, 67 ss.

<sup>119</sup> Aggiunge G. TRAPANI, *op. ult. cit.*, 69 che i figli sono legittimati ad agire in giudizio avverso i genitori laddove costoro compiano atti abusivi e, in particolare, contrari alla destinazione nell'interesse della famiglia.

<sup>120</sup> Il concetto di "estraneità ai bisogni familiari" viene ottimamente delineato da G. TRAPANI, *Il fondo patrimoniale come strumento di soddisfazione dei bisogni della famiglia*, cit., 681: «Una tale estraneità richiede che il credito non sia diretto alla realizzazione delle esigenze della famiglia o non rientri nelle linee direttive dell'indirizzo di vita comune scelto dai coniugi o ancora discenda da un atto abusivo compiuto da uno dei coniugi».

Inoltre, si ricordi quanto detto in precedenza circa i creditori (del fondo ovvero inconsapevoli) il cui rapporto abbia fonte extraccontrattuale: essi, per orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, sono parimenti legittimati a soddisfarsi sul patrimonio destinato, posto che l'espressione «*debiti [...] contratti*» contenuta all'art. 170 non dev'essere intesa nel suo significato *strictu sensu* letterale.

<sup>121</sup> V. G. OBERTO, *L'autonomia in materia patrimoniale nei rapporti familiari*, in AA.VV., *Materiali per una revisione del codice civile*, Volume I, a cura di V. CUFFARO, A. GENTILI, Milano, 2021, 245. Oltre a doversi escludere l'onere probatorio in capo al credi-





Da ultimo, occorre menzionare l'ultima norma in tema di fondo patrimoniale, l'art. 171, che si occupa di disciplinare le vicende estintive del fondo e le relative conseguenze. Tralasciando di illustrare le discrepanze dottrinali sull'ampiezza del novero delle possibili cause di cessazione del vincolo<sup>122</sup>, ciò che più ci interessa sono le disposizioni ai commi 2 e 3: quantunque si verifichi una causa estintiva, infatti, la norma impone la sopravvivenza del fondo patrimoniale fintantoché i figli della coppia non raggiungano tutti la maggiore età; per giunta, viene consentito al giudice «*altresi (di) attribuire ai figli, in godimento o in proprietà, una quota dei beni del fondo*». Si può osservare l'indubbio intento del legislatore di preservare gli interessi della prole attraverso l'ultrattività del fondo – confermato dall'espressa facoltà, attribuita in tale circostanza a qualsivoglia interessato, di richiedere un intervento giudiziale che regoli la gestione del fondo per il tempo necessario<sup>123</sup> – ma, a dire il vero, non appare del tutto chiaro se la previsione del comma 3 sia stata posta a “rafforzamento” della precedente, ovvero sia da ritenersi da essa scollegata<sup>124</sup>.

Volgendo uno sguardo d'insieme a queste previsioni, allora, non si potrà ignorare come la disciplina del fondo patrimoniale conceda ai coniugi – *rectius*, alle parti coinvolte – dei limitatissimi spazi di discrezionalità, assicurati unicamente dalle clausole di derogabilità inserite nell'art. 168, comma 1, in merito alla proprietà comune dei beni conferiti, e, come si è visto, nell'art. 169, circa il compimento di determinati atti di disposizione aventi ad oggetto le *res* vincolate. È di fondamentale importanza, però, sottolineare che la vincolatività dei suddetti principi si esplicherà soltanto all'interno della disciplina *ex artt.* 167 ss.; detto in altre parole – secondo l'interpretazione che ci pare preferibile, e anticipando così una riflessione che si condurrà a breve – le rigide regole appena enunciate condizionano l'autonomia dei privati solo qualora essi intendano dar vita al vincolo di destinazione proprio del fondo patrimoniale. Diversamente, se si ammettesse l'adozione, accanto a quest'ultimo, di uno strumento destinatorio alternativo per rispondere alle medesime esigenze, più flessibile ed eventualmente conforme ai reali interessi dei coniugi (i quali potrebbero, peraltro, preferire il più rigido regime destinatorio del fondo) gli unici limiti da tenere in doverosa considerazione sarebbero quelli che informano, più in generale, il complesso dei regimi patrimoniali della famiglia<sup>125</sup>, posto che in tal caso si darebbe vita a una convenzione matrimoniale atipica<sup>126</sup>.

---

tore, si ritiene di dover escludere finanche la rilevabilità *ex officio* del requisito di inespropriabilità: sul punto, per tutti, F. TASSINARI, *op. cit.*, 77. Inoltre, la Suprema Corte afferma che la prova possa essere fornita anche tramite presunzioni semplici: v. Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2007, n. 966, in *Obbl. e contr.*, 2007, 454 ss.

<sup>122</sup> Si può dire, brevemente, che alle cause menzionate al comma 1 della norma (annullamento ovvero scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio) sembra doveroso aggiungere la dichiarazione di morte presunta del coniuge; più dubbia, invece, l'opportunità di interpretare analogicamente la norma così da ricomprendervi le altre cause previste per lo scioglimento della comunione legale, in forza del rinvio operato dal 4° comma, e da considerare ammissibile finanche lo scioglimento convenzionale del fondo. Per approfondimenti in tema, si vedano le distinte tesi di G. CIAN, G. CASAROTTO, voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice III, 1982, 837; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, Milano, 2002, 129 ss.; T. AULETTA, *op. ult. cit.*, 1672 ss.

<sup>123</sup> Così dispone l'inciso finale del 2° comma dell'art. 171. V. F. CARRESI, *op. ult. cit.*, 67-68: al giudice spetterà designare il genitore ovvero altro soggetto cui affidare l'amministrazione dei beni vincolati in via interinale.

<sup>124</sup> V. per tutti G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, 319, il quale svolge una brillante riflessione critica su questa previsione e giunge alla conclusione, per giunta, che essa acquisisca rilevanza solo laddove il fondo abbia ad oggetto il mero diritto di godimento sui beni conferiti; T. AULETTA, *op. ult. cit.*, 1684-1685; per differenti conclusioni, si rinvia a *ivi*, 1683 e alle relative note.

<sup>125</sup> Lo spunto per una simile riflessione ci viene offerto dalle parole di S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., 18, ove si legge «[...] nell'accertare la presenza di norme imperative che limitano l'autonomia negoziale dei coniugi [...] a nostro avviso, una corretta soluzione può raggiungersi distinguendo tra norme imperative funzionali alla scelta di uno dei tipi previsti dalla legge italiana e norme imperative che trascendono le esigenze di tutela e di interna coerenza del singolo tipo [...]».

<sup>126</sup> Per affermare ciò bisogna partire dal presupposto, da un lato, che il fondo patrimoniale costituisca una convenzione matrimo-



Ad ogni modo, è palese come tutto quanto appena descritto determini, al contrario, più di un punto a favore dell'utilizzo del vincolo destinatorio atipico<sup>127</sup>, a discapito di quello tipico del fondo patrimoniale. La destinazione *ex art. 2645-ter* viene tendenzialmente interpretata quale ennesima manifestazione della volontà legislativa di valorizzazione dell'autonomia privata, sull'onda di quel *trend* costantemente crescente all'aumento di ipotesi di specializzazione della responsabilità patrimoniale: con il rischio, però, che ad ammettere un suo impiego indiscriminato finanche in quei settori ove si sia già provveduto a regolamentare specifiche forme di destinazione – e di separazione – patrimoniale, essa finisca, nella prassi, per soppiantare l'utilizzo di quest'ultime<sup>128</sup>.

Che un simile rischio, però, vada a costituire un invalicabile ostacolo allo sfruttamento delle potenzialità applicative della norma in questione, potrebbe rivelarsi una conclusione fin troppo rigida.

Si è detto di come il profilo causale dell'atto di destinazione *ex art. 2645-ter* crei una profonda frattura in dottrina tra chi ritiene che la meritevolezza si debba far coincidere con il parametro di non illiceità e chi, al contrario, afferma che tale carattere possa attribuirsi soltanto ad un interesse destinatorio particolarmente qualificato. Ora, a prescindere dall'orientamento che si intenda accogliere, è opinione comune che un ottimo criterio dirimente per selezionare un interesse idoneo a sorreggere l'operazione destinataria possa consistere nella considerazione di quelle medesime finalità sottese alle fattispecie di destinazione già tipizzate, tra le quali, appunto, figura il succitato fondo patrimoniale<sup>129</sup>. Tale *modus operandi* rappresenta un'ulteriore riprova – anzi, è proprio sintomo – del carattere di meritevolezza riconosciuto alla causa familiare nel nostro ordinamento, una tra le poche cui il legislatore ha accordato espressamente la capacità di giustificare un effetto

---

niale e, dall'altro, che si possano concepire convenzioni patrimoniali atipiche; ma, prima ancora, occorre sfatare quell'opinione dottrinale – ormai nettamente minoritaria (v. ad esempio U. CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 1168-1169) – secondo la quale si dovrebbe escludere il fondo patrimoniale dal novero dei regimi patrimoniali della famiglia: è evidente che, qualora si escluda a priori la qualificazione del fondo patrimoniale quale regime patrimoniale, si dovrà escludere anche che il relativo atto istitutivo possa assurgere a convenzione matrimoniale.

La circostanza che siano conferibili al fondo solamente determinate categorie di beni e il rilievo della sua connaturata coesistenza con altri regimi patrimoniali non possono valere ad escludere la figura dal novero di questi ultimi: proprio la collocazione della disciplina nel Capo del Codice intitolato «*Del regime patrimoniale della famiglia*» suggerisce il contrario; se ciò non bastasse, poi, basterebbe concentrarsi sul contenuto degli artt. 167 ss., che si occupa di regolamentare complessivamente, pur con qualche lacuna, la costituzione del fondo, le vicende gestorie e circolatorie dei beni ivi conferiti, il profilo della responsabilità patrimoniale e, infine, la relativa cessazione, proprio come avviene per gli altri regimi patrimoniali c.d. generali (v. per tutti le argomentazioni di R. LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, cit., 57 ss.; M.L. CENNI, *op. cit.*, 687 ss.).

Ora, non convince nemmeno la tesi secondo cui l'atto istitutivo del fondo patrimoniale non potrebbe costituire una convenzione matrimoniale ai sensi degli artt. 159 ss. cod. civ., ché, secondo quest'ottica, sarebbero tali unicamente gli accordi che mirano a costituire o a modificare la disciplina di un regime comunitario ovvero separatista (v. E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2004, 172 ss.). Al contrario, se si presuppone una qualificazione del fondo in termini di regime patrimoniale, come ormai sostenuto dalla maggioranza degli autori, non potrà che convenirsi sul fatto che anche l'atto finalizzato a dare vita al vincolo di destinazione *ex art. 167* sarà da considerare quale convenzione matrimoniale a tutti gli effetti.

Infine, è dato riscontrare come la dottrina prevalente oggi ammetta la configurazione di convenzioni matrimoniali anche atipiche, pur sempre nel rispetto delle regole dettate in materia agli artt. 159 ss. (v. U. STEFINI, *op. cit.*, 79-80; G. OBERTO, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, 636 ss.).

<sup>127</sup> Come si è visto in precedenza, anche l'art. 2645-ter detta dei requisiti minimi inderogabili da intendersi prescritti, se non tutti *ad substantiam*, quantomeno *ad transcriptionem acti*, cioè ai fini dell'opponibilità ai terzi dell'effetto destinatorio e dell'effetto separazione patrimoniale; tuttavia, appaiono molto meno stringenti rispetto a quelli ritraibili dagli artt. 167 ss.

<sup>128</sup> In questo senso, v. *ex plurimis* L. NONNE, *Separazione patrimoniale e modelli familiari*, cit., 450.

<sup>129</sup> Cfr. U. STEFINI, *op. cit.*, 73 ss.; M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di separazione*, cit., 68 ss.; R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 1756 ss., il quale ritiene che attraverso l'art. 2645-ter si possano perseguire finanche gli stessi interessi sottesi alle fattispecie nominate di separazione (es. fondo patrimoniale) purché ne vengano rispettati, però, i principi inderogabili.





di separazione patrimoniale, ben prima dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter cod. civ.; e ciò, a ben vedere, sia che si sfrutti la destinazione – considerata, in questo caso, nella sua accezione generica – a favore di una famiglia legittima, sia a favore di altre e nuove tipologie di famiglia, vista la fluidità di tale concetto e la progressiva tendenza alla parificazione, sul piano giuridico, di nuclei familiari anche piuttosto eterogenei<sup>130</sup>.

Non solo: su altro versante, negli ultimi tempi si osserva una decisiva spinta verso la privatizzazione del settore giusfamiliare<sup>131</sup> strettamente inteso, vale a dire con riferimento alla famiglia fondata sul vincolo del matrimonio, a partire dalla notevole libertà concessa ai coniugi, in occasione di una c.d. crisi familiare, nel sistemare i reciproci rapporti patrimoniali<sup>132</sup>. E allora, già solo considerando questo quadro, si potrebbe compiere un passo ulteriore verso la valorizzazione dell'autonomia privata: in altre parole, non sarebbe illogico né inappropriato riconoscere anche ai membri di una famiglia coniugale l'opportunità di servirsi di uno strumento, come quello *ex art. 2645-ter*, in grado di accentuare questa tendenza. Del resto, si potrebbe anche aggiungere come, precludendo ai coniugi l'impiego della destinazione atipica, si realizzerebbe una situazione di «discriminazione alla rovescia<sup>133</sup>» rispetto a quanto oramai si concede a una qualsiasi famiglia di fatto<sup>134</sup>.

**6.** – Se quanto appena illustrato non bastasse ad ammettere la destinazione atipica per la famiglia legittima, si potrebbe volgere lo sguardo verso alcuni dei più recenti approdi dottrinali.

<sup>130</sup> Bisogna tenere presente che il concetto di famiglia è fortemente influenzato dall'evoluzione sociale: basti considerare come, nel corso degli ultimi cinquant'anni, il diritto di famiglia sia stato oggetto di un'incessante attività di riforma, nel tentativo di tenere il passo con l'inarrestabile mutamento del costume e del sentimento popolare. Ne è risultato il superamento dell'interpretazione letterale dell'art. 29 Cost., consentendosi in tal guisa di ricomprendere nell'accezione attuale di famiglia non soltanto quella «*società naturale fondata sul matrimonio*» bensì una più vasta gamma di rapporti interpersonali in cui tale vincolo può essere assente, conferendosi rilievo alla semplice condizione della convivenza, ovvero può assumere una differente connotazione, in ragione del pieno riconoscimento di unioni tra persone dello stesso sesso. Per una considerazione più approfondita di tale processo evolutivo, v. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Padova, 2021, 1 ss.

<sup>131</sup> Sul punto, M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005, 370 ss.; G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 197 ss., Per un più recente approfondimento in tema, v. C. CARICATO, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, Ospedaletto, Pisa, 2020, 7 ss.

<sup>132</sup> Infatti, tra i numerosi interventi di riforma, la l. n. 54/2006 sul c.d. affidamento condiviso si è occupata anche di innovare le disposizioni concernenti le domande accessorie alle pronunce di separazione (es. domande di affidamento, assegnazione della casa familiare, mantenimento del coniuge economicamente debole e della prole); dopo di che, la riforma in materia di filiazione del 2012 ha esteso le medesime disposizioni ai procedimenti concernenti figli nati al di fuori del matrimonio. In questo modo, il legislatore ha inteso conferire alle parti, che siano coniugi ovvero conviventi, una certa facoltà di autoregolamentare il proprio "distacco" finanche per quanto concerne il profilo strettamente patrimoniale dei loro rapporti. Scrive A. DE DONATO, *Destinazione negoziale e crisi coniugale*, in AA.VV. *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale. Atti del Convegno tenutosi a Roma 21 Novembre 2009 (N. 1/2010)*, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, 2010, 86 ss. che la riforma «[...] esalta finalmente, in modo testuale, l'autonomia negoziale dei coniugi nell'articolazione patrimoniale della crisi coniugale». Nello stesso senso anche C. MURGO, *Accordi tra coniugi separati e vincolo di destinazione ex art. 2645 ter cod. civ., tra autonomia negoziale e segregazione patrimoniale nell'interesse della prole*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 116.

Non è un caso, tra l'altro, che lo stesso impiego della destinazione *ex art. 2645-ter* sia ormai del tutto accettato per consentire la sistemazione di rapporti patrimoniali nelle fasi patologiche dei rapporti familiari, come si è avuto modo di accennare nelle pagine iniziali del presente contributo.

<sup>133</sup> Utilizzando un'espressione di AND. FUSARO, *L'atto di destinazione nella concorrenza tra strumenti giuridici*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1004 ss.

<sup>134</sup> A meno che – come si avrà modo di illustrare a breve – non si ritenga di aderire a quella dottrina che estende (anche) alla famiglia di fatto che faccia ricorso alla destinazione patrimoniale (atipica) i principi inderogabili in tema di fondo patrimoniale, nella convinzione che altrimenti tale tipologia di famiglia finirebbe per godere di un regime più favorevole rispetto a quella coniugale, soggetta alle restrizioni imposte dagli artt. 167 ss.



Come accennato, l'applicabilità dell'art. 2645-ter nel suddetto contesto viene avversata, oltre che dalla Corte nella pronuncia in esame, da buona parte dei commentatori alla novella<sup>135</sup>, nella convinzione che, altrimenti, si renderebbe inoperante la disciplina del fondo patrimoniale, o peggio, si acconsentirebbe ad eluderne le norme, e che, per di più, l'impiego dello strumento atipico in luogo di quello tipizzato per la realizzazione dei medesimi interessi integrerebbe una violazione della riserva di legge di cui all'art. 2740, comma 2, cod. civ.<sup>136</sup>. Altre argomentazioni ritenute decisive fanno leva sul presunto difetto di meritevolezza di una destinazione *ex art. 2645-ter* fondata su un interesse identico a quello perseguito da un'altra fattispecie già tipizzata<sup>137</sup> e sull'idea che in ogni caso questa figura, se riferita alla tutela della famiglia coniugale, concretebbe una forma di autodesignazione, in quanto i coniugi assumerebbero in sé il ruolo di conferenti, amministratori e beneficiari allo stesso tempo<sup>138</sup>. Alla base della dottrina appena menzionata è possibile ravvisare una concezione del tipo "genere-specie" circa il rapporto tra il vincolo di destinazione atipico e il vincolo discendente dal fondo, tale per cui al primo, pur se congegnato "a maglie larghe", non sarebbe comunque consentito di sovrapporsi all'ambito applicativo di altre figure già tipizzate di destinazione con separazione patrimoniale<sup>139</sup>.

Nondimeno, una distinta corrente di pensiero accoglie una concezione parzialmente differente del rapporto tra destinazione atipica e destinazione familiare, concepito in termini maggiormente conciliativi<sup>140</sup>. Precisamente, si afferma come in realtà il vincolo *ex art. 2645-ter* possa impiegarsi anche a favore di una famiglia legittima, ma con l'accortezza di estendervi proprio quegli stessi principi inderogabili in tema di fondo patrimoniale – per giunta, utili a integrare le lacune della novella<sup>141</sup> – in modo tale da impedire ai privati di aggirare la disciplina di cui agli artt. 167 ss. e, al contempo, assicurare una posizione egualitaria alle parti coin-

<sup>135</sup> In particolare, tra quelli già menzionati, G.A.M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 438; L. NONNE, *op. ult. cit.*, 100; R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, cit., 242 ss.; ID., *Destinazioni tipiche e atipiche*, cit., 36; S. MEUCCI, *op. cit.*, 223; ID., *L'atto di destinazione trascrivibile ex art. 2645-ter c.c.*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 360; S. TROIANO, *op. cit.*, 342 ss.; M. CEOLIN, *op. cit.*, 377-378; T. AULETTA, *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, in *Fam. dir. succ.*, 2012, 335.

<sup>136</sup> V. T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 1689 e anche G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 413. A riguardo, cfr. anche M. BELLINIA, *op. cit.*, 1273: costui, in realtà, non esclude del tutto l'utilizzo dell'atto di destinazione atipico nel contesto della famiglia coniugale, purché la scelta di tale strumento sia fondata su motivazioni solide e non costituisca un mero mezzo per eludere la disciplina del fondo. Pertanto, l'a. sembra propendere, in conclusione della sua trattazione, per la tesi "meno rigida", di cui si tratterà a breve.

<sup>137</sup> Ma, a voler vedere, ragionando in tal senso si smentisce l'idoneità di quel "criterio dirimente" di cui si è detto qualche pagina addietro (ossia, quello che suggerisce di prendere spunto, per legittimare la destinazione atipica sotto il profilo causale, da quelle medesime finalità sottese alle fattispecie destinatorie già tipizzate). Ad ogni modo, di questo avviso sono R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, cit., 243; A. TORRONI, *op. ult. cit.*, 101.

<sup>138</sup> Sul punto, cfr. D. VECCHIO, *op. cit.*, 817: «Il nucleo essenziale della questione verte sulla possibilità o meno data al conferente di trarre dalla destinazione un qualche vantaggio economico. Qualora dovesse ritenersi categoricamente esclusa tale possibilità, è chiaro che l'eventualità di una destinazione in favore di una famiglia di cui si è parte troverebbe difficoltà a legittimarsi».

<sup>139</sup> G.A.M. TRIMARCHI, *op. loc. ult. cit.*; S. MEUCCI, *op. loc. ult. cit.*; M. BELLINIA, *op. loc. ult. cit.*; M. CEOLIN, *op. loc. cit.*; R. LENZI, *op. ult. cit.*, 234, il quale con estrema chiarezza asserisce che la disciplina dell'art. 2645-ter «[...] riconduce le figure legali a ipotesi speciali, che si collocano all'interno della figura generale e la cui disciplina è espressamente e analiticamente fissata dalla legge; non si ha quindi un'ulteriore eccezione al principio fissato all'art. 2740 cod. civ. ma una regola generale, di cui l'ordinamento già conosce delle specifiche applicazioni».

<sup>140</sup> Esponenti di questa corrente sono R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 1756 ss.; U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*; AND. FUSARO, *Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?*, cit., 91 ss.; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 26 ss.; M. BELLINIA, *op. cit.*, 1263 ss.; G. IACCARINO, *op. cit.*, 170 ss.

<sup>141</sup> Così G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 29; AND. FUSARO, *op. ult. cit.*, 94-95. Sostiene che la disciplina dell'art. 2645-ter possa essere integrata da quella del fondo anche U. STEFINI, *op. cit.*, 73, il quale, tuttavia, perviene a conclusioni differenti.



volte<sup>142</sup>. Del resto, gli stessi autori che aderiscono a codesta tesi – e non soltanto<sup>143</sup> – giungono a conclusioni simili pure con riferimento all’impiego dell’atto di destinazione atipico nel settore imprenditoriale: anche qui, infatti, non si mette in dubbio la meritevolezza della causa d’impresa, posto che il legislatore ha specificamente codificato agli artt. 2447-*bis* ss. la figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, sicché tale giustificazione potrà ben sorreggere un vincolo di cui all’art. 2645-*ter*; l’importante, però, è che venga individuata una “linea di confine” invalicabile, un coacervo di regole da preservare, in modo tale da evitare che l’atto destinatorio atipico divenga un espediente per disattendere la disciplina inderogabile in materia di destinazione imprenditoriale<sup>144</sup>.

A considerazioni analoghe, tra l’altro, si espone l’applicazione dell’atto di destinazione atipico alla famiglia fondata sulla mera convivenza<sup>145</sup>: secondo i fautori di questa dottrina, ammettere un’applicazione del 2645-*ter* del tutto incondizionata a favore dei conviventi avrebbe come risolto quello di attribuire loro un regime più favorevole, a discapito della famiglia legittima che, invece, rimarrebbe soggetta alle numerose restrizioni imposte dagli artt. 167 ss.<sup>146</sup>. Per risolvere questa *impasse*, allora, si precisa come ai conviventi sia concesso usufruire della destinazione *ex art. 2645-ter*, visto che la norma non pone limitazioni di alcun genere a riguardo, ma che, per motivi di coerenza, si dovrà pur sempre assoggettare il vincolo atipico alla medesima disciplina inderogabile del fondo patrimoniale, onde evitare sperequazioni rispetto al regime stabilito *ex lege* per la famiglia coniugale; in alternativa, piuttosto che discorrere di imposizione, alcuni suggeriscono la mera opportunità – e non l’obbligo – di plasmare l’atto destinatorio con riferimento al modello ideale del fondo patrimoniale, senza precludere alle parti, però, di configurarlo diversamente<sup>147</sup>.

<sup>142</sup> Cfr. però R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1757: egli sostiene che, in luogo dell’effetto di separazione desumibile dall’art. 170, potrebbe applicarsi finanche al fondo patrimoniale la più consistente separazione patrimoniale garantita dall’art. 2645-*ter*. Nello stesso senso, v. anche G. PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, in *La proprietà e il possesso*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, Milano, 2009, 396.

<sup>143</sup> Nel senso che alcuni dei commentatori che aderiscono deliberatamente all’opinione più “liberale” circa la destinazione con causa familiare, si ritrovano ad adottare, all’opposto, una visione più cauta con riguardo alla destinazione con causa d’impresa. Tale diversa conclusione viene spiegata da U. STEFINI, *op. cit.*, 81 ss. sulla base della rigosità della disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare nelle s.p.a.: «La necessità di una normativa così dettagliata è da ritrovarsi [...] nella particolare delicatezza della separazione patrimoniale nell’ambito dell’attività d’impresa, e in particolare nelle società di capitali, dove la prima garanzia per i terzi, che entrino in contatto con la società medesima, risiede nella capillare struttura organizzativa prevista dal legislatore, e nella rigorosa disciplina di capitale e bilancio»; il che porta l’autore a escludere che l’atto di destinazione atipico con causa di impresa possa essere sfruttato come alternativa alla disciplina *ex artt. 2447-bis* ss. a favore di s.r.l. e s.p.a., ma ad ammetterlo per l’impresa individuale, con i limiti del caso. Diversamente, ritiene che la disciplina dell’atto atipico possa estendersi alle s.r.l. R. LENZI, *op. ult. cit.*, 245 ss.

<sup>144</sup> V. per tutti le riflessioni di S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 87 ss. e 477 ss.

<sup>145</sup> Senza indugiare eccessivamente in tema, si ricordi come già prima dell’introduzione del 2645-*ter* pareva doversi estendere anche ai membri della famiglia fattuale l’opportunità di avvalersi della destinazione patrimoniale, seppur attraverso un atto negoziale atipico, magari informato alla disciplina *ex art. 167* ss. al fine di conferire loro una tutela non dissimile da quella offerta ai coniugi. Nel contempo però, pur apprezzando questa possibilità, numerose voci asserivano che in tali circostanze il vincolo di destinazione avrebbe incontrato il limite della sua necessaria obbligatorietà, posto che un vincolo di carattere reale a favore di una famiglia di fatto difficilmente avrebbe potuto trovare giustificazione di fronte alle ragioni del ceto creditorio (v. R. LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, cit., 61; G. CESARO, *op. cit.*, 110.; M.L. CENNI, *Trust e fondo patrimoniale*, in *TAF*, 2001, 526 ss.; F. TASSINARI, *op. cit.*, 55 ss., il quale afferma tra l’altro che la destinazione funzionalizzata ai bisogni della famiglia è un interesse di fatto ancor prima che di diritto.

<sup>146</sup> In tal senso, tra i numerosi, G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., 328-329; T. AULETTA, *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, cit., 334; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1757; G. D’AMICO, *La proprietà «destinata»*, cit., 544, in particolare alla nota 51. Invece, tra le poche voci isolate contrarie *tout court* alla destinazione *ex art. 2645-ter* per i conviventi, si segnala M. FRANCESCA, *Le destinazioni all’interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico*, in *Riv. not.*, 2012, 1035 ss.

<sup>147</sup> Così R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l’art. 2645 ter c.c.*, cit., 244.



Al di là di questa sorta di “tentativo di pacificazione”<sup>148</sup>, però, non bisognerebbe tralasciare l’opportunità di considerare un orientamento ancor più “liberale” con riferimento all’applicabilità della norma *de qua*, come sottolinea un’autorevole – seppur più ristretta – cerchia di commentatori<sup>149</sup>. Tra costoro, un autore<sup>150</sup> sostiene fermamente che la natura del vincolo *ex art. 2645-ter* non sia quella di *genus* rispetto alle altre forme di destinazione, ma che esso, con specifico riguardo al fondo patrimoniale, si ponga come succedaneo di quest’ultimo. Coloro che accolgono tale concezione, in particolare, traggono una conclusione diametralmente opposta rispetto a quella propugnata dalla dottrina maggioritaria, nel senso che la disparità tra i due strumenti destinatori consentirebbe ai coniugi di scegliere se adoperare, a seconda dei casi, l’uno o l’altro: di logica, essi ricorreranno al fondo patrimoniale, dalla disciplina più ferrea, ove intendano godere di notevoli garanzie, soprattutto a favore della loro prole, mentre ricorreranno all’atto di destinazione *ex art. 2645-ter* qualora preferiscano concedersi una maggiore discrezionalità nella determinazione del programma destinatorio<sup>151</sup>.

A ben vedere, una tesi di questo stampo, che mira a sfruttare le potenzialità della norma piuttosto che a svalutarle, non sembra priva di fondamento; a maggior ragione considerando come le obiezioni degli “scettici” possano essere facilmente superate. Difatti, in primo luogo, è proprio la circostanza che il legislatore predetermini la meritevolezza dell’interesse facente capo alla famiglia legittima a consentirci di avvalorare l’utilizzabilità anche di strumenti atipici allo stesso fine, in linea con il criterio selettivo di cui si è detto poco fa; inoltre, ci pare illogico ravvisare in una destinazione *ex art. 2645-ter* a scopo familiare un’ipotesi di auto-destinazione, poiché allora, così opinando, la stessa accusa andrebbe mossa anche alla fattispecie del fondo patrimoniale.

Per di più, la tesi in parola consentirebbe di risolvere *ab origine* il problema della disparità di trattamento rispetto a una destinazione atipica a favore di conviventi *more uxorio*: reputando il vincolo *ex art. 2645-ter* e quello discendente dal fondo patrimoniale due strumenti di natura distinta, non vi sarebbe ragione di applicare i principi inderogabili propri di quest’ultima fattispecie né alla famiglia legittima, né tantomeno a quella di fatto<sup>152</sup>.

<sup>148</sup> Nel senso che, diversamente dalla tesi maggiormente radicale, l’impostazione appena delineata presenta il vantaggio di non svilire l’ampia portata del “nuovo” strumento e, nel contempo, di impedirne un utilizzo fin troppo disinvolto, al solo scopo di sottrarsi alle limitazioni imposte dalla destinazione familiare specifica. Ne consegue che, ravvisata una certa – seppur limitata – fungibilità tra i due istituti per soddisfare i bisogni della famiglia coniugale, la scelta tra l’uno o l’altro apparirà, nel concreto, pressoché indifferente, poiché entrambi saranno soggetti al medesimo nucleo di principi inderogabili.

<sup>149</sup> G. OBERTO, *op. cit.*, 202 ss.; ID. *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, cit., 239 ss.; ID., *L’autonomia in materia patrimoniale nei rapporti familiari*, cit., 248 ss.; D. VECCHIO, *op. cit.*, 806 ss.; S. RAGGI, *I vincoli di destinazione di cui all’art. 2645 ter c.c.*, in AA.VV., *Il regime patrimoniale della famiglia*, a cura di A. ARCERI, M. BERNARDINI, Santarcangelo di Romagna, 2009, 375 ss.; U. STEFINI, *op. cit.*, 73 ss.; V. BELLOMIA, *op. cit.*, 740 ss.; A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 1378 ss., il quale rivede l’opinione precedentemente esposta in ID., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 186-187; AND. FUSARO, *L’atto di destinazione nella concorrenza tra strumenti giuridici*, cit., 1017.

<sup>150</sup> Ci si riferisce a Giacomo Oberto, strenuo sostenitore di questa tesi: v. G. OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 203 e opere successive. *Contra*, espressamente, S. TROIANO, *op. loc. cit.*

<sup>151</sup> V. per tutti U. STEFINI, *op. cit.*, 78-79, il quale richiama nello stesso senso F. VIGLIONE, *L’interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione*, in *Studium Iuris*, 2008, 1058.

<sup>152</sup> G. OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 206; ID., *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, cit., 258; A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1402. Giunge alla medesima conclusione anche G.A.M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 436, nonostante aderisca alla tesi più restrittiva: in particolare, egli parte da un differente presupposto, prendendo il via da un consolidato orientamento della Corte costituzionale (tra le innumerevoli pronunce, Corte cost. 14 aprile 1980, n. 45, in *Foro it.*, 1980, I. 1564 ss.; Corte cost., 25 luglio 2000, n. 352, in *Cass. Pen.*, 2001, 28 ss.; Corte cost., 16 marzo 2018, n. 57, disponibile in *Sito Uff. Corte cost.*, 2018): a ben vedere,



Se la soluzione accolta sottrae la destinazione atipica, in ragione della sua connaturata flessibilità, dall'essere sottoposta all'intero complesso delle norme inderogabili *ex artt.* 167 ss., anche laddove costituita a beneficio di una famiglia legittima, ciò non vale a legittimarne un ricorso scevro da qualsivoglia limitazione<sup>153</sup>: al contrario, posto che l'atto istitutivo del vincolo *de quo* andrebbe ad integrare una convenzione matrimoniale atipica a tutti gli effetti<sup>154</sup> – e alternativa al fondo –, allora esso dovrebbe plasmarsi quantomeno nel rispetto di quei canoni che, a monte, sottendono la disciplina tanto dei regimi patrimoniali (secondari) tra i coniugi, quanto delle convenzioni matrimoniali; canoni che, a loro volta, promanano da una medesima matrice, vale a dire dal c.d. regime patrimoniale primario della famiglia<sup>155</sup>.

A tal proposito, almeno due principi orientano la regolamentazione dei rapporti patrimoniali intra-familiari: *in primis*, va menzionato il dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia di cui all'art. 143, ult. comma cod. civ., imposto ad entrambi i coniugi secondo criteri di proporzionalità e solidarietà<sup>156</sup>, e inderogabile per espressa previsione *ex lege*<sup>157</sup>.

Ma ciò, a ben vedere, non sarebbe di per sé sufficiente: oltre a rappresentare un centro di affluenza della ricchezza individuale, la famiglia, invero, è portatrice di valori riconducibili alla sfera più intima della persona e dei suoi rapporti affettivi, che a loro volta si traducono in ulteriori diritti e doveri di natura pressoché indisponibile<sup>158</sup>. Al contempo, e come conseguenza della delicatezza degli interessi di cui il settore giusfam-

---

la *ratio* dei rapporti di convivenza *more uxorio* risiede proprio nella volontà delle parti di svincolarsi dai diritti e doveri discendenti dal matrimonio, riservandosi i conviventi una più ampia autonomia nella regolamentazione delle proprie condizioni di vita in comune; così ragionando, l'applicazione dell'art. 2645-ter in simili ipotesi non potrebbe sottostare alle medesime restrizioni disposte per il fondo patrimoniale.

<sup>153</sup> V. S. PATTI, *op. loc. cit.*

<sup>154</sup> Come sostengono U. STEFINI, *op. cit.*, 79-80 e G. OBERTO, *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, cit., 244. *Contra*, invece, G. CORRADI, *op. ult. cit.*, 1174; cfr. anche A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 1387 ss., il quale lascia intendere di preferire l'interpretazione più restrittiva che considera quali convenzioni matrimoniali soltanto quelle tipizzate dal legislatore.

<sup>155</sup> Per una definizione di "regime patrimoniale della famiglia" e sul confronto con il concetto di "convenzione matrimoniale" si vedano, *ex plurimis*, E. ROPPO, voce *Convenzioni matrimoniali*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; G. GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., 330 ss.; E. BARGELLI, F.D. BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 432 ss. Si tenga presente che la letteratura in tema distingue tra regime patrimoniale *primario*, che concerne, appunto, le generiche regole sulle modalità di contribuzione dei coniugi alle esigenze familiari e che dalla riforma del 1975 è informato a criteri di proporzionalità, e regime patrimoniale *secondario*, che attiene alle più specifiche regole di redistribuzione della ricchezza tra i coniugi e che trova fondamento in un principio compensativo e perequativo. È in quest'ultima sotto-categoria che andrebbero annoverati i regimi della comunione legale, della separazione, del fondo patrimoniale, della comunione convenzionale. Sul punto, per tutti, v. M. SESTA, *op. ult. cit.*, 95 ss.

<sup>156</sup> In realtà, tendenzialmente, il regime di contribuzione proporzionale (e solidale) caratterizza la regolamentazione dei rapporti patrimoniali all'interno di qualsiasi nucleo familiare: v. ad esempio l'art. 316-bis cod. civ., in materia di responsabilità genitoriale, che parimenti stabilisce il dovere dei genitori di adempiere ai loro obblighi verso i figli «*in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo*». Una formula quasi del tutto identica, poi, si rinviene nella l. 76/2016: rispettivamente, la si trova riferita ai *partners* dell'unione civile all'art. 1, comma 11, mentre per i conviventi registrati l'indicazione è contenuta al comma 53, nella parte della norma dedicata ai contratti di convivenza.

<sup>157</sup> Sull'evoluzione e sul ruolo del principio contributivo, v. principalmente G. VETTORI, A. GORGONI, *Il dovere coniugale di contribuzione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 1335 ss.; L. BARCHESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3 ss. L'inderogabilità di tale previsione, invero, si trae dall'art. 160 cod. civ.

<sup>158</sup> V. *ex plurimis* M. IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., 59. Si ricordi una celeberrima citazione di Arturo Carlo Jemolo, il quale rappresenta la famiglia come «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto» (A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, 241). Fuor di metafora, l'espressione indica come la famiglia costituisca un'entità che nemmeno si presta ad essere compiutamente regolamentata dal diritto, soprattutto per quanto concerne la dimensione effettuale dei rapporti tra i membri che la compongono; essa risponde, al contrario, a regole che eccedono la dimensione giuridica, riconducibili alla più evanescente sfera della morale, degli affetti, del sentimento. Ne consegue un'estrema difficoltà nell'operare un bilanciamento tra esigenze di natura puramente patrimoniale e valori a tal punto delicati.





liare si occupa, in tale contesto è particolarmente sentita l'esigenza di tutelare al meglio la condizione di soggetti c.d. deboli; principalmente, si tratterà dei figli della coppia, soprattutto laddove non abbiano raggiunto la maggiore età, ai quali è doveroso assicurare mantenimento, istruzione ed educazione in ossequio al dettame costituzionale<sup>159</sup>.

Alla luce di questa considerazione, pertanto, sarà più agevole individuare un metodo che consenta di approcciarsi adeguatamente alla *vexata quaestio* della destinazione atipica con causa familiare: secondo una rinnovata chiave di lettura<sup>160</sup>, in questa circostanza riemerge la funzionalità di alcune delle disposizioni inderogabili dettate per la destinazione familiare tipizzata<sup>161</sup>, le quali assurgeranno a fonte di integrazione al fine di porre rimedio alle lacune dell'art. 2645-ter in punto di tutela<sup>162</sup>; in particolare, ad avviso di chi scrive, non si potrà prescindere da quelle regole specificamente poste a presidio della prole, ove presente<sup>163</sup>.

Potrebbe ritenersi applicabile alla destinazione atipica l'art. 169 cod. civ., nella parte in cui prescrive l'autorizzazione giudiziale per il compimento di taluni atti di straordinaria amministrazione sui beni conferiti: una regola che, nonostante parte della dottrina reputi disponibile già con riferimento al fondo patrimoniale, potrebbe reputarsi insuperabile tanto in quel contesto quanto, di conseguenza, in occasione dell'impiego dell'atto di destinazione generico, ove a beneficio di figli minorenni<sup>164</sup>.

<sup>159</sup> Il riferimento è, naturalmente, all'art. 30 Cost.; oggi, siffatta previsione costituzionale è implementata dalla disciplina in materia di «responsabilità genitoriale e diritti e doveri del figlio» prevista al Titolo IX del Libro Primo del Codice.

<sup>160</sup> Condivisa, come pare, da altri autorevoli commentatori: S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, 441 ss.; V. BELLOMIA, *op. cit.*, 737 ss.; A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 1385 ss.; AND. FUSARO, *Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura del), *Studio civilistico n. 357-2012/C. Atti di destinazione – Guida alla redazione*, 91 ss.; ID., *L'atto di destinazione nella concorrenza tra strumenti giuridici*, cit., 1017 ss. Un po' più cauto, invece, T. AULETTA, *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, cit., 334, il quale ritiene che alla destinazione ex art. 2645-ter nel contesto della famiglia coniugale possa ricorrersi soltanto ove risulti che essa è idonea a tutelare in modo più incisivo i suoi componenti, «verosimilmente anche quando ciò possa comportare un maggior sacrificio dei creditori (in seguito a una segregazione più marcata)».

<sup>161</sup> Scrive AND. FUSARO, *Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?*, cit., 95, che, in questa prospettiva «[...] i due istituti esibirebbero una tendenziale assimilazione, quindi un'integrazione della loro disciplina, piuttosto che una contrapposizione insanabile [...] la distanza tra i due istituti si ridurrebbe sul piano operativo [...]».

<sup>162</sup> D'altra parte, si potrebbe ragionare alla stessa maniera con riguardo alla disciplina della comunione convenzionale: l'art. 210 cod. civ. enuncia una serie di disposizioni proprie del regime legale che non possono essere convenzionalmente derogate dai coniugi che optino per il regime alternativo (es. regole sull'amministrazione dei beni e sull'uguaglianza delle quote in relazione ai beni oggetto della comunione); dopodiché, è la dottrina ad aver individuato i margini entro cui si possono applicare ulteriori modifiche alla disciplina. Anche qui, alcune delle previsioni «intangibili», invero, sono riconducibili alla necessità di tutelare dei valori fondamentali come quello della parità tra coniugi, che si riflette, dal punto di vista economico-patrimoniale, anche sull'adempimento del loro dovere contributivo.

Sulla comunione convenzionale si considerino, a titolo esemplificativo, M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 1525 ss.; M. PITTALIS, *Modifiche convenzionali alla comunione dei beni*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, *Regime patrimoniale della famiglia*, 519 ss.; M.C. IODICE, S. MAZZEO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2015, 269 ss.

<sup>163</sup> Perfettamente condivisibili, pertanto, le osservazioni di A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 1386: «Fermo che beneficiari dell'atto saranno i membri della famiglia costituita dai coniugi conferenti [...] il collegamento con l'obbligo contributivo è fondamentale per individuare la nozione di famiglia cui, nella specie, occorre fare riferimento. Se l'atto, indirizzato alla soddisfazione dei bisogni della famiglia, è, in ultima analisi, destinato all'adempimento del dovere di contribuzione, [...] beneficiari della destinazione saranno i coniugi e i loro figli, anche adottivi e sopravvenuti in epoca successiva alla sua stipula. Quest'ultimi, però, entro i limiti in cui opera l'obbligo contributivo e, quindi, fin tanto che siano minorenni o economicamente non autosufficienti, ovvero, allorché siano divenuti patrimonialmente autonomi, sino a quando convivano con i loro genitori e siano, quindi, tenuti alla contribuzione, ai sensi dell'art. 315-bis cod. civ., cui corrisponde, in virtù della solidarietà familiare, analogo dovere contributivo a carico dei genitori».

<sup>164</sup> Ma *contra* A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 1385, il quale ritiene questa previsione derogabile laddove entrambi i coniugi esprimano il loro consenso al compimento di tali atti; in particolare, v. la nota 76.



Seguendo siffatto *iter* logico, la stessa sorte potrebbe riservarsi anche alla previsione che impone la sopravvivenza del vincolo destinatorio fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio: è ragionevole pensare che, sfruttando l'atto atipico, i coniugi saranno liberi perfino di estendere la durata del vincolo oltre tale termine<sup>165</sup>; meno tollerabile, forse, sarebbe attribuire loro la *chance* di ridurre la durata della destinazione, per le motivazioni garantistiche di cui si è detto finora.

Le ulteriori limitazioni ritraibili dalla disciplina del fondo, peraltro, non sembrano assumere una rilevanza tale da poter limitare la manifestazione dell'autonomia privata così come sancita nell'art. 2645-ter: ad esempio, sarebbe improbabile pensare di estendere all'atto atipico la regola di cui all'art. 170 cod. civ.<sup>166</sup>, la quale, imponendo la verifica dello stato soggettivo di buona fede in capo ai creditori c.d. estranei alla destinazione, ci pare lontana dall'odierna configurazione del rapporto tra tutela del credito e separazione patrimoniale, rispecchiata più fedelmente, invece, dalla formulazione dell'art. 2645-ter<sup>167</sup>. D'altronde, com'è noto, il regime di separazione della destinazione atipica assicura ai privati un effetto addirittura più pregnante – si potrebbe dire “assoluto” – in quanto preclude ad ogni creditore, il cui rapporto non sia sorto in correlazione alla destinazione, e a prescindere dal relativo stato soggettivo, di aggredire il patrimonio vincolato ex art. 2645-ter<sup>168</sup>.

Ad ogni modo, qualche margine di operatività, secondo alcuni autori, potrebbe concedersi anche alle regole di amministrazione richiamate all'art. 168, ult. comma<sup>169</sup>, ovvero all'elenco delle cause di cessazione del fondo elencate all'art. 171 e ulteriormente integrate dalla dottrina<sup>170</sup>.

Naturalmente, le differenti linee interpretative in tema di destinazione familiare appena illustrate ad oggi necessitano di adeguarsi alla situazione creatasi dall'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016, n. 76.

Quanto alle unioni civili, si deve considerare come, in passato, l'assenza di un loro riconoscimento impedisse ai *partners* della coppia omosessuale di fruire del regime patrimoniale di cui all'art. 167 ss., mentre veniva concessa loro l'esperibilità della sola destinazione regolata all'art. 2645-ter; oggi, diversamente, la legge Cirinnà opera un rinvio esplicito alle norme codicistiche dedicate al fondo patrimoniale<sup>171</sup>, sicché anche

<sup>165</sup> Così anche AND. FUSARO, *L'atto di destinazione nella concorrenza tra strumenti giuridici*, cit., 1017, nota 74; A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 1386; T. AULETTA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>166</sup> Isolata pare la tesi di R. LENZI, *Tecniche di redazione dell'atto di destinazione. Brevi note su atto di destinazione e circolazione giuridica*, dattiloscritto, riportata da A. FUSARO, *Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?*, cit., 93, dove si legge: «Tra le posizioni intermedie si segnala quella (di Lenzi, appunto) che propone di far reagire l'antico sul nuovo, in modo da “estendere, in via interpretativa, nel tentativo di ricostruire un generale statuto dell'atto di destinazione, il richiamo dell'art. 170 cod. civ., attribuendo rilevanza alla condizione di buona o mala fede del terzo in ordine alla conformità dell'atto alla destinazione, la prova della mala fede del terzo, al pari di quanto accade in relazione al fondo patrimoniale, potrà essere fornita anche mediante presunzioni, con la conseguenza che l'oggettiva difformità dalla destinazione, se ritenuta dal giudice percepibile dal terzo, potrà incidere comunque sulla conservazione dell'acquisto”».

<sup>167</sup> Nel senso che la disciplina del fondo patrimoniale, risalente al 1975, si inserisce in un contesto in cui la destinazione patrimoniale era ancora in gran parte inesplorata nel nostro Paese, e l'esigenza di tutelare gli interessi del ceto creditorio, trasposta nella disciplina dell'art. 2740, commi 1 e 2, veniva ancora considerata di ordine pubblico (*v. supra*).

<sup>168</sup> Scrive G.A.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 428, con riferimento alla “minor separazione” realizzata attraverso il fondo patrimoniale, che tale differente scelta legislativa si giustifica sulla base dell'«[...] esposizione del ceto creditorio al rischio permanente della flessibilità della composizione del nucleo che rende elastici i bisogni della famiglia cui il bene è vincolato [...]».

<sup>169</sup> Così, ad esempio, V. BELLOMIA, *op. cit.*, 738; A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 1385; T. AULETTA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>170</sup> V. S. BARTOLI, *op. ult. cit.*, 492 ss. e A. MORACE PINELLI, *op. loc. ult. cit.*, il quale ultimo ritiene ammissibile lo scioglimento convenzionale del vincolo di destinazione atipico con causa familiare.

<sup>171</sup> A riguardo, *ex multis*, G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili. Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, a cura di P. RESCIGNO, V. CUFFARO, in *Giur. it.*, 2016, 1797 ss.; ID. *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze – Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, 29 ss.



con riguardo alle coppie unite civilmente si dovrà valutare se sia doveroso confinare la destinazione alla disciplina tipizzata ovvero – com'è preferibile per chi scrive – se alla coppia sia dato servirsi anche della destinazione atipica, al pari di quanto avveniva già prima della riforma.

Maggiori complicazioni si incontrano, invece, con riguardo alle c.d. convivenze registrate, posto che i commentatori restano schierati su fronti opposti in merito all'interpretazione della legge *de qua*<sup>172</sup>: da un lato, vi è chi sostiene che i conviventi possano servirsi solamente dell'art. 2645-ter per dare vita a una destinazione nel loro interesse, non potendosi ammettere l'impiego del fondo patrimoniale in quanto l'unico regime menzionato dalla norma è quello della comunione legale<sup>173</sup>; altri, valorizzando il generico riferimento alle «modalità di contribuzione» di cui si fa menzione nella normativa, ritengono che i conviventi possano adottare un regime analogo al fondo patrimoniale per mezzo del contratto tipico di convivenza e che, all'opposto, non sia più concesso loro sfruttare l'art. 2645-ter<sup>174</sup>.

Probabilmente, se si intendesse accogliere una soluzione più equa e in linea con le conclusioni ivi accolte e se, al contempo, si ritenesse di concedere ai conviventi l'esperibilità del fondo patrimoniale – *melius*, di un suo *fac simile*, dato che la dottrina summenzionata parla di “regime analogo” – allora, in quel caso, sarebbe certamente opportuno attribuire loro la *chance* di utilizzare sia lo strumento destinatorio tipizzato che quello atipico. Se non che, allo stato dei fatti, probabilmente la tesi più convincente rimane quella che concede ai conviventi registrati soltanto il ricorso alla destinazione *ex art. 2645-ter*, allo stessa maniera di quanto si è affermato con riguardo ai conviventi *more uxorio*; d'altronde, di convivenza sempre si tratta: per quanto ad oggi si sia regolamentata sotto alcuni profili, la qualificazione di “conviventi” esprime pur sempre la volontà di sottrarre il relativo rapporto agli altri vincoli familiari più stringenti previsti nel nostro ordinamento.

7. – Per ragioni di completezza, ci pare adeguato considerare anche il secondo motivo per cui viene respinto il ricorso, nella pronuncia da cui prende spunto il presente lavoro: precisamente, esso concerne l'aspetto della tutela dei creditori pregiudicati dalla destinazione, fondato sul vittorioso esperimento dell'azione revocatoria esercitata in primo grado dalla curatela<sup>175</sup>, il che avrebbe comunque reso inefficaci nei confronti di questa i negozi destinatori posti in essere dai ricorrenti, a prescindere dalla relativa (in)validità.

Nondimeno, già in secondo grado gli ex amministratori avevano lamentato la mancata verifica, da parte del Tribunale, del requisito del *consilium fraudis* anche in capo ai terzi – *id est* dei beneficiari della destinazione, dunque i familiari degli amministratori<sup>176</sup> – coinvolti nell'operazione destinatoria; ma la Corte di Ap-

---

<sup>172</sup> Il comma 53 dell'art. 1 sancisce laconicamente che: «Il contratto di cui al comma 50 [...] può contenere: [...] b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo;

c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile».

<sup>173</sup> G. CORRADI, *op. ult. cit.*, 1774-1775; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 497 ss.

<sup>174</sup> G. D'AMICO, *Contratto di convivenza e atto di destinazione*, cit., 208-209, il quale, riferendosi all'impiego del 2645-ter per la famiglia di fatto e coerentemente con quanto sostenuto nella sua precedente opera (ID., *La proprietà «destinata»*, cit., 544 ss.), precisa «ammesso che prima [...] fosse (concesso)».

<sup>175</sup> Nella pronuncia, difatti, si legge come tali vincoli sembrano proprio essere stati costituiti dai due amministratori al fine di mettere al riparo il proprio patrimonio dalle pretese dei creditori; siffatto intento troverebbe conferma nel fatto che costoro avrebbero agito poco tempo dopo aver dilapidato il patrimonio della società, prima che il bilancio venisse approvato.

<sup>176</sup> In realtà l'art. 2901, comma 1, n. 2 enuncia la seguente condizione da verificare: «che [...] trattandosi di atto a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione». Generalmente il “terzo” ivi menzionato viene inteso quale “avente causa”; tuttavia, nel caso della destinazione patrimoniale,



pello di Genova aveva prontamente smentito tale obiezione, affermando come, data la gratuità dell'atto di destinazione, non risultasse necessario verificare tale requisito, essendo sufficiente la constatazione dello stesso con riguardo ai soli debitori disponibili.

Quanto al giudizio innanzi alla Cassazione, i ricorrenti perseverano nell'affermare la negligenza del giudice di secondo grado in ordine all'accertamento del succitato requisito; la Cassazione, invero, non fa altro che ribadire le medesime conclusioni emerse in appello: richiamando una costante giurisprudenza di legittimità<sup>177</sup>, afferma che la gratuità dell'atto di destinazione esime chi giudica dal verificare tanto la sussistenza della *participatio fraudis* di terzi all'operazione pregiudizievole quanto, per il caso di crediti sorti successivamente all'atto pregiudizievole, della loro dolosa preordinazione assieme al debitore.

Ma sia consentito, a tal proposito, fare un passo indietro e chiedersi: in che rapporti si pongono l'azione revocatoria<sup>178</sup> e la destinazione patrimoniale? O meglio, come si può assicurare la tutela dei creditori a fronte di una destinazione patrimoniale con efficacia di separazione?

La tutela dei creditori, in primo luogo, passa attraverso la pubblicizzazione del vincolo, aspetto che, secondo l'orientamento prevalente, è indefettibilmente connaturato all'art. 2645-ter<sup>179</sup>: in tal guisa, attraverso la trascrizione dell'atto e l'applicazione delle regole di priorità proprie di siffatto adempimento pubblicitario<sup>180</sup>, si assicura innanzitutto l'affidamento del terzo creditore, il quale potrà sempre essere edotto delle vi-

---

sembra che questa espressione possa intendersi anche con riferimento a colui che trae beneficio dalla costituzione del vincolo. Meglio ancora, come si cercherà di spiegare nel prosieguo, per individuare i soggetti terzi in relazione ai quali è doveroso accertare il requisito della *participatio fraudis* ovvero del *consilium fraudis*, occorre esaminare caso per caso la struttura, la natura e la causa dell'atto destinatorio: sul punto, S. MEUCCI, *op. ult. cit.*, 463; U. STEFINI, *op. cit.*, 190 ss.; R. LENZI, *voce Atto di destinazione*, cit., § 5; P. COPPINI, *op. cit.*, 148.

<sup>177</sup> In particolare, la Cassazione richiama tre pronunce – qui enunciate in ordine cronologico – di cui ci pare opportuno riportare le massime: Cass. civ., sez. II, 17 maggio 2010, n. 12045, in *CED Cassazione*, 2010 «L'azione revocatoria ordinaria di atti a titolo gratuito non postula che il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore sia conosciuto, oltre che dal debitore, anche dal terzo beneficiario, il quale ha comunque acquisito un vantaggio senza un corrispondente sacrificio e, quindi, ben può vedere il proprio interesse posposto a quello del creditore»; Cass. civ., sez. III, 15 novembre 2019, n. 29727, in *CED Cassazione*, 2019 «L'atto di costituzione del vincolo sui propri beni ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ., benché non determini il trasferimento della loro proprietà né la costituzione su di essi di diritti reali in senso proprio, è comunque idoneo a sottrarre i beni vincolati all'azione esecutiva dei creditori, ha effetti connotati dal carattere della "realtà" in senso ampio, essendo oggetto di trascrizione, ed è conseguentemente idoneo a pregiudicare le ragioni creditorie [...]»; Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3697, in *CED Cassazione*, 2020 «In tema di responsabilità patrimoniale, il semplice atto di destinazione di un bene alla soddisfazione di determinate esigenze meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ., costituisce, di regola, un negozio unilaterale – in quanto esso non si perfeziona con l'incontro delle volontà di due o più soggetti, ma è sufficiente la sola dichiarazione di volontà del disponente – ed è a titolo gratuito, in quanto di per sé determina un sacrificio patrimoniale da parte del disponente, non trovando contropartita in una attribuzione in favore di quest'ultimo [...]».

<sup>178</sup> Per un *excursus* sull'evoluzione della disciplina di tale azione e una considerazione circa i più recenti approdi giurisprudenziali e dottrinali, sia consentito rinviare a I. PAGNI, *La natura dell'azione revocatoria*, in *Corr. giur.*, 2021, 821 ss.

<sup>179</sup> Infatti, la dottrina prevalente ritiene la trascrizione dell'atto di destinazione un adempimento obbligatorio e con valenza di pubblicità costitutiva: v. *ex plurimis* G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, cit., 529; U. STEFINI, *op. cit.*, 111 e 123; M. CEOLIN, *op. cit.*, 379 ss.; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 229 e 263; M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 225 ss.

<sup>180</sup> Del resto, la funzione della trascrizione, anche quando si tratti di un atto *ex art.* 2645-ter e a prescindere dalla valenza che le si attribuisce, rimane quella di risolvere i conflitti che possono insorgere tra creditori, in particolare tra i creditori della destinazione e creditori ad essa estranei. Più in generale, tale adempimento ha un ruolo fondamentale nella regolamentazione dei rapporti tra le parti coinvolte nella vicenda destinataria e i terzi che entrino in contatto con essa, tra i quali è possibile annoverare non soltanto i creditori, ma anche eventuali aventi causa delle *res* vincolate. Sul punto, cfr. G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 196; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1741 ss.; F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 179 ss.; G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 526. In applicazione delle regole ordinarie in materia di trascrizione ai sensi dell'art. 2644 cod. civ., pertanto, prevarrà «chi prima trascrive e non chi prima contrae» (R. DICILLO, *op. cit.*, 166).



cede circolatore che coinvolgono i beni di suo interesse<sup>181</sup>. Rimane, però, che nel concreto la destinazione realizza pur sempre una limitazione della responsabilità patrimoniale in capo al soggetto che la pone in essere, in deroga al principio di cui all'art. 2740<sup>182</sup>.

Della progressiva perdita di spessore di tale principio nel nostro ordinamento si è già disquisito a sufficienza; ad ogni modo, se è chiaro che la «*tutela del credito*» non rappresenta più un valore assoluto, ciò non toglie che esso necessiti pur sempre di essere realizzato – *melius*, garantito – attraverso un suo bilanciamento con valori emergenti e altrettanto rilevanti nel sistema attuale. Peraltro questo bilanciamento, a parere di chi scrive, non si pone *ex ante* nella fase costitutiva del patrimonio destinato di cui all'art. 2645-*ter*, tramite un giudizio di meritevolezza che esuli dalla semplice rispondenza dell'interesse perseguito al criterio di liceità, ma si colloca in una fase successiva, e viene assicurato conferendo al ceto creditorio degli strumenti idonei a far valere le proprie pretese<sup>183</sup>: in altre parole, a ragionare in questi termini non si viola assolutamente il principio di responsabilità patrimoniale, dal momento che è il legislatore stesso ad aver attribuito a una destinazione che rispetti i requisiti previsti dalla norma l'autorizzazione a derogarvi, senza che si renda necessario giustificare questo risultato ravvisando nell'interesse perseguito un certo "spessore", una particolare connotazione che vada oltre l'imprescindibile sussistenza di un adeguato fondamento causale e la sua non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

È interessante riportare, perfettamente in linea con quanto si è appena esplicitato, l'osservazione compiuta in un recentissimo contributo<sup>184</sup>, ove si legge che, sul versante del rapporto tra vincolo di destinazione e tutela creditori, incide ancora una volta – costituendo, del resto, il fulcro della figura in esame – il profilo causale della destinazione o, in altre parole, la percezione che si ha del parametro della meritevolezza: precisamente, c'è una discrepanza tra chi lo reputa un concetto relazionale e, dunque, asserisce che la tutela degli interessi creditori debba necessariamente inserirsi nella succitata valutazione comparativa con il contrapposto interesse sotteso alla destinazione<sup>185</sup>, e chi, diversamente, ritiene che il concetto si identifichi con la semplice liceità, e che a presidio della posizione del ceto creditorio sovvenga in ogni caso la tutela offerta "dall'esterno" attraverso i rimedi processuali concessi ai creditori, tra cui figura in prima linea proprio l'azione revocatoria<sup>186</sup>.

<sup>181</sup> V. per tutti M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 220-221, dove si legge «In generale il sistema attuale sembra caratterizzarsi per un ampliamento delle sfere prima sottratte alla competenza dei privati, ma a condizione che siano apprestati adeguati strumenti di pubblicità per i terzi».

<sup>182</sup> V. ancora R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 1747: «È vero, infatti, che l'art. 2645-*ter* rappresenta una norma di apertura verso ipotesi atipiche di destinazione patrimoniale, al di fuori delle ipotesi già positivamente disciplinate; è altrettanto innegabile, però, l'attitudine dell'atto di destinazione a svuotare di sostanza il contenuto della garanzia patrimoniale del disponente». Nello stesso senso anche F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 184; R. DI RAIMO, *op. cit.*, 76.

<sup>183</sup> Scrive giustamente P. COPPINI, *op. cit.*, 134: «Ammettere che un simile risultato possa essere raggiunto senza munire i creditori di un'adeguata tutela renderebbe l'istituto in questione incompatibile col nostro ordinamento, a causa degli utilizzi fraudolenti a cui lo stesso si presterebbe».

<sup>184</sup> *Ivi*, 135.

<sup>185</sup> Diversamente, chi ritiene che il vincolo di destinazione possa giustificarsi soltanto in ragione di interessi di natura pubblicistica ed etico-solidaristica (v. ad esempio A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. impr.*, 2009, 466 ss.) logicamente ripudia un simile giudizio: è il legislatore che, riferendosi espressamente a persone affette da disabilità e pubbliche amministrazioni, per l'ennesima volta ha predeterminato quali siano gli interessi idonei a giustificare la destinazione *ex art. 2645-ter*. Peraltro, da tale tesi discende sia che tali atti siano salvaguardati dalla comminatoria di inefficacia di diritto di cui all'art. 64 l.f., (ove si statuisce che «Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante»), sia che essi si sottraggano, secondo l'interpretazione prevalente di tale ultima norma, finanche alla revocatoria ordinaria.

<sup>186</sup> V. per tutti U. STEFINI, *op. cit.*, 67-68: «Ora, in tutti i contratti traslativi quello che rileva è la sussistenza di un adeguato soste-





Tornando alla vicenda di nostro interesse, *prima facie* l'affermazione della Corte, a conferma di quanto asserito dai giudici di merito nei gradi di giudizio precedenti, appare piuttosto condivisibile. Tuttavia, per quanto si possa anche ritenere, nel caso di specie, la revocatoria fondata, a chi scrive pare proprio che la Corte abbia fondato l'inammissibilità del secondo motivo di ricorso sul presupposto di un'automatica identificazione tra atto di destinazione *ex art. 2645-ter* (in tale circostanza, con causa familiare) e atto a titolo gratuito; il che, di per sé, sarebbe sufficiente a ritenerne il ragionamento, se non proprio erroneo, quantomeno incompleto.

A confermare questo sospetto, tra l'altro, v'è la constatazione del fatto che recenti pronunce di legittimità abbiano trattato la destinazione patrimoniale ai sensi dell'*art. 2645-ter* sempre in qualità di vincolo statico e di natura gratuita<sup>187</sup>, mentre emerge come si faccia riferimento al *trust* per discorrere di un vincolo di destinazione avente struttura dinamica, che può assumere anche carattere oneroso<sup>188</sup>; complice, del resto, il fatto che nella pratica sovente si verifica che privati ricorrono all'uno o all'altro a seconda delle proprie esigenze<sup>189</sup>. Oltre a creare confusioni, questa visione crea un'errata discrepanza tra le due forme di destinazione, lasciando intendere che un vincolo di destinazione "all'italiana" possa essere soltanto puro e gratuito, e un *trust* non possa assumere carattere autodichiarato, necessitando sempre la presenza di un *trustee*.

Al di là del fatto che, secondo l'opinione qui condivisa, sarebbe preferibile ritenere che oggigiorno anche il *trust* debba farsi ricadere nella previsione di cui all'*art. 2645-ter*, a maggior ragione ove quest'ultimo si ritenga foriero di una figura destinataria generale<sup>190</sup>, questo punto di vista appare distorto dal fatto che la norma *de qua* menzioni soltanto gli aspetti essenziali di una destinazione pura; tuttavia, quantunque il legislatore sia stato poco avveduto a riguardo, come si è detto in precedenza è indubbio che la fattispecie possa accogliere anche una struttura di tipo traslativo, e qualora ciò si verifichi, a discapito della necessità di creare *ad hoc* una fantomatica causa destinataria, l'interesse sottostante all'atto istitutivo del vincolo conformerà anche l'atto di trasferimento all'attuatore<sup>191</sup>. Ma v'è di più, perché da ciò deriva l'ulteriore conseguenza che l'atto di destinazione non può essere relegato, sempre e comunque, ad atto a titolo gratuito<sup>192</sup>; al contrario, la variabilità della sua causa unita alla flessibilità della sua struttura permette di qualificarlo quale atto a titolo

---

gno causale che sorregga il trasferimento [...]. Nessuno si preoccupa di effettuare un confronto tra l'interesse dei creditori del disponente e quello di chi acquista il diritto, per stabilire se l'atto traslativo persegua o meno un interesse "meritevole" [...]. Ci pensa poi l'ordinamento a risolvere il conflitto d'interessi tra i creditori e gli aventi causa del disponente: vuoi con le norme sull'opponibilità del pignoramento, vuoi concedendo ai creditori quella tutela della loro garanzia patrimoniale che è l'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare. Lo stesso deve dirsi per quegli atti che realizzano l'effetto destinataria disciplinato dall'*art. 2645-ter* [...].»

<sup>187</sup> Ciò si è visto con riguardo a Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3697, cit. Questa concezione, come si ammette proprio in tale pronuncia, deriva a sua volta da una costante considerazione di altre fattispecie di destinazione patrimoniale quali atti a titolo gratuito – se non addirittura di natura liberale – soprattutto ove giustificati dalla *causa familiae*; in particolare, il raffronto con il fondo patrimoniale è immediato: v. da ultimo Cass. civ., sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 2077, consultabile all'indirizzo <https://sentenze.lalegepertutti.it>.

<sup>188</sup> V. ad esempio Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2018, n. 13388, in *Giur. it.*, 2019, 774 ss., con nota critica di A. GALLARATI, *Atti dispositivi in trust – L'azione revocatoria degli atti dispositivi in trust*. Nella massima della pronuncia si legge: «Al fine di qualificare l'onerosità o la gratuità del titolo in base al quale è effettuato un atto dispositivo in *trust* occorre far riferimento al rapporto sussistente tra il disponente e i beneficiari che si evince dalla programmazione di interessi prevista dall'atto istitutivo del medesimo *trust*».

<sup>189</sup> Come evidenzia, ancora, P. COPPINI, *op. cit.*, 149.

<sup>190</sup> Si tratta della stessa tesi esposta, nelle pagine precedenti, con riguardo al ruolo dell'*art. 2645-ter* rispetto all'annosa questione del *trust* interno.

<sup>191</sup> Così *ex multis* U. STEFINI, *op. cit.*, 98 ss., che evidenzia l'analogia con la dottrina in tema di negozio fiduciario; P. COPPINI, *op. cit.*, 148.

<sup>192</sup> Come ritiene, invece, parte della dottrina: A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 239; ID., *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, cit., 472; F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 172 ss.



oneroso ovvero gratuito a seconda dell'assetto di interessi avuto di mira da chi lo pone in essere<sup>193</sup>. Sicché i giudici di legittimità avrebbero dovuto quantomeno esplicitare questa eventualità, esplorare le potenzialità dell'atto di destinazione e le relative conseguenze sul piano della revocatoria, dandone atto nella motivazione di sentenze come quella in esame, al fine evitare che il lettore – nemmeno così ingenuamente<sup>194</sup> – traesse le medesime conclusioni di chi scrive.

Se davvero la destinazione *ex art. 2645-ter*, che si intenda quale fattispecie o come effetto tipizzato, costituisce una figura tipizzata dal contenuto atipico, dalla struttura estremamente flessibile, tale da poter essere sorretta da qualsivoglia giustificazione causale purché l'interesse sottostante risulti meritevole di tutela, allora non si vede come mai a prescindere si debba reputarne il relativo atto quale atto (unilaterale e) gratuito. Che poi esso, nel caso di specie, lo sia realmente, ciò è molto probabile: che in genere una destinazione con causa familiare sia caratterizzata da gratuità, è indubbiamente vero<sup>195</sup>; tuttavia, lo si ribadisce, ciò che stransisce è che dalle parole della Corte pare che si sia voluta trarre una conclusione generale, valevole per tutti gli atti di destinazione *ex art. 2645-ter* cod. civ. Di conseguenza, è ovvio che, ritenendo gli atti di destinazione compiuti dalle parti a titolo gratuito, cade la necessità di verificare il requisito del *consilium fraudis* in capo a eventuali terzi coinvolti, in ossequio alla lettera dell'art. 2901 cod. civ., comma 1, n. 2.

Un ulteriore spunto per le nostre considerazioni lo si trae dalla disciplina del fondo patrimoniale, figura di riferimento in casi come questo, dove la destinazione è sorretta da una *causa familiae*: nonostante l'interpretazione maggiormente consolidata riconosca al negozio costitutivo del vincolo sui beni conferiti al fondo, così come l'eventuale negozio traslativo che può accompagnarsi ad esso, la natura di atto a titolo gratuito<sup>196</sup> e, sovente, poi, si tenda a qualificarlo addirittura quale atto di liberalità<sup>197</sup>, in realtà, non si ritiene di poter escludere a priori una differente connotazione<sup>198</sup>: nulla impedisce che tali negozi costituiscano unitariamente un'operazione a titolo oneroso (ad esempio, ove emerga che il fondo sia stato posto in essere per assolvere agli obblighi familiari contributivi); allora, ciò implica che l'atto destinatorio di cui agli artt. 167 ss. cod. civ., ferma la sua finalità di soddisfacimento dei bisogni familiari, possa assumere natura variabile a seconda del concreto assetto degli interessi perseguiti nel caso di specie.

<sup>193</sup> Sul punto, S. MEUCCI, *op. loc. ult. cit.*; F. VIGLIONE, *op. ult. cit.*, 1059 ss.; U. STEFINI, *op. cit.*, 190 ss.; P. COPPINI, *op. cit.*, 163 ss.; R. LENZI, *op. ult. cit.*, § 4, il quale ultimo però sottolinea come, a suo parere, «Anche in considerazione del richiesto requisito della meritevolezza è tuttavia prevedibile che, nella maggioranza dei casi, si avrà una costituzione del vincolo a titolo gratuito, a vantaggio del beneficiario».

<sup>194</sup> Dal momento che la Corte, da un lato, richiama quella giurisprudenza di legittimità che ha qualificato l'atto di destinazione come atto sempre a titolo gratuito e, dall'altro lato, si riferisce proprio all'"atto", come a intenderlo in via generale, e non agli "atti" destinatori del caso di specie.

<sup>195</sup> Come rileva S. MEUCCI, *op. ult. cit.*, 464.

<sup>196</sup> In particolare, questa interpretazione viene ribadita da più di vent'anni, oltre che dalla dottrina maggioritaria, dalla Suprema Corte: v. Cass. civ., sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 2077, cit. Osserva L. DOMENICI, *Il fondo patrimoniale: negozio di protezione dei beni familiari*, in *Not.*, 2011, 552, che «La drastica posizione assunta dalla giurisprudenza è evidente reazione alla prassi che vede in numerosi casi il ricorso al fondo patrimoniale quale strumento per mettere in salvo determinati beni dalle pretese creditorie. La qualificazione come atto a titolo gratuito, infatti, rende certamente più agevole per i creditori pregiudicati il recupero della propria garanzia patrimoniale».

<sup>197</sup> Un atto che si sostanzierebbe in una donazione, segnatamente obnuziale ove l'attribuzione provenga da un terzo ovvero da uno dei coniugi: tra molti, v. G. GABRIELLI, *voce Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 310 ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, II, Milano, 1984, 92; F. CARRESI, *op. cit.*, 394 ss.

<sup>198</sup> V. R. LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, cit., 85; G. TRAPANI, *Il vincolo di destinazione dei beni oggetto del fondo patrimoniale ed i limiti all'autonomia privata dei costituenti*, cit., 41 ss.; ID., *Il fondo patrimoniale come strumento di soddisfazione dei bisogni della famiglia*, in *Not.*, 2007, 673, dove afferma che possa essere a titolo oneroso se il fondo è costituito per iniziativa di terzo; L. DOMENICI, *op. cit.*, 561; T. AULETTA, *op. ult. cit.*, 1626 ss.



## JUS CIVILE

Ne deriva che, se perfino con riguardo al fondo si può arrivare a pensare che l'atto possa avere titolo oneroso, allora si dovrà ammettere che anche l'atto di destinazione atipico – in relazione al quale, a maggior ragione, gli interessi possono essere decisamente più eterogenei – sia in grado di assumere la stessa veste, sempre a seconda dei casi. In altre parole, e in conclusione, non si critica la fondatezza dell'*actio pauliana* perseguita dalle controparti – *rectius*, non si intende entrare nel merito della questione in questa sede, non avendo a disposizione dettagli sufficienti a consentirci un'adeguata riflessione sul punto – bensì, limitandoci alla pronuncia di legittimità esaminata, ci sembra criticabile la disinvoltura mostrata dalla Suprema Corte nel motivare l'inefficacia attribuita agli atti di destinazione, dandone per scontata la natura non onerosa sulla base di una apodittica ricostruzione generale dell'istituto.



GIANLUIGI PASSARELLI

*Assegnista di Ricerca – Università Roma 5 San Raffaele*

## CONTRACTUAL AUTONOMY BETWEEN INTERNAL AND ECOLOGICAL DIMENSION IN ITALY\*

SUMMARY: 1. The evolution of the path toward the environmental legal protection. – 2. On the identification of legal positions related to the environment. – 3. Environmental protection and corporate rights between reasonableness and proportionality. – 4. Content analysis of the “environmental contract”. – 5. Ecological contract and possible “trilateral relationship” between all interests involved in the contract. – 6. Concluding remarks.

1. – In the face of growing pollution and increasingly frequent ecological disasters, environmental protection has become an imperative challenge for the global community and, in turn, to national legal frameworks all over the world<sup>1</sup>. Within this scenario, Italian legislation has undergone a serious process of revision, in light of the increasing amount of damage caused by pollution and climate change, which is a phenomenon that knows no geographical boundaries and calls inevitably upon various sectors of the internal system. Therefore, this study will examine the direction of the process of constitutional revision as well as the effects on some private law principles.

It is my contention that in order to understand the constitutional framework in Italy is important to point out, as will be outlined *infra*, that until 2022, in the Italian Fundamental Charter there were no specific and direct provisions that mentioned the ‘environment’ either as an asset, or as a value worthy of protection. Furthermore, this issue was only partially adopted by the legal doctrine<sup>2</sup>.

On this premise, in the Italian legal system the right to environmental protection emerged only in connection with ownership and the discipline of *immissiones in alienum*, pursuant to art. 844 of the civil code<sup>3</sup>. Therefore, the criterion for establishing active legitimacy was identified only in the *vicinitas* with respect to a polluting source<sup>4</sup>.

---

\* This article represents a very expanded paper of the lecture held at the International Conference on Sustainability Perspectives: Yesterday, Today, Tomorrow, organized in December 2021 by the University of Benevento “Giustino Fortunato” and Universidad La Gran Colombia.

<sup>1</sup> It is sufficient just to remark that the G20 meeting, which was held in Rome on 30–31 October 2021, devoted several sessions to climate change and the environment.

<sup>2</sup> Broadly D. AMIRANTE, *Diritto ambientale e Costituzione*, Milano, 2000, *passim*; D. PORERA, *La protezione dell’ambiente tra Costituzione italiana e “Costituzione Globale”*, Torino, 2009, *passim*; M. PENNASILICO, *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, Napoli, 2014, 15 ss.

<sup>3</sup> It must be emphasized that an attempt was made to re-elaborate from a civil point of view, in the seventies, environmental law principally through the models provided by articles 844 and 2043 of the Italian Civil Code.

<sup>4</sup> On this point see *ex multis* A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1986, 32 ss.;



Overall, the notion of environment has been characterized by the opposing legal doctrine positions that have distinguished two strands of thought. On one hand, the “pluralistic” thesis (called “*pluralistica*”)<sup>5</sup> according to which the notion of the environment, and its protection, was essentially based on a plurality of interests such as landscape protection, territorial governance and protection against pollution. On the other hand, the “monist” thesis (“*monista*”)<sup>6</sup> which assumes the uniqueness of the asset; in summary, the protected asset is unique from which at the most a subjective protection aspect can be identified, deriving from Articles 2 and 32 of the Italian Constitution, and an objective one deriving from its art. 9 co. 2. In this regard, in the Italian Fundamental Charter there were no specific and clear provisions that mentioned the ‘environment’ as an asset or as a value worth of protection although in 2001, the concept of environment has been included in Article 117 of the Italian Constitution only for the purpose of formalising the division of competences between the state and the regions.

Just as important, two other concepts should not be overlooked. Firstly, the “ecocentric” concept, according to which, the environment is worthy of protection intrinsically. Secondly, the “anthropocentric” concept, according to which, the environment deserves protection as a place where a human being thrives alone, and within the social structures in which his personality can be developed<sup>7</sup>.

On a closer look, it should be noted that it is not only the Italian Constitution that lacked a definition of environment but also in ordinary legislation there is no clear definition of environment. In fact, this cannot be considered the definition referred to in art. 300 of Legislative Decree 152/2006. This refers only to the compensable environmental damage which considers it inclusive of the economic benefit that can be derived from it<sup>8</sup>. Similarly, nor that on the subject of environmental impact provided by art. 5 of the above-mentioned Decree could be considered likewise because it reports only the effects on the environment of anthropic activity.

However, the constitutional reform commences from a long path that has been established at the EU level although environmental protection was not mentioned among the provisions of the Treaty of Rome (ECC) in 1957. In fact, the environment topic started with the United Nations Conference in Stockholm in which some Heads of Government firmly decided that they must go and protect the environmental system with concrete

---

V. DINI V., *Il diritto soggettivo all'ambiente*, in *Giuristi Ambientali*, 2004, 11; F. SBORDONE, *Le immissioni, commento all'art. 844 c.c.*, in F. PREITE, M. DI FABIO (eds.), *Codice della Proprietà e dei diritti immobiliari*, Milano, 2015, 720, according to which: «È fuor di dubbio che – laddove l'immissione sia direttamente nociva per la salute dell'uomo (art. 32 Cost.) oppure sia causa di inquinamento ambientale (cioè, come si sosteneva in passato, prima dell'entrata di specifiche norme di tutela dell'ambiente, causa di “insalubrità” dei luoghi) – non si possa in alcun caso ricorrere al c.d. giudizio di tollerabilità (nel senso che l'attività del fondo imminente, costituendo illecito civile extracontrattuale, non potrebbe per ciò stesso essere tollerata; cfr. C.Cost. n. 247/1974; C.civ., S.U., n. 3164/1975; C. civ. n. 8420/2006). È però, al tempo stesso indiscutibile che, nell'ipotesi di immissione lesiva, l'inibitoria di cui all'art. 844 c.c., di là dall'autonoma tutela risarcitoria, possa costituire rimedio preventivo o attenuativo del danno da preferirsi (o comunque incentivarsi) rispetto alla mera riparazione economica della lesione all'integrità psicofisica dell'individuo».

<sup>5</sup> This argument is supported by M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15.

<sup>6</sup> In this sense A. GUSTAPANE, *Tutela dell'ambiente*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992, 507; P. MADDALENA, *L'ambiente valore costituzionale nell'ordinamento comunitario*, in *Cons. St.*, 1999, n. 5-6; F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell'ambiente. Inquinamenti e riforma sanitaria*, Milano, 1980, 71 ss.; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria di ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215. Has also lately analyzed these theories M. SCIASCIA, *Riforma in itinere degli artt. 9 e 41 della costituzione: l'habitat umano quale bene collettivo unitario*, in *Amministrativ@mente*, 2021, 465 ss.

<sup>7</sup> In this regard M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente: contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, 1996, 41 ss.

<sup>8</sup> According to the abovementioned Legislative Decree «È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima».





actions<sup>9</sup>. Therefore, the first step can be traced back to 1972, when the European Council authorized the first Action Program to protect the environment (1973-1976), decreeing the political-community structure in environmental matters.

This fits perfectly with what is reported in EU case law which supported the need to make environmental legislation uniform in the Member States, as the relative divergences led to distortions in competition between the EU countries<sup>10</sup>. Noteworthy also, is a further ruling in which the ECJ in case 240/1983 established that the protection of the environment constitutes one of the essential aims of the European Community, with the consequence that the need for its protection legitimized certain limitations of the principle of freedom movement of goods<sup>11</sup>.

In truth, it was only in 1987 with the Single European Act that environmental protection was included in the C.E.E. Treaty, in particular in the Title concerning environmental policy, consisting of three articles 130 R, 130 S and 130 T.<sup>12</sup> A further step forward took place in 1993 with the Treaty on the European Union (Maastricht) which gave environmental protection the status of a community policy. Incorporating along with the objectives of the Community that of promoting sustainable growth that is not inflationary and respects the environment. Subsequently, the Amsterdam Treaty inserted art. 6 provided for the realization of a point of convergence between economic and social development actions<sup>13</sup>. Thereby allowing for the demands of environmental protection with a view to promoting sustainable development<sup>14</sup>.

In this scenario, however, a fundamental element is the inclusion of environmental protection in the “Charter of Fundamental Rights of the European Union”, whose art. 37 states that: “A high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development”. Therefore, the protection of the environment assumes the guise of the European Union principle and this has influenced, to a greater extent, both politics in its choices and jurisprudence in its decisions.

Summarizing all this, it is possible to infer that the interventions of the European institutions clearly show an interest in characterizing the EU with a special repertoire of incompressible rights equal to those indicated and protected by the ECHR, whose provisions on the matter certainly represent a beacon in the complicated path of integration between the different EU legal systems<sup>15</sup>.

Last but not least, I would like to point out that nowadays the topic of environmental sustainability is also the objective of the ONU Agenda 2030<sup>16</sup>. More specifically a declaration or better a political agreement that

---

<sup>9</sup> See on this point J.R. SALTER, *European Environmental Law*, Nijhoff, 1995, *passim*; J.H. JANS, H.B. VEDDER, *European Environmental Law*, The Netherlands, 2008, *passim*.

<sup>10</sup> C-91/79, Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana, decision March 18 1980.

<sup>11</sup> C-240/83, February 7 1985.

<sup>12</sup> In particular, this article establishes the objectives regarding the safeguarding, protection and improvement of environmental quality, protection of human health and rational use of resources. Furthermore, the same article indicated the fundamental principles underlying the Community environmental policy.

<sup>13</sup> See on this point Art. 6 now Art. 11 of the TFUE.

<sup>14</sup> On this topic see P. PERLINGIERI, *Diritto civile nella legalità costituzionale nel Sistema italo comunitario delle fonti*, 2020, Napoli, 526 that assumes: “Sì che ogni attività deve sia produrre occupazione, sia garantire un progresso sociale ed economico sostenibile, nel rispetto dei valori e delle identità culturali preesistenti, del paesaggio e dell’ambiente, segnatamente mediante «la creazione di uno spazio senza frontiere interne”.

<sup>15</sup> For an in-depth analysis of the ECHR cases and approach see the following document *Guide to the case-law of the European Court of Human Rights* available on [https://echr.coe.int/Documents/Guide\\_Environment\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Guide_Environment_ENG.pdf).

<sup>16</sup> At the United Nations Sustainable Development Summit on 25 September 2015, 193 world leaders adopted the ‘2030 Agenda for Sustainable Development, which includes a set of 17 Sustainable Development Goals (the so-called SDGS) to end poverty, fight



demonstrates that governments, international organizations, private business, academia, and civil society have a collective task to fulfil: that is, identifying the pathways to environmental, social and economic development<sup>17</sup>.

The above-mentioned considerations are necessary in order to convey to the recent Italian Constitutional reform that has been approved for the first time since 1948. In summary, the core of the reform has been to introduce a clear and strong protection of the environment in order to define what the environment is, and what we have to protect, and in which way<sup>18</sup>. Generally, the constitutional reform was approved by the Italian Chamber of Deputies on February 8 2022, with a majority of 2/3 of its members.

In essence, the reform has provided a substantial introduction in article 9.2 of the Constitution adding these words: “[...] *It protects the environment, biodiversity and ecosystems, also in the interests of future generations. The law of the state regulates the ways and forms of animal protection*”. It is clear from the reading of the above, that the aim of this amendment is that the will of the constitutional legislator is to protect the environment (although with a vague concept<sup>19</sup>) for the protection also of the future generations that is a parameter also to defend also sustainable development<sup>20</sup>.

Furthermore, the amendment provision at art. 41 of the Constitution has added the word “environmental” in order to mark a new source of law to limit the private economic initiative<sup>21</sup>. In essence with this amendment the law states that private industry can no longer impact the climate and verifies direct and coordinates public and private economic activity, thus acting on the side of both law limits and guidelines for political and administrative activities.

---

inequality and injustice, tackle climate change, foster social economic development, addressing the root causes of poverty and the universal need for development that works for all people.

<sup>17</sup> D. DENNY, D. CASTRO, E. YAN, *Agenda 2030 Measurements and Finance: Interaction of International Investment Law and Sustainability*, in *Veredas do Direito*, 2017, 59. From this perspective, it is important to point also out that the Paris Agreement that was adopted in 2015 represents a legally binding international treaty on climate change and has a long-term temperature goal in order to maintain the rise in mean global temperature to well below 2 °C (3.6 °F) above pre-industrial levels, and preferably limit the increase to 1.5 °C (2.7 °F). In recognition that this would substantially reduce the effects of climate change.

<sup>18</sup> For a different opinion M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell’art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l’introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell’ambiente tra i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale*, in *Rass. online di dir. pubb. eur.*, 2020, according to which a series of principles for environmental protection have been already part of the Italian Constitutional since decades (e.g. the precautionary principle, the principle on preventive action, the principle establishing that environmental damage should be rectified at source). Therefore, for the author these are the principles that the current constitutional revision law proposal under discussion has failed to make explicit.

<sup>19</sup> In this way see also D. FUSCHI, *Environmental Protection in the Italian Constitution: Lights and Shadows of the New Constitutional Reform*, in *Int’l J. Const. L. Blog*, Feb. 13, 2022, at: <http://www.icconnectblog.com/2022/02/environmental-protection-in-the-italian-constitution-lights-and-shadows-of-the-new-constitutional-reform/>.

<sup>20</sup> In the draft of the law there is a clear connection between the new article and the Article 20a of the German Constitution that includes, essentially, the concept of sustainable development as well. On the concept of sustainability see also M. ANTONIOLI, *La sostenibilità dello sviluppo tra principi del diritto, proceduralizzazione, eticità e crescita economica*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, 22 that rightly points out “*sostenibilità è, dunque, sinonimo della ricerca di soluzioni durevoli che si pongono nella prospettiva di un futuro non ben definito o, comunque, variabile: il che avviene in una dimensione temporale che si prefigge di tutelare le generazioni future, assolvendo ad una funzione solidaristica di tipo generazionale*”.

<sup>21</sup> For a focus on the economic relationship between sustainable development and Italian Constitution see V. PEPE, *Riforma dell’art. 41 della Costituzione per uno sviluppo sostenibile: la sostenibilità come etica pubblica*, in *Atti del Convegno La Tutela del Patrimonio Ambientale*, 2012, 44.



2. – After these considerations on recent Constitutional reform, I believe that nowadays the contract law scholars cannot ignore issues of environmental protection after these constitutional advancements.

But exactly for these reasons we must start to consider the delicate relationship between the protection of human beings and the environment; in other words, it is necessary to identify the owners of those who protect the environment. To amplify this concept, we must begin with the perception that some scholars hold of the “right to the environment”. In particular, according to some Italian scholars it is a «formula evocativa di una rosa di situazioni soggettive diversamente strutturate e protette»<sup>22</sup> or better a «fascio di rapporti giuridici»<sup>23</sup>.

Starting from these considerations, the legal positions under review have, over the years, been subjected to the analysis of some case law. In fact, the jurisprudence has established both the existence of a subjective right but above all the normative references of the Constitution connected to the aforementioned subjective right, namely Articles 32 and 42 of the Constitution. More precisely, it refers to two decisions of the Corte di Cassazione<sup>24</sup> which were then taken up by the Corte Costituzionale<sup>25</sup> in the section which the fundamental right of the individual to environmental protection is emphasized.

On this point, it is important to note that there is no ruling or close correlation between the environment and the position of the subject, but only a connection with the right to health is emphasized. In fact, the legal position is often referred through the term «*diritto ad un ambiente salubre*». On the other hand, it should not be overlooked that jurisprudence hold that subjective law should be interpreted in a triple dimension, namely: personal, social and public. In fact, according to the case law, that was decreed before the recent Constitutional reform, “[...] *la stessa configurabilità del bene-ambiente e la risarcibilità del danno ambientale, pur specificamente regolato dalla L. n. 349 del 1986, art. 18, trovano “la fonte genetica direttamente nella Costituzione, considerata dinamicamente e come diritto vigente e vivente, attraverso il combinato disposto di quelle disposizioni (artt. 2, 3, 9, 41 e 42) che concernono l’individuo e la collettività nel suo habitat economico, sociale e ambientale”*»<sup>26</sup>.

It seems to me to reflect that although could be accepted the recognition of a subjective right regarding the environment, it must be acknowledged that this entitlement is often compared to the right to health but likewise needs to be linked to further subjective legal situations such as the right to development. The latter must be understood not only as freedom of economic initiative but also, and above all, as the “right to free oneself from the condition of poverty”<sup>27</sup>. From this point of view, the assessment that the Public Administration must undertake becomes central. But despite this fundamental assertion, I believe it is demonstrable that entrusting power to the Public Administration entails the existence of legitimate interests (subjective legal position of advantage). These interests are achieved through the protection of a further interest of the subject, purely instrumental, to the legitimacy of the administrative act and only within the limits of the realization of this instrumental interest<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, pp.185 ss.; B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di formazione per la tutela dell’ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (eds.), *Ambiente e diritto*, II, Firenze, 1999; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, in Studi in onore di *Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1133 ss.

<sup>23</sup> B. CARAVITA, A. MORRONE, *L’organizzazione costituzionale e l’ambiente*, in L. NESPOR, A.L. DE CESARIS (eds.), *Codice dell’ambiente*, Milano, 1999, 71 ss.

<sup>24</sup> Cass., sez. un., March 9 1979, n. 1463 and Cass., sez. un., October 6 1979, n. 1572.

<sup>25</sup> Corte cost., May 28 1987, n. 210.

<sup>26</sup> Cass., June 19 1996, n. 5650.

<sup>27</sup> C.E. GALLO, *Ambiente e posizioni soggettive della persona*, in R. FERRARA, P.M. VIPIANA (eds.), *I “nuovi diritti” nello stato sociale in trasformazione*, Padova, 2002, 81 ss.

<sup>28</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 293 ss; C.E. GALLO., *op. cit.*, 94 ss.



On the basis of existing evidence, it is reasonable to conclude that the concept of relativity of subjective legal positions could be applied. To sum up, the same relationship of a subject with an asset can present itself “according to the cases and moments, and even according to the kind of protection that the subject claims [...], now as a subjective right, now as an interest protected only in a reflex way”<sup>29</sup>.

Since the environment is framed at constitutional level, this entails at the same time a significant expansion of the sphere of legal positions concerned by the subject. Therefore, I would like, once again, to emphasize that different subjective positions can be welded to the concept of environment and as a consequence it seems appropriate to speak of “right to the environment” which leads to favouring the simultaneous existence of different legal situations outlined by relativity, according to those values, including constitutional ones, to be protected.

In light of the observations that have been made, it is clear that the topic is much more multifaceted and it requires several comments as will be *infra* developed<sup>30</sup>. In fact, starting from this overview, alongside the classic rule according to which the contract becomes unproductive in legal situations towards third parties, it is legitimate to develop exceptions to the principle of contractual relativity and focus the Betti’s thought on the direct and indirect effects of the contract<sup>31</sup> or more appropriately on the effects also for subjects outside of contractual parties. In summary, although the contract creates (damaging) effects for third parties even though they may not have been part of the agreement<sup>32</sup> regardless of the intentionality of the contractual parties<sup>33</sup>.

**3.** – As previously noted, a Public Administrator in the exercise of his duties has the task of balancing the interests involved, therefore matching the protection of the environment with the rights of the entrepreneur.

Therefore, the public administration should make its choices in accordance with the reasonableness and proportionality criteria. In theory, the setting of limits on the exercise of entrepreneurial activity must be bound by the correlation of these limitations to social utility, in the sphere of which health and the environment are unquestionably identified.

From the point of view of the balance between interests involved, it should not be overlooked that the Italian Corte di Cassazione has established the separation line between environmental protection and corporate rights. Practically the criterion of reasonableness must be used to ascertain whether or not the limiting norms of the other fundamental rights are reasonable in consideration of the environmental value.

Starting from these premises, it is a question of understanding whether the environmental value examined together with the other interest’s worthy of protection, entails, in regard to the latter, what I would like to define as “homeopathic compression”. Such compression would be legitimate when it is reasonable and proportionate with respect to the ecological protection objectives to be realized. The point just

---

<sup>29</sup> Author translator, see E. CASETTA, *op. cit.*; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966, 183 ss. according to which «a seconda dei casi e dei momenti, e perfino a seconda del genere di protezione che il soggetto faccia valere [...], ora come un diritto soggettivo, ora come un interesse protetto in modo solo riflesso».

<sup>30</sup> See § 5.

<sup>31</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 258.

<sup>32</sup> See on this point M. FERRARA SANTAMARIA, *I contratti a danno di terzi*, Napoli, 1939, 12.

<sup>33</sup> I.L. NOCERA, *Il contratto “a danno del terzo”: identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva*, in *Giust. Civ.*, 2021, 462 that emphasizes the fact that “la produzione di un danno in capo al terzo è un accidente e prescinde dalla sussistenza di un elemento psicologico ovvero dell’intenzionalità dei contraenti”.



mentioned came from the view that public interest always prevails over private interests, since the former aim is to satisfy general interests. Indeed, the environmental interest, although prevailing, meets the limit of definitive non-compression of other rights. In this contest, some scholar argues persuasively that “*i diritti costituzionali si ergono a difesa della libertà del singolo dallo Stato, sia riconoscendo un ambito inattuabile al potere della mano pubblica, sia imponendo alla stessa obblighi positivi o negativi di prestazione*”<sup>34</sup>.

At this point it is important to recall the issue of the so-called “green clauses” to which reference is made when the public entity, according to reasonableness and proportionality, indicates the aforementioned clauses among the criteria for awarding a tender. The aim being to identify entrepreneurs who can offer eco-efficient products and services, thus ensuring an ecologically virtuous management of purchases and public works<sup>35</sup>. On this point, it is important to recall that the European Commission in recent years has repeatedly emphasized the importance of facilitating the means aimed at safeguarding environmental interests in the context of the single market and as a consequence of public contracts.

On this point, it deserves to be highlighted that supranational public contracts are increasingly characterized by references to the environment. A typical example is the environmental policy of green public procurement that aim to push the evolution of the market for products and services that have a minimum impact on the environment. Therefore, the future prospect is to stimulate the production of technology but at the same time to place on the market products that do not impact from an ecological point of view, acknowledging research aimed at bringing about solutions for change<sup>36</sup>.

In other words, it should also be specified that the prevalence of environmental value over the exercise of the business activity must not be interpreted abstractly but concretely. In summary, the above-mentioned “compression” of fundamental rights by the Public Administration must be understood in a significant way, linked to a verification of the aims intended<sup>37</sup>.

The point, however, is that the concept of reasonableness turns into abuse by the Public Administration. Therefore, one Italian scholar assumes that it is important *«legittimare la decisione non in ragione di principi*

<sup>34</sup> A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le “libertà fondamentali” dell’Unione Europea. (Principi e problemi del Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE (ed.), *Le libertà fondamentali dell’Unione europea e il diritto privato*, 2016, Roma, 28.

<sup>35</sup> On this point see C. IRTI, *Gli “appalti verdi” tra pubblico e privato*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2017, 197 that talks about the *green public procurement* and on this point the author assumes that these “*possono offrire, da un lato, uno straordinario contributo alla sostenibilità e, dall’altro, un vantaggio competitivo per le stesse imprese sul territorio nazionale e comunitario, posto che, nella misura in cui l’ambiente diventa elemento di selezione nel mercato, le imprese che riescono a interpretarlo come un’opportunità di sviluppo economico hanno maggiori probabilità di successo*”.

<sup>36</sup> In this respect see E. MARCENARO, *Energy Contracts at the Crossroad between Public Law and Private Law: The Relevance of Sustainability Objectives in International EPC Contracts*, in *International EPC Contracts*, 2017, 250, according to which “Sustainability is now an integral part of multinational companies’ culture and strategy and therefore their conduct of business, including that of Enel’s. It drives a process of continuous and transversal improvement within the company as well as in the local communities, being key for its mission of growth and development worldwide. Aiming at generating and distributing value on the international energy market for the benefit of customer requirements, shareholders’ investment and competitiveness of countries where it operates, Enel’s activities are aimed at getting support from local communities whereby being in tune with the environment, protecting human safety, focusing on the development of renewable sources and of technically innovative projects. The objective is to contribute to creating a better world for future generations”.

<sup>37</sup> On this point see B. CARAVITA, *Diritto dell’ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 357 that observes «*la difficoltà dunque, si incontra nel passaggio tra le idee e la realtà, tra la scala dei valori ed i fatti della vita concreta, in cui troppo spesso si realizza a pieno il principio del NIMBY (not in my back yard), che sembra caratterizzare il comune sentimento ambientalistico della collettività (post) industriale e di una legislazione che è più che altro attenta a petizioni di principio, salvo agire con valvole di fuga (attraverso meccanismi di deroghe) in favore di (spesso forti) poteri economici, senza ottenere nessuna forma di tutela ambientale significativa per la collettività*».





*astratti, ma di realtà concrete e verificate; di interessi reali, anziché di finalità artificiose o prefigurate»<sup>38</sup>.*

As a consequence, it is essential that the Public Administration demonstrates its suitability in the knowledge of socio-economic realities on which its “*agere*” will affect, and at the same time, show that it has evaluated the possible effects that would be produced as a result of its action. In summary, it could be tolerated if environmental policies and values have an impact on socio-economic contexts and if, therefore, the primacy of environmental value over all other fundamental freedoms is declared. In essence, it is essential that the decisions will be based on a transparent procedure.

4. – But despite this fundamental assertion on the Constitutional revision, it is emerged the need to investigate the topic of the environment from a civil law point of view. Effectively, the protection of the third party, the possibility of providing remedies to protect the environment and, at the same time, if these remedies protect the legal sphere of third-party rights as well as any compensation for damage that they have suffered. In essence, it is necessary to consider precisely the role that, in the context of environmental management, private law, with its tools can undertake and at the same time the concrete contribution it can provide on these issues.

In theory, if it were agreed to integrate the set of fundamental remedies suitable for countering the new forms of damage to the environment, it appears clear that the subtle relationships existing between private law and environmental law can, in reality, be framed as double-sided. In other words, assuming that private law is increasingly flexible over sensitive issues and those issues related to ecology, it seems necessary to include some civil law principles.

In practice, adopting this approach would involve a double observation in reference to two fundamental concepts: environmental solidarity, which can be derived from art. 2 of the Constitution and the concept of sustainable development<sup>39</sup>.

To establish ideas for purposes of exploring this point, it is necessary to start from the contract’s concept which is traditionally characterized by an economic setting and nature and as a consequence aims to regulate the (private) interests of the contracting parties. In reality, it would be necessary to disengage (if we are thinking about the environmental topic and the role of the contract in this context) from this approach in order to reach a vision of the contract in which environment and market can be “merged”. In this regard, the relationship between the environment and the contract becomes significant as this allows us to go beyond the conception of the agreement pursuant to art. 1372 of the Italian civil code which is intended as an instrument producing effects exclusively between the contracting parties.

On this point<sup>40</sup>, it appears important to concentrate on some Italian doctrine that assumes that is necessary to interpret the behaviour of the parties in the context of the contract, as well as the point that no contractual relationship can be qualified as inelastic because the repercussions of a contract could also exist for those who are not contractual parties<sup>41</sup>. In summary, no contractual relationship could be formalized as a rigid

<sup>38</sup> In this way G. BERTI, *Interpretazione Costituzionale*, Padova, 2001, 158.

<sup>39</sup> J.R. EHRENFELD, *Sustainability needs to be attained, not managed*, in *Sustainability: Science, Practice and Policy*, 2008, 1-3.

<sup>40</sup> Some of the leading scholars together with the President of the Corte costituzionale and other qualified magistrates also discussed these principles and the interpretation of law in a conference held at the Consiglio di Stato on April 20 2022, organized by the Università degli Studi Roma 3.

<sup>41</sup> In this way N. LIPARI, *Introduzione*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, Napoli, 2015, 471 ss. that *verbatim* notes “*il necessario contesto entro il quale è possibile leggere il modo d’essere del soggetto anche nella sua dinamica negoziale, nessun rappor-*



agreement, because this must necessarily be transcribed according to its effects not only on the contracting parties, but also on all those who are also indirectly involved by the effects of that contract.

Starting from this assumption, it is necessary to look from another point of view, in the sense that traditional institutions of a patrimonial nature, must be reread and reinterpreted. In fact, dwelling on the social function, it seems logical to clarify that this does not only affect the right of ownership<sup>42</sup>, but could also emerge in mandatory relationships (pursuant to Article 1174 of the Italian civil code) when it arises with regard to the non-equity interest of the active subject.

To better understand this concern, it is important to start by analysing the German derivation concept of *Drittwirkung*<sup>43</sup>. According to which the constitutional principle can enter directly into the contract or more importantly the idea that the (economic) constitution entails legal obligations on private law interactions of private persons in their relationships *inter se*<sup>44</sup>. In reality, the Italian Constitutional Court has already indirectly legitimized the intervention of the judge also in the creation (or rather in the destruction) of the contract, so that it must be considered composed not only by the will of the parties, but also by those principles directly deriving from the legal system as a whole as a consequence the constitutional protections<sup>45</sup>.

In practice adopting this approach I would like to comment as follows: the last constitutional revision allows possible margins of intervention to the judge in the face of a contractual clause that conflicts with the environment protection<sup>46</sup>.

On this basis, it is not surprising that a contract stipulated between two private parties even if it does not contain “green clauses” certainly cannot violate constitutionally protected values such as health. Therefore, the analysis that needs to be done is to check if the contractual agreement is respectful and adherent to the

---

*to contrattuale è pensabile entro l’ottica riduttiva di una pattuizione anelastica, perché questa va necessariamente letta (e, in ipotesi, ridimensionata) in funzione delle sue ricadute non solo sui soggetti contraenti, ma anche su tutti coloro che dai riflessi di quel contratto vengono incisi o anche soltanto sfiorati”.*

<sup>42</sup> Broadly A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, 447; F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto Privato*, Torino, 2011, 414, according to whom “*Pare innegabile che ne derivi una marcata funzionalizzazione del diritto di proprietà, nel senso di un suo riconoscimento, anche quanto a modi di atteggiarsi in concreto, come strumento di tutela dell’interesse particolare del titolare, ma da esercitare sempre compatibilmente con la realizzazione di finalità economico-sociali imposte dall’ordinamento, perché considerate espressione dell’interesse generale*”.

<sup>43</sup> For a discussion on this concept *ex multis* T.O. GANTEN, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 2000, Berlin, 23; E. ENGLE, *Third party effect of Fundamental right*, in *Hanse Law Review*, 2009, 165 ss.; in the Italian literature *ex multis* see N. LIPARI, *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 317 ss.; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo tra passato e future nel diritto privato europeo*, in *questa rivista*, 2017, II.; P. FEMIA (ed.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, 2018, Napoli, *passim*.

<sup>44</sup> For an deeply comparative overview on the the experience in German, France, Netherland and Israel see G. ALPA, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, 5 ss. as well as P. STANZIONE, *Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità e Drittwirkung nell’esperienza europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p.p. 41 ss.; M. ZARRO, *L’evoluzione del dibattito sulla “Drittwirkung” tra Italia e Germania*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 997 ss. See also the in-depth analysis of the case of the Spanish Supreme Court, in G. CAPAREZZA FIGLIA, J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Nullità del contratto preliminare per lesione della personalità umana. Un caso di applicazione diretta delle norme costituzionali nella giurisprudenza della corte suprema spagnola*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 1099 ss.

<sup>45</sup> See the comment also at the Corte Costituzionale decision n. 238/ 2013 in E. NAVARRETTA, *Costituzione e principi fondamentali: dialogo ideale con Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 982-998.

<sup>46</sup> As was noted by R. BIN, *L’applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a Costituzione della legge*, available on <http://www.robertobin.it/ArtICOLI/roma06Definitiva.pdf>, 14,15 ss. “*la Costituzione non è un “criterio esterno”, ma entra a pieno titolo nel “materiale legislativo” su cui l’interprete deve lavorare con i tradizionali criteri dell’interpretazione letterale, storica, sistematica ecc. [...] allora risulta evidente che di “applicazione diretta” della Costituzione si può parlare in riferimento ad ogni decisione assunta sulla base di una “regola del caso” la cui formulazione abbia coinvolto anche considerazioni sul significato di una disposizione costituzionale*”.



values of the system as a whole, since it is on the basis of this reflection that the relationship between sustainable development and contractual equilibrium develops. This must also be understood in the sense of non-patrimonial and contractual justice, where the latter is nothing more than an exaltation of the principles of solidarity and proportionality. In summary, the contractual agreement should be understood not only in those agreements with a patrimonial content but also in those sustainable patrimonial legal relationships and also for the effects on external contractual parties.

In theory, the analysis of the contract from an ecological point of view has led some scholars to ask themselves questions, precisely whether it is feasible to consider a new contractual *genus*: the “ecological contract”<sup>47</sup> that is, the one outside the imbalances of macroeconomic relevance<sup>48</sup>. Effectively this “ecological” analysis of the contract demands that the category of the contract, traditionally anchored to the role of a patrimonial agreement, must be understood as an open, flexible and functional model for the realization of interests also of a non-patrimonial nature. The ecological contract, therefore, acts as a driving force in the ecological management process and in the reorientation of consumption towards “greener” products<sup>49</sup>.

Therefore, it is also necessary to see and consider as well as evaluate the legitimacy of the agreement, in particular it will be necessary to verify its legitimacy and merit according to the values that characterize the entire legal system. At the same time, it will also be necessary to assess that the contract itself does not compromise the environmental value and is, therefore, compliant from an “ecological” point of view.

On the basis of existing evidence, the acts of the private subject that collide with the general interest of environmental protection that as shown, has today a Constitutional protection, which will obviously not justify legal protection. Basically, we are facing a (concrete) control of contractual merit that takes into account all the acts that have been put in place<sup>50</sup>. In summation, the reason is to avoid an act originating from the private party (even if it is legitimate by reason *n*) that is illegitimate since it conflicts with the protection of an ecological interest. It seems to me to reflect that nowadays it is possible to speak of “weakening of private autonomy” whenever the subjective right arising from the contract is transformed into a legitimate interest since it touches an external or public interest, *rectius* the “environmental good”.

Therefore, the concept of illegitimacy (*immeritevolezza*) is broad enough since it would not emerge only between the parties but also if the latter, in the exercise of their private autonomy, harm the interests of third parties (which are not party to the agreement). In fact, although third parties inevitably also placing themselves *ab externo* with respect to the internal agreement, they are in any case bearers of general interests and therefore susceptible to being harmed.

The foregoing has been an effort to illustrate that contractual freedom encounters the insurmountable limit of social utility, therefore those particular interests that we can call “harmful” from a social point of view

---

<sup>47</sup> In this way M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 768; ID., *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 493 that suggests to create the so called “quarto contratto”. *Contra* S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, in *Contratto e ambiente*, in M. PENNASILICO (ed.) *L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, 2016, 343 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sul cd. contratto ecologico*, in M. PENNASILICO (ed.), *op. cit. supra*, 367 ss.

<sup>48</sup> In this way E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell’immagine del terzo contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (eds.), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 317.

<sup>49</sup> See on this point EU COM (2001) 68, «Libro verde sulla politica integrata relativa ai prodotti», 16 ss.

<sup>50</sup> G.B. FERRI, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 17. Lastly, E. MINERVINI, *La “meritevolezza” del contratto: Una lettura dell’art. 1322 comma 2 c.c.*, Torino, 2019, 13 ss.



will be undeserving of protection<sup>51</sup>. Critically, it is possible to talk of a brake of public order on negotiating autonomy. In fact, there is a scale of constitutionally protected values: this means that there are values which, despite having the same constitutional dignity, do not have the same specific weight. In summary: private economic initiative is a protected right but this right degrades with respect to that of the good-life and as well as the environmental protection<sup>52</sup>. What I am saying is that public order certainly does not want to delegitimize private autonomy but the latter will always have to give way to the founding values of the legal system.

5. – From the above observations the discussion should be carried out by asking, in a preliminary way, about the possibility or not of giving priority to the positions of the contracting parties within the dynamics of the aforementioned “ecological contract” with respect to the environment. Therefore, the question to be answered is whether environmental protection can weaken in the presence of the interests of the contractual parties and their “Supreme Will”<sup>53</sup>.

The observations regarding the position of the holders of common interests in environmental matters, start from the recognition of such subjects of a legitimate interest, understood as an advantageous position that is achieved based on the actions of the Public Administration. Therefore, legitimate interest also receives recognition in the collective context in which the subject operates and carries out from his or her personality. Precisely by virtue of this consecration certain juridical situations arose no longer registered to the individual subject but, vice versa, to the entire community connected by the common interest to the good of life. In essence, recognition was given to those interests defined as “widespread” that is a collective interest without owner but common to all citizens belonging to a disorganized social formation (otherwise we would speak of collective or category rights) and not identified independently.

Starting from these observations, it is important to note that it is precisely the environmental sector that experienced the first forms of development of these collective interests, allowing entities the *legitimitas ad causam* in addition to the possibility of intervening in judgments for environmental damage<sup>54</sup>.

It follows that the theoretical foundation of the legitimacy of the holders of widespread interests, is in the interests referable to a more or less broad community of subjects (consumers, users, etc.). Therefore, the fact that the care of the general public interest (e.g. the environment) is left to the Public Administration does not mean that it cannot be referred indiscriminately to entities and that the latter represent the actual users of the common good<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> In a similar way see A. M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2019, 827 ss.

<sup>52</sup> Notably still assumes that “the environment must be imposed as a constraint on market play” G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 18.

<sup>53</sup> I talk about the “Supreme Will” of the contractual parties in G. PASSARELLI, *Contract Law in Contemporary International Commerce. Considerations on the complex relationship between legal process and market process in the new era of globalisation*, Baden-Baden, 2019, 39 ss.

<sup>54</sup> For a discussion on this topic M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in *Persona e Mercati – Saggi*, 2015, 39 according to which “*Il legislatore sembra aver, finalmente, preso atto che la cura dell’interesse “pubblico” o “collettivo” alla conservazione dell’ambiente richiede non soltanto tecniche imperative di “comando e controllo”, ma anche il concorso dell’azione dello Stato e dei cittadini, singoli o associati*”.

<sup>55</sup> On this point see the decision of Consiglio di Stato nr. 6 February 6, 2020 that talks about “*legittimazione ad agire di carattere generale*” and lastly Consiglio di Stato nr. 530 January, 26 2022. However, it must be point out that art. 18 co. 5 of Law 349/1986



To better understand this issue, it is necessary first to clarify the subjective legal positions that are identified in the principal three subjects: private (entrepreneur), public administration and citizens. Add to this the case of two private entities who agree to build a non-public work, the realization of which could harm the environmental property whose owner is the State. It is clear that even in this last case the subjects involved (directly or indirectly) could always be three, from the point of view of non-economic interests, but of the subjective legal situations involved, e.g. construction of a public work potentially impacting the environment<sup>56</sup>.

From this trilateral scheme of different subjective legal situations (subjective right or legitimate interest)<sup>57</sup> the point where it is necessary to focus on is whether the Public Administration and the private entrepreneur can agree on a contract whose subject is the construction of work that is found to be potentially in conflict with environmental protection. In this scenario, it is clear that the environmental good finds its sources in the interests of citizens, bearers of diffuse individual interests. At this point it is possible to examine and understand the scope of the various subjective legal situations influenced by the ecological contract as well as the profile concerning the civil protection that the injured party would be able to activate.

Notably, it is first of all necessary to be aware that the sphere of “non-weakening” rights is created by jurisprudence and has the purpose of providing strong protection to all those substantial situations of interest that should be unrelated to any limitations by the Public Administration. Broadly, the degradation or weakening of law occurs when the individual right, in contrast with a rule, changes into a legitimate interest. Therefore, jurisprudence states that there are cases of “non-degradable” rights<sup>58</sup>, therefore not subject to the limitations of the Public Administration<sup>59</sup>.

It is not surprising therefore that Italian Corte di Cassazione<sup>60</sup>, qualifying health as mental and biological well-being, ruled that the protection granted to the healthy environment is the same as that which assists fundamental rights and also applies to the power-duty of the Public Administration to provide for health as a general interest.

Since the seventies, we have seen the need to grant an adequate form of protection in favour of interests referable to the generality of citizens, who as such, exceed the limits of a strictly individual relationship. This has led doctrine and jurisprudence to seek, even in civil matters, solutions that would allow individuals to find positions that can be linked to the widespread interest and, as such, can be protected in court. In this direction, the Corte di Cassazione has highlighted “indivisible” collective goods with respect to which a juridical situation of advantage for the individual, while “divisible” collective goods susceptible, vice versa, to a fractional enjoyment by individual subjects. In this last hypothesis, a real position of individual right has

---

created the Ministry of the Environment, allowing the environmental associations identified on the basis of art. 13 to intervene in judgments for environmental damage and appeal for the annulment of illegitimate acts.

<sup>56</sup> In this contest it is also important to point out that art. 4 of L. 180/2011 recognizes the legitimacy of the most representative associations of entrepreneurs to challenge administrative acts damaging to widespread interests.

<sup>57</sup> It seems fair to remember that these can refer to both natural persons and organizations.

<sup>58</sup> Corte Costituzionale decision n. 140/2007.

<sup>59</sup> According to E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 322 «*opinare nel senso che un diritto rimane diritto anche a fronte di un potere attribuito da una legge significa ritenere che esso sia stato giudicato «vincente» rispetto a qualsiasi altro interesse da una fonte superiore alla legge stessa e, dunque, dalla Costituzione. Seguendo tale ragionamento, tuttavia, in presenza di un potere conferito dalla legge, il giudice non può accordare la preferenza al diritto condannando l'amministrazione e sostanzialmente disapplicando la legge, ma semmai, ove ritenga che questa abbia attribuito all'amministrazione un potere che non le spettava, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge per contrasto con la disposizione costituzionale che configura come intangibile il diritto».*

<sup>60</sup> In this way Italian Cass. sez. un., decision n. 1463/1979.





been identified, incorporated in the widespread interest but separable from the latter, in the event of injury, in order to be activated in court for compensation purposes.

The feasibility of the protection of the individual's right before the civil court has been affirmed with particular force in the matter of a healthy environment<sup>61</sup>, which would be configured as a right when the alteration of the environment is considered as such to have a negative and direct impact on the health of the individual. Practically, the most effective tool for ensuring the individual protection of widespread environmental interests is art. 844 of the Italian civil code which, as seen *supra*<sup>62</sup>, guarantees protection against injections harmful to health, not only in favour of the owners of the fund where there are injections, but also of any other person, potentially exposed to the danger of damage to their own health.

The next step was the recognition, not only of the admissibility of the competition between the injunction pursuant to art. 844 of the Italian civil code and that of no contractual liability for the damage to the right to health, but also to the practicability of the remedy pursuant to above mentioned art. 844 outside the cases regulated therein, whenever the infringement of the right to health is highlighted. This ensues from the fact that over the years the Italian legislator has considered introducing a special regulation on environmental damage with Law 349/1986, which takes into account the profound interpretative evolution undergone by the very notion of environment. To summarize, the environmental intangible asset is finally considered by the legal system according to a broad vision, therefore, including all the countless profiles of interest and the different facets that it is able to offer to the community. Therefore, an acquired awareness emerges that its nature as a transversal value requires extensive protection.

In other words, it was intended to characterize on the one hand, "pure" environmental damage, resulting in the compromise of the environmental balance and referred to the knowledge of the civil court; on the other hand, the administrative damage from the public authorities, consisting of the expense that the administration must incur to repair the environmental damage caused by the wilful or negligent behaviour of one of its officials, attributed, however, to the competence of the *Corte dei Conti*.

Lastly, the *Testo Unico in materia ambientale* (d.lgs. n. 152/2006) significantly affected the issue of environmental offense, by strengthening the legitimacy of environmental protection associations to autonomously propose a compensation action. It follows, as regards the widespread interest, that the latter is protectable provided that it touches inviolable and fundamental rights of the person.

In the light of these considerations it follows that the protective "shield" would be recognized in particular hypotheses not directly, but by means of a connection with an undifferentiated generality of subjects. In particular, in compliance with the party autonomy, the ecological contract must also necessarily take into account the individual citizen (understood as a third party in the subjective trilateral position) who, from the economic activity arising from the contract, could see the meta-individual interest (*extra partes*) harmed but who inevitably also touches one's own individual sphere.

On this premise, if the Public Administration issues a provision authorizing the construction of a landfill, this could be contested and therefore the *vicinitas*, as a prerequisite for contesting, is given by the link that binds the applicant with the physical place in which he lives. In essence, the environmental good justifies an expansion of the legitimacy to act in favour of subjects with an environmental interest. Therefore, the environment could appear as a limit to public and private economic initiative and the lawfulness of this initiative is measured by the intensity of protection granted to the environment.

---

<sup>61</sup> See Cass., September 25 1996, n. 5650, in *Foro it.*, 1996, I, 3062, with comment of V. COLONNA; Cass., sez. III, February 3 1998, n. 1087, in *Urb. e app.*, 1998, 721, with comment of C. VIVANI.

<sup>62</sup> See *supra* § 1.



6. – It is reasonable to conclude, on the basis of the circumstance that the ecological contract has not yet been regulated by law nor can we already speak of a separate regulatory contract category. It is believed that the relationship between the environment and the contract would lead the latter to be no longer understood in its traditional form but as a “resource” *in primis* of the contractual parties and then of the community.

However even though this current argument enjoys support in legal academia, there are a few additional proposals on the legal remedies in the case of violation of environmental protection rules<sup>63</sup>. Certainly, the classical legal remedies as (restitutionary and compensation damages) can be applied. One thing these remedies have in common is their reaction to a violation of the rules by others. In particular, they can be felt in the phase following the verification of the lesion and aim, as it is well known, to restore the harmful effects deriving from the violations created.

In addition to these classical remedies there are other specific solutions for the environmental issues as, for example, the Directive 2004/35/CE that maintains that on the basis of the ‘polluter-pays’ principle, an operator causing environmental damage or creating an imminent threat of such damage should, in principle, bear the cost of the necessary preventive or remedial measures<sup>64</sup>.

In summary, the precautionary, corrective, sustainable development as well as the “polluter-pays” principles are all essential elements of environmental protection<sup>65</sup> and are merged into the Italian regulatory framework that we find within the *Codice dell’Ambiente*<sup>66</sup>.

In this respect, I want to stress, however, that between the above-mentioned principles that are different from each other, in the environmental context that of “precaution” plays a central role when compared to the others because its *ratio* is to avoid damage<sup>67</sup>. Therefore, the protection of the environment already applies where there is a “risk” that the environmental good may be compromised. As a consequence, the authorities may adopt measures aimed at preventing any risks to the environment<sup>68</sup> with advance protection<sup>69</sup> but only if there is a scientific evidence that the environment is at risk<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> See on this point also the conclusion of G. PULEIO, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in *Persona e Mercato*, 2021, 489 ss.

<sup>64</sup> Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004.

<sup>65</sup> U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria, Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987, 91 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 52 e ss.

<sup>66</sup> Art. 3-ter, d.lgs. n. 152/2006 hold «la tutela dell’ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell’azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché al principio “chi inquina paga” che, ai sensi dell’articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale».

<sup>67</sup> Cons. Stato, sez. V, decision December 27 2013, n. 6250, in *Urb. e app.*, 2014, 551 e ss., with comment of G. MONACO, *Dal Consiglio di Stato quasi un “decalogo” sull’applicazione del principio di precauzione*.

<sup>68</sup> In this way also Consiglio di Stato, May 18 2015, n. 2495, in *Giur. it.*, 2015, 11, 2474, with a comment of C. VIVIANI, *Principio di precauzione e conoscenza scientifica*, according to which “[...] le Autorità possono fare ricorso a provvedimenti che mirino a prevenire i rischi eventuali per l’ambiente ponendo una «tutela anticipata rispetto alla fase dell’applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione»”.

<sup>69</sup> See on this point S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell’ambiente*, Milano, 2012, 61; L. CHIEFFI, *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, 20.

<sup>70</sup> According to art. 304 of Codice dell’Ambiente The Environment Minister «in qualsiasi momento, ha facoltà di: a) chiedere all’operatore di fornire informazioni su qualsiasi minaccia imminente di danno ambientale o su casi sospetti di tale minaccia imminente; b) ordinare all’operatore di adottare le specifiche misure di prevenzione considerate necessarie, precisando le metodologie da seguire; c) adottare egli stesso le misure di prevenzione necessarie [...] ha facoltà di adottare egli stesso le misure necessarie per la prevenzione del danno, approvando la nota delle spese, con diritto di rivalsa esercitabile verso chi abbia causato o concorso a causare le spese stesse, se venga individuato entro il termine di cinque anni dall’effettuato pagamento».



In essence, from the above observation a few conclusions can be drawn. The first is that the most appropriate protection regime for the environmental problem (especially if we consider the conservation of the environment for future generations) is prevention assuring the anticipation of damages. In this way there would be a reduction in the other remedies which are often not exhaustive enough to protect environmentally. In fact, protection after environmental damage not seem to me to be the best solution.

The second conclusion to be drawn, considering the amendment art. 41 of the Italian Constitution, the judge faced with a contractual clause that contrasts with the protection of the environment balancing the interest of all parties involved, has a margin of intervention in the contract and as a consequence could declare that contract or clause is null or void (art. 1418 cod. civ. and 1421 cod. civ.).

The last conclusion to be drawn is that nowadays it could be an important pathway for innovative measures not only for special and obligatory compensations in case of damages but, above all, to create incentives (e.g. tax advantages or exception from lawyer's fee<sup>71</sup>) for contractual parties when they adopt clauses that ensure sustainability or environmental protection<sup>72</sup>. Effectively, attention to the details of contracting should coincide with capacity building, integrated environmental impact measures as well as benefits for the contractual parties.

More important, in the view of environmental protection, ecological contracts will have to be integrated into a broader system of resource planning, regulatory controls, incentives and market mechanism as well as not only an economic tool but also as management of natural resources in the interest of future generations<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> No doubt, lawyers and notaries play an essential role, being capable to reconcile the international, public and private laws in the performance of the contract, by way of drafting, interpretation thereof and comparison of various systems of laws and jurisdictions.

<sup>72</sup> In a similar way see L. JOHNSTON, E. DANNENMAIER, *Sustainable Use of Wildlife: The Role of Private Contracts as a Conservation Tool*, in *Int'l wildlife l. & pol'y*, 1998, 272 that suggest: "Contracts could require group ranches to develop a wildlife management plan (with the support of the Wildlife Conservancy) to ensure the sustainability of the wildlife population and to provide an annual flora and fauna species inventory that will serve as baseline data for conservation planning as well as information that can be provided to potential tourists".

<sup>73</sup> In a similar way A. NERVI, *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in M. PENNASILICO (ed.), *Contratto e ambiente*, cit., 51 that notes "esiste anche un'altra dimensione dell'istituto contrattuale, la quale ravvisa nel negozio una valenza precipuamente organizzatoria: il contratto costituisce il mezzo attraverso il quale due o più soggetti coordinano tra loro lo svolgimento in comune di una determinata attività giuridica, i cui effetti trascendono la loro dimensione individuale".



GIULIA TRAVAN

Assegnista di ricerca e dottoranda – Università Ca' Foscari di Venezia

## RIFORMA DEL DIRITTO CONTRATTUALE IN FRANCIA: TRA (FALSA) ELIMINAZIONE DELLA CAUSA E INTERVENTO GIUDIZIALE\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La causa nel diritto francese prima della riforma del 2016. – 3. La riforma del 2016: la disparition de la cause, une vraie révolution? – 4. Gli insegnamenti della riforma francese. – 5. La situazione italiana. – 6. Intervento giudiziale e libertà contrattuale.

1. – Negli ultimi decenni la dottrina europea si è interrogata sulla causa e, in particolare, sul suo ruolo quale requisito del contratto<sup>1</sup>. Si registra, infatti, una tendenza crescente alla sua eliminazione, non solo ad opera dei testi di *soft law*<sup>2</sup>, ma anche di tradizioni giuridiche da sempre legate alla causalità degli spostamenti patrimoniali.

Da un punto di vista storico, gli ordinamenti di *civil law* del vecchio continente si suddividono tra coloro che, da sempre, sono fedeli alla teoria dell'astrazione (tra i quali spicca, in particolare, la Germania<sup>3</sup>) e coloro che pongono, viceversa, il principio di causalità alla base del rapporto contrattuale (si pensi alla Francia e all'Italia). Proprio in Francia ha avuto luogo uno dei più bruschi – almeno all'apparenza – cambi di rotta sulla tematica che ci occupa, stante l'elisione di ogni riferimento alla *cause*, con riferimento all'obbligazione e al contratto, dal dettato codicistico.

---

\* Per i contributi francesi, nella redazione delle note, si indicherà con “n.” il numero del paragrafo. In assenza di indicazione, ci si riferirà al numero di pagina.

<sup>1</sup> Sulla causa in generale e per puntuali riferimenti comparatistici, si vedano E. NAVARRETTA, *Della causa del contratto*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, artt. 321-1349 c.c., Utet, a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, 2011, 573 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, 2015; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008.

<sup>2</sup> Si fa riferimento ai principi Unidroit (art. 3.2.), ai Principles of European Contract Law (art. 2.101) e al Progetto redatto dalla Commissione Gandolfi (art. 5, par. 3, *Code européen des contrats, Avant-projet*), nei quali la causa non è prevista come requisito essenziale. Sul punto, però, si veda in modo approfondito G. Sicchiero, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003, 1, 100 ss.

<sup>3</sup> Sul tema, E. NAVARRETTA, *Della causa*, cit., 580 ss. L'ordinamento tedesco è caratterizzato dal *Trennungsprinzip*, in base a cui contratto e atto traslativo sono separati. La tesi maggioritaria è quindi fedele agli insegnamenti di von Savigny, ritenendo che il puro scambio dei consensi determini la produzione dell'effetto giuridico. Alcuni Autori sostengono, tuttavia, che individuare una struttura causale possa essere utile per un controllo a posteriori, mediante l'arricchimento senza causa (teoria dello *Zweck*). Il regolamento degli interessi avrebbe dunque rilevanza funzionale. Nei sistemi di *common law* si distingue, invece, tra negozi puramente formali e non formali. Nei primi si guarda alla presenza di una forma solenne, mentre nei secondi è richiesta la *consideration*, che non coincide, però, con quella che noi identifichiamo come la causa del contratto. È, piuttosto, un corrispettivo, ossia la controprestazione (G. GORLA, *Consideration*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, 1961, 177).



Anche in ragione della vicinanza tra l'ordinamento francese e quello italiano<sup>4</sup>, lo studio della riforma d'oltralpe costituisce un interessante spunto di riflessione per chi si interroghi sulla causa, sul suo mutato utilizzo da parte degli interpreti e sui recenti orientamenti giurisprudenziali che propendono per un vaglio dell'equilibrio contrattuale mediante il giudizio sulla causa in concreto.

2. – Per comprendere la vera portata della riforma francese del 2016<sup>5</sup>, è necessario effettuare una breve ricognizione delle tesi dottrinali e giurisprudenziali ad essa precedenti in tema di causa dell'obbligazione e causa del contratto.

## *La teoria classica e l'avvento del Code Napoléon*

Sin dalle elaborazioni di Domat e Pothier, la causa era intesa quale elemento oggettivo dell'obbligazione, essendo priva di qualsiasi carattere riconducibile all'intenzione delle parti e al loro foro interno. L'esaltazione della forza della volontà delimitava il controllo giudiziale ai soli elementi obiettivi dei termini dello scambio, che si manifestavano nella struttura del regolamento contrattuale<sup>6</sup>. Non trovava dunque spazio alcun vaglio sulle motivazioni soggettive dei contraenti ad obbligarsi, in ossequio ai principi di autonomia della volontà e di sicurezza dei traffici giuridici<sup>7</sup>.

Con l'avvento del *Code Napoléon*, l'assenza di una specifica definizione del termine “cause”<sup>8</sup> determinò il gemmare di un ventaglio di tesi diverse in ordine alla perimetrazione e al ruolo del requisito causale<sup>9</sup>. Dopo una prima adesione alla teoria classica, da un lato si manifestarono, seppur in modo minoritario, dei movimenti anticausalisti<sup>10</sup>, dall'altro iniziò a svilupparsi la teorizzazione che trovò poi il suo culmine nella cosiddetta “*subjectivation de la cause*”<sup>11</sup>.

Sulla scorta del dato codicistico, parte della letteratura distingueva tra causa dell'obbligazione e causa del contratto<sup>12</sup>. L'art. 1131 *code civ. anc.*, infatti, richiamava la «*cause de l'obligation*»<sup>13</sup>, ossia la causa dell'obbligazione di ciascuna delle parti, mentre l'art. 1132 *code civ. anc.* riferiva la causa alla «*convention*»<sup>14</sup>, ossia all'accordo, alla struttura contrattuale. La causa del contratto si identificava dunque con l'operazione

<sup>4</sup> Già il codice civile italiano del 1865 si ispirava al *Code Napoléon*.

<sup>5</sup> *Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

<sup>6</sup> J. ROCHFELD, *Cause*, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2012, 4.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Alla causa erano dedicati gli artt. 1108 *code civ. anc.*, 1131 *code civil anc.*, 1132 *code civ. anc.* e 1133 *code civ. anc.*. L'art. 1108 *code civ. anc.* stabiliva che la validità di una convenzione è sottoposta all'esistenza della causa lecita dell'obbligazione e l'art. 1131 *code civ. anc.* prevedeva l'inefficacia dell'obbligazione senza causa, con causa falsa o con causa illecita. Gli artt. 1132 *code civ. anc.* e 1133 *code civ. anc.* disponevano invece, rispettivamente, che la causa non dovesse essere necessariamente espressa e la sua illecità quando essa fosse proibita dalla legge, contraria al buon costume o all'ordine pubblico.

<sup>9</sup> *Ex multis* D. MAZEAUD, *La cause*, in *Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, 451 ss.; J. ROCHFELD, *Cause*, cit., *passim*.

<sup>10</sup> Si veda, ad esempio, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, nn. 1037 ss.

<sup>11</sup> In seguito, come si vedrà, anch'essa abbandonata.

<sup>12</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2005, n. 333.

<sup>13</sup> «*L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*».

<sup>14</sup> «*La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée*».





economica complessiva che le parti intendevano realizzare<sup>15</sup>, differenziandosi dalla causa delle singole obbligazioni in capo a ciascun contraente<sup>16</sup>. Ad esempio, nel caso di un contratto di locazione ad uso abitativo, la causa dell'obbligazione del locatario sarebbe coincisa con la messa a disposizione dell'uso dei locali; la causa dell'obbligazione del locatore nel pagamento del canone; la causa del contratto nel godimento di un bene in cambio di un corrispettivo.

Secondo una prima tesi, il giudizio sull'esistenza della causa si sarebbe dovuto concentrare sulla sola causa delle obbligazioni<sup>17</sup>. Altri Autori invece, pur concordi sull'oggetto del vaglio di esistenza<sup>18</sup>, ritenevano che la causa del contratto si sarebbe dovuta intendere non tanto quale ragione della struttura contrattuale nel suo complesso, ma come *raison lointaine*, ossia quale motivo<sup>19</sup> concreto che ha portato *ciascuna*<sup>20</sup> parte a obbligarsi, con sottoposizione a un giudizio di liceità<sup>21</sup>.

## *Causa oggettiva e causa soggettiva*

Discostandosi dalla dicotomia causa dell'obbligazione – causa del contratto, ritenuta ancor oggi foriera di profonda incertezza, l'orientamento maggioritario preferì ragionare in termini di causa oggettiva<sup>22</sup> e causa soggettiva<sup>23</sup>.

La prima si sarebbe identificata con il fine immediato e diretto che spinge il debitore a obbligarsi<sup>24</sup>: non sarebbero, pertanto, venute in rilievo le motivazioni soggettive delle parti, ma solo la ragion d'essere, in astratto, del rapporto<sup>25</sup>. Ad esempio, nei contratti sinallagmatici, la causa oggettiva si identificava nell'interdipendenza tra le obbligazioni delle parti; in quelli reali nella consegna della cosa; in quelli aleatori nell'alea.

La causa soggettiva, invece, avrebbe indagato gli obiettivi perseguiti da ogni contraente, ricercando il fine, il “*but*”<sup>26</sup> della *convention*. In altre parole, la causa del contratto si sarebbe identificata con le ragioni che ogni parte aveva per concluderlo e con gli interessi che con esso cercava di soddisfare.

<sup>15</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2019, n. 442.

<sup>16</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. II, vol. I, Sirey, 1988, n. 203.

<sup>17</sup> J. ROCHFELD, *Cause*, cit., n. 12. Nel caso preso ad esempio, dunque, il controllo giudiziale sull'esistenza della causa si sarebbe dovuto concentrare sulla ragione dell'impegno assunto da ogni parte (messa a disposizione dell'uso dei locali e pagamento del canone) e non sull'“economia del contratto”, ossia sulla causa complessiva. A ben vedere tuttavia, come evidenziato dall'Autrice, i due profili non rimangono tra loro estranei, trovando un'intersezione sul piano ermeneutico. Se la causa delle obbligazioni consiste nelle prestazioni attese, anche la “finalità d'insieme” e complessiva del contratto consente di identificarle.

<sup>18</sup> Ossia sul fatto che il vaglio di esistenza riguardasse la causa dell'obbligazione.

<sup>19</sup> H. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, in *Obligations: théorie générale*, II, I, Persée, 1998, nn. 255, 268 utilizzano il termine “*mobile*” (sul quale si rinvia alla nt. 61).

<sup>20</sup> Sul punto si tornerà in seguito, per distinguere tale ipotesi dalla teoria sulla causa in concreto in Italia.

<sup>21</sup> H. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons*, cit., nn. 255, 268.

<sup>22</sup> O immediata o astratta.

<sup>23</sup> O lontana o concreta. Cfr. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit*, n. 442.

<sup>24</sup> AA.VV., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2018.

<sup>25</sup> Per tale ragione, la causa oggettiva sarebbe la stessa per i contratti appartenenti alla medesima categoria. Il *Code civil* effettua infatti, ancor oggi, una classificazione dei contratti, fornendone una definizione e dettandone una specifica disciplina. Nella versione in attualmente in vigore, si distingue tra contratti sinallagmatici e unilaterali (art. 1106 *code civ.*); a titolo oneroso e gratuito (art. 1107 *code civ.*); commutativi e aleatori (art. 1108 *code civ.*); consensuali, solenni e reali (art. 1109 *code civ.*); oltre alle nuove classificazioni di contratti a trattativa privata e di adesione (art. 1110 *code civ.*); quadro e applicativi (art. 1111 *code civ.*); a esecuzione istantanea e differita (art. 1111-1 *code civ.*).

<sup>26</sup> Termine che, peraltro, oggi è tra quelli che sostituisce la parola “*cause*” nel *Code*. Il “*but*” non è la causa efficiente, ossia la ragione scatenante il verificarsi di un fatto, nel senso utilizzato nell'ambito della responsabilità civile (sulle nozioni di “*cause*”, “*but*”



Anche secondo la teoria in esame, il giudizio sulla causa oggettiva si sarebbe concentrato sull'esistenza dell'obbligazione<sup>27</sup>, mentre quello sulla causa soggettiva sulla liceità del contratto. Ai fini di validità di quest'ultimo, pertanto, la causa non solo doveva esistere, ma anche essere lecita. Ebbene, ai fini dell'*esistenza* dell'obbligazione (e, conseguentemente, del contratto), era sufficiente adottare una concezione oggettiva del giudizio causale. Tuttavia, l'elemento soggettivo – la “spinta” alla conclusione dell'accordo, l'interesse da realizzare – veniva comunque in rilievo già nei termini dello scambio<sup>28</sup>, con notevoli problemi di sovrapposizione e di incertezza.

## *La subjectivation de la cause e le differenze dalla causa in concreto*

Per comprendere appieno il tema della *subjectivation de la cause*, è necessario ricordare che il controllo causale in Francia poteva avere ad oggetto o l'esistenza dell'obbligazione o l'illiceità della *convention*. Secondo la tesi che distingueva tra causa oggettiva e soggettiva, il vaglio sulla prima si sarebbe espresso in modo meramente obiettivo, mentre con riferimento alla seconda avrebbero avuto rilievo anche le singole motivazioni dei contraenti.

I dibattiti dottrinali e giurisprudenziali sulla *subjectivation* riguardano non tanto il giudizio di *liceità*, in relazione al quale non si è mai palesato alcun dubbio sull'incidenza dei profili soggettivi, quanto quello di *esistenza*.

A partire dagli anni Novanta, parte della giurisprudenza<sup>29</sup> iniziò a superare la distinzione tra causa oggettiva e causa soggettiva ai fini dell'accertamento dell'*esistenza* dell'obbligazione, sposando la teoria della *subjectivation de la cause*<sup>30</sup>. Secondo quest'ultima, la presenza in astratto di una controprestazione non sarebbe più stata sufficiente a garantire l'esistenza del rapporto, dovendo il giudice indagare anche le motivazioni soggettive delle parti<sup>31</sup>.

---

e “*motif*” si tornerà in seguito). È piuttosto la causa finale, che appartiene al futuro, come fine perseguito dalle parti. Sul punto, si veda R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1947 (ed. 1953), n. 1.

<sup>27</sup> Anche se spesso l'esito si riverberava sull'intero contratto.

<sup>28</sup> Ad esempio, ancora, nel contratto di locazione la messa a disposizione dei luoghi al fine di concederne il godimento è l'elemento che corrisponde alla contropartita a cui ha interesse il conduttore, conosciuta ed evidente già nel regolamento contrattuale (J. ROCHFELD, *Cause*, cit., n. 18).

<sup>29</sup> La Cassazione inaugurò la tesi della *subjectivation* con la sentenza *Point club vidéo* (Cass., 3 juillet 1996, n. 94-14.800, in *Bull.* 1996 I n. 286, 200). Il caso riguardava un contratto di locazione di videocassette, concluso al fine di esercitare un'attività commerciale di videonoleggio, qualificabile come sublocazione. Quest'ultima fu avviata in una città poco popolata e risultò, di conseguenza, presto in perdita. I conduttori chiesero al giudice di dichiarare la nullità del contratto di locazione; domanda accolta solo in appello. La sentenza venne poi confermata in Cassazione, in ragione dell'assenza di una *cause de l'engagement* con riferimento ai conduttori. L'esecuzione secondo l'economia voluta dalle parti sarebbe stata infatti impossibile, non ravvisandosi alcun corrispettivo reale per l'obbligo del pagamento del canone delle videocassette. La Corte si è dunque concentrata sul fine specifico del contratto – o meglio, su quello perseguito dai conduttori – ossia sull'obiettivo di una redditività derivante dalla sublocazione. È quindi evidente la diversa modalità con cui venne effettuato il vaglio DI ESISTENZA, CONNOTANDO LA CAUSA DI UNA SFUMATURA SOGGETTIVA. LA DOTTRINA MAGGIORITARIA (*Ex Multis* F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit*, cit., n. 342) si è espressa in modo critico, ritenendo che dare rilievo a una finalità atipica è causa di incertezza. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che un'“utilità vacillante” del contratto potrebbe determinarne la caducazione. Inoltre, riferendosi all'impossibilità dell'esecuzione del contratto secondo l'economia desiderata dalle parti, la Corte avrebbe confuso il momento dell'esecuzione del contratto e quello della sua formazione.

<sup>30</sup> Sul tema, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit*, cit., n. 342; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n. 153.

<sup>31</sup> I motivi, dunque, non avrebbero più avuto rilievo solo ai fini della liceità della pattuizione – e, a tal proposito, della rilevanza dei profili soggettivi non si discuteva –, ma anche della sua esistenza.



In questo contesto venne dunque in rilievo la nozione dell’“economia voluta” dai contraenti o dell’“economia del contratto”<sup>32</sup>, che secondo i sostenitori della *subjectivation de la cause* andrebbe intesa come la struttura o l’organizzazione d’insieme della pattuizione<sup>33</sup>: la ricerca, la comprensione di una finalità complessiva che consenta di risalire agli interessi perseguiti da *ciascuna* parte<sup>34</sup>.

Gli esiti di questo orientamento non vanno però confusi con quelli delle pronunce della Corte di cassazione italiana sulla causa in concreto<sup>35</sup>. Quest’ultima si qualifica come la funzione economico-individuale del contratto, ossia come la concreta *composizione* degli interessi contrapposti che lo specifico assetto contrattuale è volto a soddisfare. La tesi francese, viceversa, fornisce rilievo agli specifici obiettivi perseguiti da *ciascun* contraente, a prescindere dalla loro condivisione. La distinzione trova la sua ragione proprio nell’oggetto del controllo di esistenza, relativo all’obbligazione in capo *ad ogni parte*, valorizzando la motivazione dei singoli contraenti, intesi nella loro individualità.

L’orientamento venne successivamente temperato, continuando da un lato ad ammettere la possibilità di considerare il fine specifico perseguito dalle parti, dall’altro stabilendo in modo più rigoroso le condizioni in presenza delle quali esso potesse entrare nell’ambito contrattuale<sup>36</sup>.

## *L’eliminazione della clausola che rende il rapporto iniquo e non razionale: il caso Chronopost*

Già qualche mese dopo la pronuncia che inaugurò la tesi della *subjectivation*, la Camera commerciale se ne discostò nel noto caso *Chronopost*<sup>37</sup>. *Chronopost* è una società che effettua un servizio di consegna in breve termine, alla quale vennero affidati dei plichi contenenti delle offerte per la partecipazione a due gare d’appalto, affinché fossero recapitati al più tardi entro il giorno successivo. Il termine non venne rispettato e il mittente, pertanto, rimase escluso da entrambe le procedure. Agì dunque per il risarcimento dei danni subiti. *Chronopost* eccepì una sua limitazione di responsabilità in forza di una clausola contrattuale in base a cui, in caso di consegna in ritardo, il risarcimento non avrebbe potuto superare il prezzo del trasporto pagato. L’attore sosteneva che la clausola fosse nulla, poiché la consegna in breve termine era l’elemento essenziale dell’obbligazione della propria controparte. Una limitazione di responsabilità avrebbe quindi privato di qualsiasi rilievo il suo inadempimento.

Riformando la sentenza della Corte d’appello, la Cassazione reputò non scritta la clausola limitativa, in quanto ritenuta contraddittoria rispetto allo scopo dell’obbligazione essenziale dedotta nel contratto (ossia, nel caso specifico, l’obbligo di puntualità nella consegna dei plichi). Il mittente, invero, si era rivolto a *Chronopost* proprio per la sua specializzazione in un servizio di spedizione veloce, che giustificava altresì il pagamento di un prezzo più alto rispetto a quello dovuto per l’invio mediante posta ordinaria.

La Corte non pose dunque attenzione ai singoli motivi perseguiti dai contraenti, ma al fine “oggettivo”<sup>38</sup> che il contratto era volto a realizzare<sup>39</sup>. Nel giudizio sull’esistenza del requisito causale, alla presenza della

<sup>32</sup> A. ZELCEVICDUHAMEL, *La notion d’économie du contrat en droit privé*, in *JCP*, 2001, 1, 300; S. PIMONT, *L’économie du contrat*, LGDJ, 2004. Critico J. MESTRE, *L’économie du contrat*, in *RTD civ.*, 1996, 901 ss.

<sup>33</sup> H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011.

<sup>34</sup> J. ROCHFELD, *Cause*, cit., n. 80.

<sup>35</sup> Si veda, in particolare, Cass., 8 maggio 2006, 10490, in *Giur. it.*, 2007, 10, 2203 ss.

<sup>36</sup> Cass., 27 mars 2007, n. 06.10.452, *inédit*.

<sup>37</sup> Cass., 22 octobre 1996, n° 93-18.632, in *Bull.* 1996 IV n. 261, 223.

<sup>38</sup> In particolare, secondo J. GHESTIN, *Cause*, cit., n. 281, si ravviserebbe comunque una soggettività, stante il riferimento alle “*contropartie*”.

<sup>39</sup> J. GHESTIN, *Cause*, cit., n. 272; D. MAZEAUD, *La cause*, cit., n. 23. In particolare, l’indagine si concentrava sull’esistenza dell’obbligazione.



controprestazione si affianca così un controllo sulla “debolezza” di quest’ultima da un punto di vista economico. In particolare, si giunge a ritenere che la causa sia assente se contraddittoria rispetto agli impegni economici presi<sup>40</sup>, non limitandosi a un’analisi di tipo atomistico, ma guardando al complessivo assetto del regolamento pattizio.

Quanto alla sanzione, l’invalidità venne circoscritta alla singola pattuizione che rendeva il rapporto iniquo e non razionale<sup>41</sup>, in applicazione del principio di conservazione<sup>42</sup>. Si sarebbe così “riparato” l’“interesse al contratto”, con un intervento più efficace rispetto all’invalidità totale<sup>43</sup> ed evitando la necessità di raggiungere un nuovo accordo, in cui la medesima clausola sarebbe potuta tornare a figurare, soprattutto nell’ipotesi di una standardizzazione delle condizioni generali<sup>44</sup>.

La causa venne dunque utilizzata con un ruolo che non le era direttamente proprio, divenendo strumento di accertamento della coerenza del regolamento contrattuale. Ciò, però, senza giungere a una riscrittura da parte del giudice, quanto «rende[ndolo] coerente con ciò su cui si è effettivamente concentrato l’incontro delle volontà; respinge[ndo] ogni distorsione nell’aspettativa che si è legittimamente costituita»<sup>45</sup>.

**3.** – Il 2016 segna un anno fondamentale per il diritto contrattuale francese: con l’*ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016<sup>46</sup>, il legislatore<sup>47</sup> ha riformato una disciplina che era rimasta pressoché immutata, nei suoi tratti essenziali, sin dal 1804. Una delle modifiche che ha avuto più risonanza negli Stati del vecchio continente è stata la *disparition de la cause* dal dettato codicistico, nella parte relativa al contratto.

Le ragioni di tale scelta ben si evincono dal Rapporto all’*ordonnance*: la volontà di fornire maggiore attrattività al diritto francese; di allinearsi ad altri Stati europei; di eliminare un fattore di incertezza, reso tale anche dai molteplici orientamenti giurisprudenziali sul tema<sup>48</sup>. Le direttrici sono dunque simili a quelle seguite nei Progetti di diritto contrattuale europeo, che non inseriscono la causa tra i requisiti del contratto, così da garantire semplificazione giuridica e una maggior certezza dei traffici, evitando che un concetto “fumoso” e “inafferrabile” possa determinare la caducazione del rapporto instaurato<sup>49</sup>.

<sup>40</sup> E, in questo, si riscontrerebbe secondo alcuni la (maggior) “oggettività” del controllo.

<sup>41</sup> J. GHESTIN, *Cause*, cit., nn. 269 ss. Ancor più trattandosi di un contratto predisposto da uno solo dei due contraenti e, dunque, imposto e non negoziato.

<sup>42</sup> Quanto alla natura della sanzione, alcuni parlano di nullità, altri di una forma di riparazione del contratto da parte del giudice («*réfection du contrat par le juge*»), altri ancora di inesistenza (V. COTTEREAU, *La clause réputée non écrite*, in *JCP*, 1993, 1, 3691; J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, in *Rec. Dalloz*, 1993, chron., 59). Si veda J. ROCHFELD, *Cause*, cit., n. 131.

<sup>43</sup> J. ROCHFELD, *Cause*, cit., n. 130.

<sup>44</sup> J. ROCHFELD, *Cause*, cit., n. 130.

<sup>45</sup> Le parole sono di J. ROCHFELD, *Cause*, cit., n. 131. («*Le juge ne refait pas le contrat mais le rend conforme à ce sur quoi la rencontre des volontés a réellement porté; il écarte toute distorsion dans l’attente qui s’est légitimement construite*»).

<sup>46</sup> Rettificata con l. 20 aprile 2018, n. 2018-287.

<sup>47</sup> La tecnica normativa utilizzata per riformare il *Code civil* è quella dell’*ordonnance*. Ai sensi dell’art. 38 *Cost. fra.*, il Governo può chiedere al Parlamento l’autorizzazione ad emanare, per un periodo limitato, dei provvedimenti che sarebbero di competenza legislativa. A fronte di una delega, l’*ordonnance* viene adottata dal Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato. Essa entra in vigore non appena pubblicata, ma decade se il disegno di legge di ratifica non viene presentato al Parlamento prima della data fissata dalla legge delega stessa.

<sup>48</sup> *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance*, in *Journal officiel de la République Française*, 11 février 2016.

<sup>49</sup> G. GANDOLFI, *Code européen des contrats, Avant-projet*, I, Giuffrè, 2002, 129. Ancora, sull’inutilità del requisito causale, H. KÖTZ, *European Contract Law*, Oxford, 2017, 52.



La decisione del legislatore francese, inattesa dalla dottrina<sup>50</sup>, non si è però rivelata così rivoluzionaria. L'eliminazione del termine, infatti, ha avuto delle conseguenze solo sul piano formale, essendo la causa soltanto "mascherata"<sup>51</sup>, ossia celata dalle "maschere" del contenuto<sup>52</sup>, dei motivi<sup>53</sup>, del fine<sup>54</sup> e della condizione determinante il consenso di una parte<sup>55</sup>. Rispetto alla disciplina antecedente, dunque, il risultato non cambia: la presenza della causa e la sua liceità continuano ad essere necessarie ai fini dell'esistenza e della validità del contratto<sup>56</sup>.

La portata della riforma ben si evince dal dettato degli artt. 1162 *code civ.*, 1169 *code civ.*, 1170 *code civ.* e 1171 *code civ.*, per i quali è utile effettuare una sintetica ricognizione dell'ambito applicativo.

*Art. 1162 code civ.: le spinte soggettive non rilevano ai fini dell'esistenza dell'obbligazione, ma continuano ad avere un ruolo nel vaglio di liceità*

L'art. 1162 *code civ.* stabilisce che il contratto non può derogare all'ordine pubblico, né per mezzo delle sue stipulazioni né del suo scopo ("*but*"), sia esso o meno conosciuto da tutte le parti<sup>57</sup>. Il Rapporto di accompagnamento alla riforma aveva fortemente criticato la teoria della *subjectivation de la cause*, stante le incertezze da essa derivanti. Non si era però mai messa in discussione la rilevanza dei motivi nel vaglio di liceità del contratto, che continua ad essere ribadita anche nella versione attuale del *Code* nella norma in esame.

La contrarietà della pattuizione all'ordine pubblico<sup>58</sup> ne determina la nullità, *ex art.* 1178 *code civ.*<sup>59</sup>. Si giunge dunque al medesimo esito dell'art. 1133 *code civ. anc.*, che disciplinava il contratto con causa illecita<sup>60</sup>; non ci si riferisce più, però, alla "*cause*", ma al "*but*", che ne sarebbe sinonimo<sup>61</sup>.

<sup>50</sup> O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des Contrats?*, in *ERCL*, 2017, 13, 418.

<sup>51</sup> *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance*, cit.

<sup>52</sup> Art. 1128 *code civ.*

<sup>53</sup> Art. 1135, seconda all., *code civ.*

<sup>54</sup> Art. 1162 *code civ.*

<sup>55</sup> Art. 1186 *code civ.*

<sup>56</sup> O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *La Cause*, 421. Lo stesso Capitant, ritenuto il padre della teoria della causa in Francia, affermava che i termini "*cause*" e "*but*" sono sinonimi (H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, in *Contrats, Engagements unilatéraux*, Dalloz, 1927, nn. 3, 21: «*peut-on dire, c'est la considération du but qui détermine le débiteur à s'obliger, qui est, par conséquent, la cause de son engagement*»). Si è visto come il *Code civil* distinguesse tra causa dell'obbligazione e causa del contratto, al pari del Codice italiano del 1865. Sui rapporti tra "*cause*", "*but*" e "*motif*" si veda nt. 61.

<sup>57</sup> «*Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties*».

<sup>58</sup> In relazione all'ordine pubblico, viene in rilievo il ruolo della giurisprudenza, che ne riempie il contenuto guardando all'evoluzione della legge, della società e dell'interpretazione delle Corti. Non essendo necessaria la violazione di una norma imperativa puntuale, la dottrina parla di ordine pubblico virtuale o implicito, volto alla salvaguardia degli interessi della società francese (H. BARBIER, *Quelques précisions utiles à propos de l'ordre public surplombant le contrat*, in *RTDciv.*, 2018, 886). Una conferma normativa si riscontrerebbe all'art. 1102 *code civ.*, che non si riferisce più alla deroga della "legge", ma delle "regole" di ordine pubblico, il cui contenuto è dunque più ampio (*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance*, cit.). Ciò nonostante, il potere del giudice non è arbitrario, non potendosi egli far condizionare dalle proprie convinzioni politiche, morali ed economiche e dovendosi ispirare al complesso delle norme in vigore e allo spirito della legge.

<sup>59</sup> «*Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul*».

<sup>60</sup> La sanzione prevista era la nullità, che si verificava anche quando una delle parti ignorasse il fine illecito perseguito dall'altra (Cass., 7 octobre 1998, n. 96-14359, in *Bull.* 1998 I n. 285, 198).

<sup>61</sup> In Francia, i confini tra "*cause*", "*but*" e "*motif*" sono molto sfumati (per degli approfondimenti sul punto, D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, LGDJ, 2018, 372, n. 454; T. GENICON, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, in *Un ordre juridique*





A differenza del nostro art. 1345 c.c., l'art. 1162 *code civ.* prevede che il “*but*” non debba essere necessariamente conosciuto da tutte le parti. Secondo alcuni Autori, ne consegue che la nullità del contratto non sia tanto riconducibile alla deroga dell'ordine pubblico mediante il “*but du contrat*” in senso stretto (quello che noi intenderemmo come la causa contrattuale, l'obiettivo condiviso), ma mediante il “*but*” di una sola parte<sup>62</sup>. Ciò riporta lo studioso italiano più all'alveo dei motivi<sup>63</sup> che a quello della causa. La scelta francese continua dunque a fornire rilievo al motivo illecito determinante, non richiedendo che esso sia anche comune, con una prevalenza delle esigenze di ordine pubblico sugli interessi individuali<sup>64</sup>.

## *L'art. 1169 code civ.: la nullità per contropartita illusoria o derisoria*

Nonostante la causa non sia indicata dall'art. 1128 *code civ.*<sup>65</sup> tra i requisiti di validità del contratto, l'art. 1169 *code civ.* prevede la nullità del contratto a titolo oneroso quando, al momento della sua conclusione, la contropartita convenuta sia illusoria – ossia non costituisca una controprestazione reale, in base a un vaglio quantitativo – o derisoria<sup>66</sup> – ossia non sia caratterizzata da serietà, in base a un vaglio qualitativo –<sup>67</sup>, restando così i principi affermati dalla giurisprudenza precedente<sup>68</sup>.

In base al combinato disposto con l'art. 1170 *code civ.*, che si analizzerà subito a seguire, si richiede che il contratto presenti un'utilità minima per ogni contraente; utilità che costituirebbe la ragion d'essere del con-

*nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, diretto da W. DROSS, T. FAVARIO, Mare & Martin, 2014). La nozione di causa è la più ampia, potendosi riferire sia a una ragione anteriore, sia al fine, all'obiettivo perseguito (e in questo coinciderebbe con il “*but*”: H. CAPITANT, *De la cause*, cit., 21 ss.). Da quest'ultimo andrebbe però differenziato il “*motif*” in senso stretto, ossia il motivo psicologico che determina il soggetto ad obbligarsi, che resta di regola indifferente (D. HOUTCIEFF, *Droit*, cit., 372, n. 454). Alcuni Autori distinguono tra *motifs* e *mobiles*: i primi individuerebbero una ragione soggettiva anteriore e nel passato (es.: vendo una delle mie auto per estinguere un debito); i secondi, sempre soggettivi, costituirebbero una spinta soggettiva nel futuro (es.: acquisto un'auto per regalarla a mio figlio). Su questi profili, si veda anche C. GRIMALDI, *Retour sur l'erreur sur les motifs*, Dalloz, 2012). Sia il “*but*” sia il “*motif*” si riferiscono al singolo contraente, ma solo il primo, se illecito o immorale, determina la nullità del contratto. La differenza tra causa e motivi si desumerebbe anche dall'art. 1135, prima all., *code civ.*, in base a cui l'errore sul semplice motivo estraneo alle qualità essenziali della prestazione dovuta o del contraente non è causa di nullità, a meno che le parti non ne abbiano fatto espressamente un elemento determinante loro consenso.

<sup>62</sup> O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1162*, in *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *Commentaire*, LGDJ, 2018, 302.

<sup>63</sup> Nonostante la norma non si riferisca espressamente ai motivi, la riconduzione ad essi è pacifica (cfr. S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Cause*, in *Lexique des termes juridiques*, 2021-2022, Dalloz, 2021).

<sup>64</sup> Si veda, tuttavia, quanto si è specificato con riferimento alle interferenze tra causa oggettiva e soggettiva prima della riforma.

<sup>65</sup> «*Sont nécessaires à la validité d'un contrat:*

1° *Le consentement des parties;*

2° *Leur capacité de contracter;*

3° *Un contenu licite et certain*».

E. SAVAUX, *Le contenu du contrat*, in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications*, in *JCP*, 2015, 21, n. 12. Secondo la tradizionale tesi causalista, la norma si riferisce alla formazione del contratto. Qualora la causa venisse meno in fase esecutiva, si applicherebbe l'art. 1186 *code civ.* (O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1169*, in *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *Commentaire*, LGDJ, 2018, 331).

<sup>66</sup> «*Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire*».

<sup>67</sup> La ragione viene ricondotta all'incapacità del contraente o a un vizio del consenso, ma l'ordinanza non avrebbe modificato la sanzione, mantenendo quella della nullità, conformemente alle storiche elaborazioni sulla teoria della causa (P. MALAURIE, L. AYNÉS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 2020, n. 374). La regola si applica solo ai contratti a titolo oneroso, in quanto, in quelli a titolo gratuito, non c'è una contropartita e si ha nullità solo per errore sui motivi (art. 1135 *code civ.*).

<sup>68</sup> O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1169*, cit., 328.



tratto e, dunque, la sua causa<sup>69</sup>. L'art. 1169 *code civ.* continuerebbe infatti ad essere espressione della teoria causale, nella sua declinazione in base a cui tutti gli impegni assunti devono avere una giustificazione e deve esserci un controllo di razionalità oggettiva dell'atto<sup>70</sup>.

Il riferimento della norma alla “*contropartie convenue*” sarebbe indice di un vaglio improntato a maggior concretezza e che ricerchi l’“interesse contrattuale”, da individuarsi soltanto tra quelli considerati dalle parti a ragione del vincolo<sup>71</sup> e non in altri elementi esterni al rapporto<sup>72</sup>. Secondo altri Autori, la disposizione recherebbe con sé un forte rischio di ritorno alla soggettivazione: le nozioni di contropartita illusoria e derisoria sarebbero infatti troppo ampie e indefinite, determinando il pericolo di una valutazione giudiziale capace di spingersi oltre al controllo sull'utilità concreta dell'atto in senso oggettivo<sup>73</sup>.

La sanzione prevista dall'art. 1169 *code civ.* è la nullità è relativa<sup>74</sup>, che determina l'invalidità dell'intero contratto<sup>75</sup>.

*L'art. 1170 code civ.: l'éradication sélective della clausola che privi di sostanza l'obbligazione essenziale*

L'art. 1170 *code civ.*<sup>76</sup> prevede che la singola clausola che privi di sostanza l'obbligazione essenziale del debitore deve ritenersi non scritta, positivizzando così le soluzioni adottate dalla Corte di cassazione nei casi *Chronopost* e *Faurecia II*<sup>77</sup>. Rispetto a tali arresti, si ravvisa però un ampliamento, in quanto il vaglio – che rimane sempre causale – non si concentra più sulle sole clausole di esclusione della responsabilità, ma viene generalizzato ad ogni clausola del contratto.

La sanzione non si risolve nella caducazione dell'intera pattuizione, come nel caso dell'art. 1169 *code civ.*<sup>78</sup>,

<sup>69</sup> O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1170*, in *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *Commentaire*, LGDJ, 2018, 336.

<sup>70</sup> O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1169*, cit., 327.

<sup>71</sup> O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1169*, cit., 329.

<sup>72</sup> A parere di diversa dottrina, il dettato normativo porterebbe invece a parametrare le caratteristiche della contropartita sul solo debitore, poco importando che l'illusorietà sia rapportata all'economia voluta e accettata anche dall'altra parte (A. HONTEBEYRIE, *Article 1167: la contrepartie illusorie ou dérisoire*, in *RDC*, 2015, 3, 757).

<sup>73</sup> G. WICKER, *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: lase sans le mot ?*, in *Rec. Dalloz*, 2015, 1557, nn. 13 ss.

<sup>74</sup> Cass. comm., 22 mars 2016, n. 14-14.218, in *Bull. d'information* 2016, n. 848, *chambre commerciale*, n. 1172; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1169*, cit., 327.

<sup>75</sup> Si ricorda che, in ambito contrattuale, l'ordinamento francese non distingue tra nullità e annullabilità, ma tra nullità assoluta e nullità relativa. La prima, disciplinata all'art. 1179 *code civ.*, si ravvisa quando la norma violata è intesa a tutelare l'interesse generale. Può essere invocata da ogni interessato, parte o terzo, e dal pubblico ministero (art. 1180 *code civ.*). Il contratto viziato non è soggetto a *confirmation*. L'azione si prescrive in cinque anni decorrenti da quando il titolare ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere i fatti che gli consentivano di esercitare il proprio diritto (art. 2224 *code civ.*) e, in ogni caso, mai oltre i vent'anni dalla conclusione del contratto (art. 2232 *code civ.*). L'eccezione, viceversa, non si prescrive, a condizione che il contratto non sia stato eseguito. La nullità relativa (art. 1181 *code civ.*), invece, è posta a tutela di interessi privati. Ne consegue che può essere invocata solo dal soggetto il cui interesse particolare è protetto dalla norma violata. Il contratto è soggetto a *confirmation*, che deve provenire da colui che potrebbe invocare la nullità e deve menzionare l'oggetto dell'obbligazione e il vizio (con una previsione non dissimile alla convalida nel contratto annullabile *ex art. 1444 cod. civ.*). La riforma del 2016, inoltre, ha introdotto un'azione interrogatoria all'art. 1183 *code civ.*, che consente a una parte di chiedere per iscritto a chi potrebbe avvalersi della nullità o di confermare il contratto o di agire entro sei mesi. Con tale atto si specifica espressamente che, qualora l'azione non sia esercitata entro il termine, il contratto si intende confermato.

<sup>76</sup> «*Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite*».

<sup>77</sup> Cass. comm., 29 juin 2010, n. 09-11.841, in *Bull.* 2010, IV, n. 115. Come nel caso *Chronopost*, la questione controversa riguardava le clausole limitative della responsabilità. Secondo la Corte, esse non possono sempre considerarsi nulle, dovendo verificare se la limitazione renda derisoria l'obbligazione del debitore.

<sup>78</sup> Proprio nella sanzione risiede la differenza principale tra le due norme.



ma in quella della sola clausola, salvo che essa sia determinante per una delle parti<sup>79</sup>. Si giunge così a una “riscrittura” del contratto, tale da «*le remettre dans son axe fondamental*», nell’interesse delle parti e ricercando ciò che queste ultime avrebbero voluto<sup>80</sup>.

*La vera rivoluzione: l’art. 1171 code civ.*

L’art. 1171 *code civ.* è stata una delle norme più discusse nel corso dei lavori preparatori della riforma, andando a tracciare i confini tra intervento giudiziale a tutela o a limitazione della libertà contrattuale. La disposizione positivizza nel dettato codicistico il vaglio del giudice sull’equilibrio contrattuale, in precedenza previsto solo nelle leggi speciali a tutela dei consumatori<sup>81</sup> e della concorrenza<sup>82</sup>.

La norma prevede che, in un contratto di adesione, va considerata non scritta qualsiasi clausola non negoziabile, preventivamente determinata da una delle parti, che crei uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi dei contraenti. Specifica inoltre che la valutazione dello squilibrio non riguarda né l’oggetto principale del contratto né l’adeguatezza del prezzo alla prestazione<sup>83</sup>.

L’intervento è dunque limitato ai soli contratti di adesione e alle clausole non negoziate, in quanto una sua generalizzazione si sarebbe potuta tradurre in una modifica strumentale della pattuizione, conformandola a una sorta di “modello ideale” definito dall’autorità giudiziaria.

L’autonomia contrattuale viene così rispettata – soprattutto con riferimento all’adeguatezza del prezzo – e, anzi, valorizzata: non si va ad incidere, invero, sullo squilibrio economico, ma solo su quello tra diritti e obblighi delle parti<sup>84</sup>.

Secondo la dottrina si delineerebbe così, altresì, un limite a un utilizzo generalizzato dell’art. 1170 *code civ.* e del vaglio causale (seppur “mascherato”) a fini di invalidità: se il giudice non può intervenire sull’equilibrio economico nei contratti di adesione (e, dunque, in una specifica categoria di contratti non negoziati), a maggior ragione non può farlo in relazione a tutti gli schemi contrattuali utilizzando l’art. 1170 *code civ.*<sup>85</sup>. Anche in tale ipotesi, la clausola viene reputata non scritta, conservando il contratto<sup>86</sup> ed evitando il venir meno dei benefici che da esso possano derivare<sup>87</sup>.

<sup>79</sup> Art. 1184 *code civ.*, la cui formulazione ricorda quella del nostro art. 1419 c.c.

<sup>80</sup> O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1170*, cit., 336 ss.

<sup>81</sup> Con la disciplina sulle clausole abusive.

<sup>82</sup> Con riguardo al divieto di abuso di dipendenza economica.

<sup>83</sup> «*Dans un contrat d’adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l’avance par l’une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*

*L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix à la prestation.*

<sup>84</sup> La valutazione dello squilibrio si basa su diversi indici, quali l’assenza di reciprocità nell’attribuzione di un diritto (come il diritto alla tolleranza del ritardo solo a favore di un contraente); un campo di applicazione troppo vasto di un potere (a esempio l’esclusione della risoluzione per mancata esecuzione in tutti i casi) o troppo vago (quale prevedere la possibilità di non eseguire o di modificare per giusti motivi) (O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1171*, in *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire, LGDJ, 2018, 350).

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> Come già previsto dall’art. 241-1 *Code cons.*

<sup>87</sup> O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1171*, cit., 353.



#### 4. – Quali, dunque, gli insegnamenti della riforma francese?

Il primo è che, per quanto concerne l'eliminazione della causa, non molto è cambiato, almeno sul piano sostanziale. Il termine “*cause*” scompare, ma il requisito è ancora presente, seppur mascherato, e continua ad essere utilizzato nel medesimo modo e per le medesime finalità. Dunque, non una vera rivoluzione o, quantomeno, non dalla portata così dirompente rispetto a come potrebbe a un primo sguardo apparire.

Il secondo riguarda la nuova prospettiva assunta con riferimento all'intervento giudiziale sul contratto e, più precisamente, sull'equilibrio contrattuale; profilo molto più delicato e discusso.

A partire dalla giurisprudenza inaugurata dall'*arrêt Chronopost*, lo strumento causale iniziò ad essere utilizzato – alcuni direbbero “manipolato” – al fine di accertare la non contraddittorietà delle singole clausole rispetto alla portata dell'impegno assunto dai contraenti. In assenza di strumenti e di rimedi specifici che si rivelassero idonei a far fronte a contratti squilibrati o “ingiusti”<sup>88</sup> erano dunque i giudici a cercare di fornire tutela, utilizzando i mezzi che il diritto civile metteva a disposizione.

La riforma del 2016, dunque, rivela tutta la sua novità non tanto nell'eliminazione del requisito della causa del contratto, quanto nell'inserimento nel *Code civil* di una disciplina generale relativa all'intervento giudiziale sulle manifestazioni dell'autonomia privata. Un intervento che, tuttavia, non va letto nel senso di una criticabile ingerenza nella sfera riservata alle parti, ma come una sua maggior tutela, in ragione della limitazione entro delineati confini e specifici requisiti, ben individuati dall'art. 1171 *code civ.*

«*Alors, cessant leur torrent tumultueux, les règles classiques pourront regagner leur lit*»<sup>89</sup>: non si rende più necessario un “adattamento” delle norme del diritto civile e non si pone il problema di un eccessivo e discrezionale controllo sull'equilibrio contrattuale, quantomeno nell'ambito coperto da tale disciplina<sup>90</sup>. Ne consegue che l'art. 1171 *code civ.* oggi non maschera la causa, ma introduce un nuovo strumento di tutela a fronte di uno squilibrio significativo tra diritti e obblighi nei contratti di adesione che contengano clausole non negoziate<sup>91</sup>. In questo modo, ne si è già dato conto, si limita altresì un utilizzo generalizzato dell'art. 1170 *code civ.* Le nuove disposizioni sono così considerate «*l'acte inaugural d'un renouveau du droit commun des contrats véritable, renouante pleinement avec la libre autonomie, le respect des volontés et la responsabilité individuelle*». E anche per tale ragione, a livello terminologico, ci sembra ancor più corretto parlare di “intervento” e non di “controllo” del giudice sul contratto.

5. – L'evoluzione della nozione di causa è nota e non è questa la sede per ripercorrerla<sup>92</sup>. Risulta però interessante, anche in questo caso, soffermarsi sull'allargamento delle maglie del suo utilizzo da parte della

<sup>88</sup> Al di fuori della contrattazione consumeristica o dell'abuso di dipendenza economica, per le quali la disciplina specifica era prevista nelle leggi speciali.

<sup>89</sup> O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Art. 1171*, cit., 354.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> È lo stesso *Code* a consacrare la distinzione tra contratti *gré à gré*, ossia liberamente negoziati e non (art. 1110 *code civ.*).

<sup>92</sup> Per sommi capi, prendendo le mosse dalla tesi bettiana, la causa sarebbe consistita nella funzione economico sociale del negozio giuridico, già prevista in astratto dalla legge e volta a perseguire gli interessi imposti dallo stato (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., ESI, 2002, 170; E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in NN.D.I., III, Torino, 1959, 386; E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 894; E. OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 344). Un radicale mutamento di prospettiva si ebbe negli anni Sessanta, ritenendo che la causa fosse la funzione economico individuale perseguita dai contraenti; la ragion pratica del singolo contratto e sintesi degli interessi individuali (G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1965). La giurisprudenza sposò la teoria solo molto più tardi, giungendo all'elaborazione della cosiddetta causa in concreto nel 2006 (Cass., 8 maggio 2006, 10490, cit., 2203 ss.), secon-



giurisprudenza, soprattutto mediante la cosiddetta causa in concreto<sup>93</sup>. Tralasciando le pronunce che ne hanno delineato il contenuto, valorizzando la funzione economico individuale perseguita dai contraenti<sup>94</sup>, delle prime applicazioni innovative si riscontrano in tema di risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione per una delle parti<sup>95</sup>. La Suprema Corte, infatti, ha affermato che la causa non è solo un requisito genetico di validità del contratto, ma anche un requisito funzionale, che deve perdurare lungo l'intera vita del rapporto. Ne consegue che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si presenterà non solo quando l'esecuzione della prestazione debitoria divenga impossibile, ma anche quando divenga tale l'utilizzazione della prestazione della controparte; quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno. In tal caso l'obbligazione si estingue, stante la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale del contratto, ossia della sua causa concreta, e si può invocare il rimedio risolutorio.

Un'altra sentenza da cui si evince la portata dirompente attribuita alla causa da parte della giurisprudenza è la n. 22437/2018<sup>96</sup> delle Sezioni Unite, solitamente richiamata nello studio della meritevolezza degli interessi contrattuali e delle clausole *claims made*. In motivazione, la Corte afferma che l'indagine sulla causa concreta «spazia dalla verifica di sussistenza stessa (ossia della *adeguatezza* rispetto agli interessi coinvolti) a quella di liceità (intesa come lesione di interessi delle parti tutelati dall'ordinamento)»<sup>97</sup> (corsivo nostro). L'esame dell'assetto sinallagmatico diviene il veicolo per accertare se si sia realizzata la funzione pratica del contratto, «là dove l'emersione di un disequilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica»<sup>98</sup>. Con parole diverse, più il contratto è anomalo e squilibrato, più la causa – che ne rappresenta lo scopo pratico, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare<sup>99</sup> – deve giustificare tale anomalia<sup>100</sup>.

Il giudice non si deve, però, soffermare sull'equilibrio economico, «che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale»<sup>101</sup>, quanto sull'equilibrio tra le prestazioni, come peraltro avviene nel diritto dei consumatori, *ex art. 33 c.cons.*, che si riferisce al «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti

---

do cui la causa consisterebbe nello scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. La tesi fu confermata altresì dalle Sezioni Unite in Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2017, n. 4224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 9, 1214. Contrari, in dottrina, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, 2015, 128; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? – Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 957).

<sup>93</sup> Su questi temi, G. SICCHIERO, *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2011, 10, 2042, ss.

<sup>94</sup> Si fa riferimento, in particolare, alla già richiamata Cass. civ., 8 maggio 2006, 10490, cit., 2203 ss., ribadita poi da Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giur. it.*, 2010, 7, 1560 ss. e da Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224, cit., 1214 ss.

<sup>95</sup> Tra le pronunce più note, Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 5, 1, 531 ss.; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e Resp.*, 2008, 8-9, 845 ss.

<sup>96</sup> Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2018, 11, 1, 3511 ss.

<sup>97</sup> §19.4 di Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., 3511 ss.

<sup>98</sup> §19.5 di Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., 3511 ss.

<sup>99</sup> §19.2 di Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., 3511 ss.

<sup>100</sup> Secondo la Corte, il controllo causale non prescinde dalla stessa tensione ispiratrice dello scrutinio *ex art. 1322*, comma secondo, c.c., ossia quella di valutare soprattutto la ragionevolezza programmatica degli interessi perseguiti dalle parti. Il vaglio causale sarebbe più ampio rispetto a quello di meritevolezza, riguardando non solo la conformazione genetica del contratto, ma anche la fase precontrattuale ed esecutiva dello stesso, con diversi rimedi attivabili dall'assicurato.

<sup>101</sup> § 19.5 di Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., 3511 ss.





dal contratto». Sono le stesse Sezioni Unite a rilevare che la protezione consumeristica è solo residuale<sup>102</sup>: l'utilizzo della causa in concreto consentirebbe dunque un ampliamento delle tutele, verificando l'adeguatezza delle prestazioni allo scopo e un controllo sulla congruità dello scambio<sup>103</sup>, con un metodo non dissimile da quello adottato dalla Cassazione francese nel caso *Chronopost* sopra richiamato. C'è un bisogno di tutela (e ciò accade soprattutto a fronte della debolezza di una parte, priva di effettivo potere contrattuale); nell'ordinamento non è presente una norma specifica per darvi risposta; il giudice interviene con gli strumenti che la legge gli mette a disposizione. Insomma, la storia si ripete.

6. – Secondo quanto argomentato sino ad ora, si può dunque ancora sostenere che, nell'ambito che ci occupa, l'intervento giudiziale si scontri sempre con l'autonomia delle parti? A ben vedere, il tema della causa si intreccia qui in modo evidente con quello della giustizia contrattuale<sup>104</sup>, soprattutto nella valorizzazione della causa in concreto<sup>105</sup> al fine di sindacare l'adeguatezza delle prestazioni. Le tensioni sono molteplici, dovendosi da un lato garantire la libertà dei contraenti, evitando un'ingerenza giudiziale nella regolazione dei loro interessi, dall'altro fornire rimedio alle situazioni che risultino irragionevolmente squilibrate, seppur in assenza di una formale asimmetria tra le parti, in un mutato contesto di mercato<sup>106</sup>. L'esperienza francese ha dimostrato che è difficile, se non impossibile, eliminare di punto in bianco un requisito come quello causale. Si può intervenire sul piano formale e terminologico, ma l'essenza della causa, seppur celata, tenderà sempre a ripresentarsi nelle trame di uno strumento diverso<sup>107</sup>.

In Italia, il principio di causalità è primariamente volto a fornire una ragione agli spostamenti di ricchezza, così da evitare trasferimenti ingiustificati<sup>108</sup>. Con il giudizio sulla causa in concreto, tuttavia, ci si è spinti ben oltre. Se parte della letteratura sostiene che oggi siano molteplici le basi normative che forniscono rilievo al vaglio sull'equilibrio contrattuale<sup>109</sup>, altri Autori puntualizzano che il contratto è pur sempre frutto di un

<sup>102</sup> Essendo riservata alle persone fisiche che concludono un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata.

<sup>103</sup> Sul tema ampiamente R. ROLLI, *Causa*, cit., 145 ss.

<sup>104</sup> Ancora R. ROLLI, *Causa*, cit., *passim*. Sulla giustizia contrattuale, *ex multis*, R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civile, Utet, 2012; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, 2006; E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1262 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 1, 20 ss.

<sup>105</sup> Sul tema, si rinvia a E. NAVARRETTA, *Della causa*, cit., 606 ss.

<sup>106</sup> G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Tematici*, Contratto, 591. Egli rileva che, a differenza di un tempo, non si ritengono più sufficienti le condizioni "minime" di integrità del consenso e di normalità della situazione di stipulazione.

<sup>107</sup> Sul punto, si veda anche A. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), 2018, 9. Anche R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, 2016, 832 s. afferma che, anche qualora una legge sovranazionale o nazionale abolisse il requisito della causa in Italia, nulla muterebbe nei contratti, in quanto verrebbero in soccorso altre figure, quale l'errore di diritto, la falsa presupposizione, la dichiarazione non idonea a creare affidamento e perciò non vincolante. Su questi temi, ancora G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, cit., 100 ss.

<sup>108</sup> Il significato storico del principio causale viene individuato da C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Giuffrè, 2019, 414 nel non voler ritenere vincolante la nuda promessa. Secondo E. NAVARRETTA, *Della causa*, cit., 590, un controllo preventivo sulla giustificazione causale, negli ordinamenti informati al principio consensualistico, troverebbe la sua ragione nel rischio dell'alienante di perdere in via immediata proprietà. La nullità per difetto di causa consentirebbe così di riappropriarsi del bene, mediante l'azione di rivendica. In R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, 2016, 585 si esprime la tesi secondo cui il requisito causale tutela il contraente contro rischio di scelte capricciose o imponderate, anche in quanto esse generano il sospetto che il consenso sia difettoso.

<sup>109</sup> R. ROLLI, *Causa*, cit., 163 ss. che si riferisce ad esempio, oltre alle disposizioni dei testi europei di *soft law*, anche alla disciplina in materia di usura; di trasparenza bancaria; di subfornitura.



conflitto di interessi, in cui ogni parte cerca di conseguire il risultato a sé più vantaggioso, anche a discapito dell'altra<sup>110</sup>. Secondo tale orientamento, il diritto europeo giustificerebbe un intervento giudiziale al solo fine di correggere le diseguaglianze sostanziali connesse a un'asimmetria di poteri<sup>111</sup>, non potendo il giudice ingerirsi sui patti conclusi da soggetti con pari forza, in quanto ne comprimerebbe l'autonomia<sup>112</sup>. La causa, infatti, è richiesta in tutti i contratti e non solo a fronte di un'asimmetria di poteri<sup>113</sup>.

La profezia sul rischio che la giurisprudenza si sarebbe potute avvalere della causa per rispondere alle istanze di giustizia contrattuale<sup>114</sup> si è dunque avverata. Anche in Italia, come in Francia, in assenza di uno specifico strumento previsto dal diritto positivo, sono stati i giudici a ricavarlo da quelli messi a loro disposizione. Le Sezioni Unite hanno affermato che «le norme non imprimono all'autonomia privata una specifica ed estraniante funzionalizzazione, bensì ne favoriscono l'esercizio, ma non già in conflitto con la dignità della persona e l'utilità sociale (artt. 2 e 41 Cost.), operando, dunque, in una prospettiva promozionale e di tutela», secondo una chiave di lettura di «risposta a una necessità di protezione».

Il problema pertanto, in Italia oggi come in Francia ieri, è ancora l'assenza di confini non specificamente delineati dell'intervento giudiziale sul contratto, che rischia di far scivolare l'interprete da una finalità di tutela delle parti a un controllo o a un'ingerenza basati su singolari canoni di giustizia, con una definizione eccessivamente discrezionale del perimetro di adeguatezza delle prestazioni.

Pertanto, ancora una volta, l'esperienza francese si rivela preziosa. Se, un giorno, anche in Italia si volesse eliminare la causa del contratto per porsi in linea con le tendenze europee, ciò non costituirebbe, probabilmente, un cambiamento così radicale: non si rivoluzionerebbero i meccanismi di scambio e le parti e i terzi sarebbero tutelati per mezzo di altri strumenti, che continuerebbero a sottendere il principio di causalità degli spostamenti patrimoniali<sup>115</sup>. Ciò che all'evidenza risulta più che necessario è l'introduzione di una specifica norma generale relativa al vaglio sull'equilibrio contrattuale, che determini l'ambito applicativo dell'intervento giudiziale, con specifici requisiti e un proprio apparato sanzionatorio. Un intervento legislativo sul modello dell'art. 1171 *code civ.* non sacrificerebbe la libertà contrattuale, ma, anzi, ne determinerebbe un arricchimento<sup>116</sup>, consentendo l'instaurazione di un rinnovato – o nuovo, in quanto mai davvero avvenuto – processo di contrattazione, rendendo così la libertà contrattuale concreta ed effettiva<sup>117</sup>. Ancora una volta, pertanto, si attende una risposta del Parlamento<sup>118</sup>: quando anche le regole del nostro diritto civile classico potranno tornare, dal torrente tumultuoso, al loro letto?

---

<sup>110</sup> E. NAVARRETTA, *Della causa*, cit., 611.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> E. NAVARRETTA, *Della causa*, cit., 612.

<sup>115</sup> A ben vedere, anche riferendosi al Progetto Gandolfi, G.B. Ferri rileva che «non sono, tuttavia, estranei, al sistema in esso delineato, i problemi e le tematiche che sono stati ad essi ricondotti dalla tradizione culturale (ed anche legislativa), che a tali elementi continua a fare riferimento» (G.B. FERRI, *Il Code Européen des Contrats*, in *Contr. impr. europa*, 2002, 37).

<sup>116</sup> H. BARBIER, *Le grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, in *RTDciv.*, 2016, 249.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

<sup>118</sup> Va segnalato che il d.d.l. n. 1151/2019, contenente la delega al governo per la revisione del Codice civile, dà atto che gli spazi riconosciuti all'intervento giudiziale sull'equilibrio contrattuale sono molto limitati, ma, in relazione a tale profilo, richiede all'art. 1, lett. i) di «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti», ragionando dunque solo in termini di rinegoziazione in seguito a uno squilibrio sopravvenuto e per cause non imputabili.



REMO TREZZA

Dottorando – Università degli Studi di Salerno

## MERITEVOLEZZA RECESSIVA (E PREVENTIVA) E DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO DEI BENI DIGITALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Verso un diritto civile algoritmico? – 2. L’“eredità digitale”: una categoria giurisprudenziale con varianti di natura codicistica. – 3. Regole successorie applicabili ai beni digitali e tutela della privacy postuma. Necessità di un’interpretazione sistematica: disposizioni anticipate, revocabilità del consenso, meritevolezza recessiva e preventiva. – 4. Conclusioni di raccordo e prospettive applicative di sistema.

1. – L’I.A. ha investito, con le sue innovazioni e le sue tecniche, tutti i settori del diritto. Per i fini che qui interessano, è d’uopo soffermarsi, seppur in maniera schematica, sul rapporto tra I.A. e diritto civile<sup>1</sup>, prendendo in esame, tra tantissime questioni, quelle che si reputano essere più interessanti, ovvero il caso degli *smart contracts*<sup>2</sup>, della determinazione algoritmica dell’oggetto del contratto<sup>3</sup>, della responsabilità civile da

---

<sup>1</sup> Sul punto, si consenta rinviare a R. TREZZA, *Artificial intelligence, civil law and ethics in Italy: a possible interaction*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, n. 9/2021, 12. Inoltre, non si può, sul punto, non rinviare a E. CATERINI, *L’intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020, specie 32, ove si legge che: “Il processo di soggettivazione dell’intelligenza artificiale, generato dalla capacità regolativa che è propria dell’autonomia dei privati, tanto nel perseguimento di interessi generali che particolari, unitamente alla connessione di essa con la dignità dell’uomo, avviano senza esitazioni gli autori algoritmici e gli attanti macchinici verso un processo di responsabilizzazione. Non è soltanto una responsabilità civile ma anche sociale che induce ad impedire che l’AI divenga causa di aggravamento delle differenze piuttosto che veicolo di eguaglianza. L’interprete di ogni angolo della galassia giuridica deve assumere una posizione coerente con la legge fondamentale della Repubblica e ogni ritrovato della scienza non deve sottrarsi al primato del diritto come strumento per la costruzione di una società giusta. La lenezza dell’interprete, brandita come inno alla libertà, spesso malcela la scelta ideologica di chi vuole far prevalere la giustizia della forza (economica o tecnica) piuttosto che la forza della giustizia. Le Costituzioni contengono delle “ideologie reali”, ideologie, perché portatrici della speranza di un progetto ideale, reali, perché munite della precettività della norma giuridica. Gli interpreti e applicatori devono avere la consapevolezza della responsabilità di non disattendere la speranza di un’ideologia imperativa. Anche l’umanità automatata deve assolvere alla funzione sociale di consentire e agevolare l’“accessibilità a tutti” di quelle applicazioni dell’intelligenza artificiale che garantiscono il “minimo vitale”. Altrimenti, se è possibile che il leone e il vitello giacciono insieme, è pur vero che il vitello dormirà poco”.

<sup>2</sup> Si faccia riferimento a D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, n. 2/2017, 378; S. COMELLINI, M. VASAPOLLO, *Blockchain, criptovalute, I.C.O. smart contracts*, Santarcangelo di Romagna, 2019; A. CONTALDO, F. CAMPORA, *Blockchain, criptovalute, smart contract, industria 4.0*, Pisa, 2019; G. GALLONE, *La pubblica amministrazione alla prova dell’automazione contrattuale. Note in tema di smart contracts*, in *Federalismi*, n. 20/2020, 142-170; A. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”. Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019; A. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”. Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019; T. PELLEGRINI, *Prestazioni autoesecutive. Smart contract e dintorni*, in *Comp. dir. civ.*, 3/2019, 843 ss.; A. DAVOLA, “Blockchain” e “Smart Contract as a Service” (SCaaS): prospettive di mercato a criticità normative delle prestazioni BaaS e SCaaS alla luce di un’incerta qualificazione giuridica,



algoritmo<sup>4</sup> e dell'eredità digitale<sup>5</sup>, oltre a quello già tanto discusso della “soggettività giuridica dei software<sup>6</sup>”, su cui, per ragioni di sistema, non ci si sofferma.

Relazione al Convegno “La grande innovazione e le sue regole: Intelligenza artificiale, Data analysis, Tecnologia blockchain”, Parma, 25 ottobre 2019, in *Dir. ind.*, n. 2/2020, 147-156; I. FERLITO, “Smart contract”. *Automazione contrattuale ed etica dell'algoritmo*, in *Comp. dir. civ.*, 2/2020, 661 ss.; F. BRUSCHI, *Le applicazioni delle nuove tecnologie: criptovalute, “blockchain” e “smart contract”*, Relazione al Convegno “La grande innovazione e le sue regole: Intelligenza artificiale, Data analysis, Tecnologia blockchain”, Parma, 25 ottobre 2019, in *Dir. ind.*, 2/2020, 162-164; C. PERNICE, *Distributed ledger technology, blockchain e smart contracts: prime regolazioni*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2020, 490 ss.; M. GIACCAGLIA, *Il contratto del futuro? Brevi riflessioni sullo smart contract e sulla perdurante vitalità delle categorie giuridiche attuali e della norme vigenti del Codice civile italiano*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2021, 113 ss. Ancora più di recente, si veda F. GAMBINO, *Blockchain, smart contract e diritto sradicato*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2021, 29 ss.; J. FORTUNA, *Smart contract e formazione del contratto: un'analisi comparatistica della nascita del vincolo giuridico*, in *Comp. dir. civ.*, 2/2021, 595 ss.; E. BIVONA, “Smart contracts” e “interferenze” con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi, in *Persona e Mercato*, 4/2021, 776-798; E. PERNICE, “Smart contract”: software o contratto? Tentativo di applicazione delle norme sulla teoria generale del contratto, in *Cyberspazio e Diritto*, 1/2022, 49-78; G. MARCHETTI, *Lineamenti evolutivi della potestatività condizionale: dal contratto allo “smart contract”*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2022, 96-133.

<sup>3</sup> Sul punto, si veda M. D'AMBROSIO, *Arbitraggio e determinazione algoritmica dell'oggetto*, Napoli, 2020.

<sup>4</sup> Oltre a riferirsi alle Risoluzioni del Parlamento europeo in tema di responsabilità civile e robotica (dal 2017 al 2022), si faccia riferimento, tra i tanti, anche a L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 4/2018, 713-739; S. TOMMASI, *L'Intelligenza Artificiale antropocentrica: limiti e opportunità*, in questa *Rivista*, 4/2020, 886; E. BURGIO, L. DE SIMONE, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile*, in *Media Laws*, 15 aprile 2021, consultabile online; M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 7/2019, 1686 ss.; G. CAPILLI, *Responsabilità e robot*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2019, 621 ss.; G. PROIETTI, *Responsabilità nell'Intelligenza Artificiale e nella Robotica*, Milano, 2020; I. MARTONE, *Algoritmi e diritto: appunti in tema di responsabilità civile*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2020, 128-153; M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, in *Contr. impr.*, 2/2020, 1174; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Intelligenze Artificiali e responsabilità civile*, in ID., M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, 507 ss.; A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1348; F. NADDEO, *Intelligenza artificiale: profili di responsabilità*, in *Comp. dir. civ.*, 3/2020, 1141; A. LEPORÉ, *I.A. e responsabilità civile. Robot, autoveicoli e obblighi di protezione*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2021, 190 ss.; C. IORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: spunti ricostruttivi*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2021, 51 ss.; U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, LXVI, 6/2020, specie 1276; U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020; G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020; U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, Torino, 2021; R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO, *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022. Ancora, si veda P. SERRAO D'AQUINO, *La responsabilità civile per l'uso di sistemi di intelligenza nella Risoluzione del Parlamento europeo 20 ottobre 2020: “Raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale”*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 1/2021, 248-262; A. CASTAGNEDI, *La grande corsa verso un modello di Intelligenza Artificiale affidabile: il Parlamento Europeo propone un nuovo regime di responsabilità civile*, in *Eurojus*, 2/2021, 114-125; C. LEANZA, *Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3/2021, 1011-1024; G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?*, in *Contr. e impr.*, 4/2021, 1003-1026; V. DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?*, in *Danno e resp.*, 1/2022, 51-63; C. GIORGINI, *Intelligenza artificiale e “Internet of Things”: privacy e responsabilità civile*, in *Cyberspazio e Diritto*, 1/2022, 3-30; A. AMIDEI, *La proposta di Regolamento UE per un Artificial Intelligence Act: prime riflessioni sulle ricadute in tema di responsabilità da Intelligenza Artificiale*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2022, 1 ss.

<sup>5</sup> Si faccia riferimento alla pronuncia del Tribunale di Milano del 9 febbraio 2021, in *Diritto di Internet*, 10 febbraio 2021, consultabile online. Sul punto, alcune riflessioni, sono state proposte da I. MARTONE, *Sulla trasmissione a causa di morte del “patrimonio digitale”*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2020, 420 ss.; R. BERTI, S. ZANETTI, *L'eredità digitale tra norma e tecnologia: come le big tech stanno risolvendo un problema giuridico con strumenti informatici*, in *Media Laws*, 29 luglio 2021, consultabile online, ove si legge, condivisibilmente, che: “La situazione attuale vede quindi un acceso conflitto fra la dimensione giuridica, ancorata ai concetti di contenuto economico, diritti morali degli eredi e riservatezza dei defunti, e dimensione tecnologica, che traduce la dimensione contrattuale in un rapporto ritagliato sul singolo utente, violato dalla condivisione delle credenziali salvo questa sia “incanalata” nelle procedure eventualmente messe a disposizione dal fornitore del servizio/dispositivo per trasmettere a terzi il servizio/dispositivo stesso. All'aumentare dell'importanza materiale e morale dei valori inseriti in queste piattaforme/servizi sorgono dei conflitti, gestiti in sede



La determinazione algoritmica degli interessi delle parti<sup>7</sup>, attraverso un coacervo di interessi telematici fatti percepire al *software*, fa sì che si possa parlare di “autonomia contrattuale elettronica”<sup>8</sup>, ove, a maggior ragione, gli interessi delle parti, così come già accade ai sensi dell’art. 1322 cod. civ.<sup>9</sup>, dovranno oltrepassare la scure del vaglio di meritevolezza<sup>10</sup>. Un simile contratto, però, potrebbe generare “ontologicamente” o “successivamente” uno squilibrio del sinallagma che si ripercuote sul rapporto contrattuale<sup>11</sup> e, di conseguenza, sul fascio di situazioni giuridiche (sia esistenziali sia patrimoniali) appartenenti alla persona-contrante<sup>12</sup>. Va evitata, quindi, un’“asimmetria” algoritmica<sup>13</sup> ed esperiti tutti i rimedi affinché que-

---

giudiziale solamente perché la tecnologia non ha, ad oggi, per interessi propri o disinteresse verso questo tema delicato, saputo fornire soluzioni adeguate al problema. Dal canto suo nemmeno il diritto è in grado di fornire soluzioni appaganti in quanto è di tutta evidenza che al giudice è richiesta una difficile valutazione di bilanciamento da effettuare caso per caso fra il diritto dei parenti ad accedere ai dati ed al patrimonio ereditario del defunto e il diritto alla riservatezza del defunto stesso, che verosimilmente avrebbe voluto escludere da questa condivisione almeno una parte dei contenuti dallo stesso privatamente condivisi in vita”; A. D’ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, Pisa, 2020. Di recente, sulla stessa lunghezza d’onda, anche il Tribunale di Roma, con ordinanza del 10 febbraio 2022, con la quale si è ordinato alla società Apple di prestare assistenza alla ricorrente per il recupero dei dati dell’*account*, anche mediante consegna delle credenziali di accesso, sulla base dell’art. 2 *terdecies* del d.lgs. n. 101/2018.

<sup>6</sup> Si rimanda, per un approfondimento, a G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*, in *Contratti e impresa*, 2022, II, 456 ss.; C. PERLINGIERI, *L’incidenza dell’utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, 1235 ss.; G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, 2019; E. MOROTTI, *Una soggettività a geometrie variabili per lo statuto giuridico dei robot*, in F. BILOTTA, F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, 2020; U. RUFFOLO, *Il problema della “personalità elettronica”*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 2/2020, 87, ove si pone in luce: “Dobbiamo, proattivamente, allora, porci già il problema del che fare, e come “trattare” la creazione – poco importa, ai nostri fini, quanto illecita – di entità “intelligenti”, e magari emotive e senzienti, di tipo diverso dal nostro. Da che momento – se si vuole, da quale grado di intelligenza – esse diventano insopprimibili e tutelabili, o comunque “disciplinabili”? È severamente vietata sia la clonazione sia la creazione di chimere (v. legge n. 40/2004, art. 13). Ma, qualora tali pratiche ricevessero – poco importa quanto illecita – attuazione, gli “esseri” così venuti al mondo sarebbero entità comunque “viventi” (qualsiasi cosa questo voglia dire). Come andrebbero trattati e classificati? Quale *status* e tutela (e libertà, e diritti) potrebbero/dovrebbero essere loro attribuiti? I “diritti umani”, se considerati come un universo esaustivo, sono ormai troppo antropocentrici?”.

<sup>7</sup> In merito, si rinvia a M. DE FELICE, *Decisione robotica negoziale. Nuovi “punti di presa” sul futuro*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, Bologna, 2019, 179 ss. Nello stesso volume, ancora, F. DE STEFANO, *Spunti di riflessione sulla decisione robotica negoziale*, 215 ss.; G. GITTI, *La decisione robotica negoziale*, 251 ss.

<sup>8</sup> Sul punto, si rinvia alla lettura di S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Contrattazione algoritmica. Problemi di profilazione e prospettive operazionali. L’esperienza “pilota” statunitense*, in *Federalismi*, 18/2019, specie 60, ove l’A. conclude in tal modo: “È possibile ed è consigliabile, però, offrire agli interpreti criteri ermeneutici dedotti dai principi generali e dalle esperienze straniere più avanzate che (a prescindere dal mutamento dei tempi e della tecnica), sono destinati a costituire il faro che illumina la buia foresta delle molteplici forme di negoziazione digitale. All’uopo, quest’ultima risulta certamente uno strumento utile, ma è necessario che venga presa in considerazione dal legislatore eurounitario oltre che da quello domestico, e che sia circondata da apposite tutele e accorgimenti. Tali cautele normative dovranno essere attentamente predisposte affinché il dominio negli algoritmi non si trasformi, in ultima analisi, nell’abuso da parte di soggetti tecnologicamente più avanzati e quindi dotati di competenze tali da tiranneggiare il *quavis de populo*, oggi più che mai esposto al rischio di sfruttamenti e raggiri sul piano consumeristico”.

<sup>9</sup> Sul punto, in merito alle dinamiche dell’autonomia negoziale, si rinvia a F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2008, 1 ss.; S. GIOVA, G. PERLINGIERI, L. TULLIO (a cura di), *Autonomia negoziale e successioni mortis causa*, Napoli, 2020; AA. VV., *L’autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016.

<sup>10</sup> Si consenta rinviare a R. TREZZA, *Il contratto nell’era del digitale e dell’intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell’economia*, 2/2021, 287-319.

<sup>11</sup> Si rinvia, anche in chiave comparatistica, a P. D’ELIA, *Digital relationships and private autonomy in the EU legal framework*, in *Comp. dir. civ.*, 2/2021, 629 ss. Inoltre, è meglio parlare di “rapporti negoziali”, laddove anche il negozio, qualora dovesse essere “trattato algoritmicamente”, dovrebbe avere le medesime cautele. Sul punto, E. PALMERINI, *Negozio e automazione: appunti per una mappa concettuale*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 291 ss.

<sup>12</sup> Sul punto, si rinvia a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 715 ss.

<sup>13</sup> Su tale concetto, si rinvia a S. ORLANDO, *Gli smart contracts come prodotti software*, in S. ORLANDO, G. CAPALDO (a cura di),





sta possa cessare<sup>14</sup>, così che il contratto possa davvero essere, alla luce delle umane vicissitudini, “intelligente<sup>15</sup>”.

Inoltre, anche l'intenzione “comune” delle parti andrà valutata in una dimensione “elettronica<sup>16</sup>”. L'interpretazione della legge in generale, e ancora del contratto, dovrà essere necessariamente conforme alle nuove regole algoritmiche<sup>17</sup>. Insomma, il diritto privato *tout court* inteso subisce una evoluzione continua, ma le

---

*Annuario 2021. Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, Roma, 2021, specie 252, ove l'A. differenzia l'asimmetria informativa da quella informatica: “L'asimmetria informatica, nel senso sopra delineato, è ben distinguibile dall'asimmetria informativa, perché mentre quest'ultima esprime la mancanza di conoscenza di informazioni rilevanti, secondo le circostanze, da parte di un contraente, a fronte della conoscenza delle medesime informazioni da parte di un altro contraente, l'asimmetria informatica, nel senso sopra inteso e riferito allo *smart contract*, esprime la mancanza di conoscenza da parte di un contraente del linguaggio nel quale un altro contraente pretenderebbe che fosse dichiarato il contenuto di un contratto, ossia il linguaggio in cui è espresso un programma per elaboratore. Per tale motivo, laddove anche il programma per elaboratore di uno *smart contract* venga reso accessibile in open source (ciò che anche negli ecosistemi *blockchain* dipende sempre da una precisa scelta del predisponente), non per questo solo potrà ritenersi che esso è stato reso conoscibile alla generalità dei potenziali contraenti secondo l'ordinaria diligenza, essendo viceversa ostativa a questa conclusione la carenza di intelligibilità (qui non coincidente con la conoscibilità) del medesimo programma, a ragione dell'ignoranza del linguaggio nel quale esso è espresso”.

<sup>14</sup> Sul punto, tra tutti, si rinvia a A. FEDERICO, *Equilibrio e contrattazione algoritmica*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2021, 483 ss. Un simile squilibrio, di per sé, si è verificato anche con l'evento pandemico. Sul punto, si rinvia a C. COSENTINO, *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, in *Comp. dir. civ.*, 1-20, consultabile online; A. S. M. ROSETI, *Il COVID-19 riaccende l'eterno conflitto tra il principio pacta sunt servanda e il principio rebus sic stantibus*, in *Il diritto del risparmio*, 1-20, consultabile online; N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in *Rivista di diritto bancario*, 4/2020, 652 ss.; C. PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, in *Persona e Mercato*, 5/2020, 77 ss.; T. SICA, *Sopravvenienze contrattuali da Covid-19 e rapporti concessori. Scelta del rimedio e profili regolatori*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2/2021, 507 ss.; F. PIRAINO, *Contratto ed emergenza sanitaria in Italia*, in *Revista de Direito da Cidade*, 3/2021, 1531 ss.; M. FRANZONI, *El Covid 19 y la ejecución del contrato*, in *Revista cubana de derecho*, 2/2021, 247 ss.; C. MARCHETTI, *Pacta sunt servanda ai tempi del Covid-19*, in R.E. CERECCHIA (a cura di), *Percorsi di diritto comparato*, Milano, 2021, 57 ss.; O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12/2020, 352-365; E. DAMIANI, *Le tutele civilistiche per i contratti iniqui stipulati a causa della diffusione del coronavirus*, in *Judicium*, 9 maggio 2020, consultabile online; V. DI CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, in *Osservatorio del diritto commerciale*, 3/2020, consultabile online; A. LESTINI, *La c.d. “clausola di irresolubilità”: tra sopravvenienze e rimedi contrattuali preventivi*, in *Ratio iuris*, 30 marzo 2021, consultabile online; A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12bis/2020, 236-249; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12bis/2020, 422-433; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi ai tempi del Covid-19*, in questa *Rivista*, 2/2020, 465 ss.; V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 28 aprile 2020, consultabile online; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Effetti del lockdown sui contratti di diritto privato. Un dialogo tra esperienze giuridiche*, in *Federalismi*, 3/2022, 1 ss.

<sup>15</sup> In tal senso, si veda V. BELLOMIA, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, in *Judicium*, 10 dicembre 2020, consultabile online, ove l'A. evidenzia che: “Emerge da questa breve panoramica che lo studio sulla compatibilità tra la *blockchain*, in particolare pubblica e *permissionless*, e la vigente *data protection law* è ampiamente e tuttora in corso, alla ricerca delle indispensabili soluzioni tecniche. Se queste ultime saranno trovate e si riveleranno efficaci e conformi alla legislazione vigente – la quale non è peraltro affatto escluso possa aggiornarsi nel prossimo futuro con espresso riferimento proprio a tali fenomeni ed alle irrisolte problematiche – il sistema potrà legittimamente e proficuamente trovare applicazione nell'ordinamento, anche da questo punto di vista”; A. M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2021, 1 ss.; G. CASTELLANI, *Smart contracts e profili di diritto civile*, in *Comp. dir. civ.*, 1-14 consultabile online; A. GALIANO, A. LEOGRANDE, S. F. MASSARI, A. MASSARO, *I processi automatici di decisione: profili critici sui modelli di analisi e impatti nella relazione con i diritti individuali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2/2019, 41 ss.; M. CRISAFULLI, *L'era degli Smart Contracts: potenzialità e limiti di uno strumento rivoluzionario*, in *Dir. merc. tecn.*, 3/2021, 1 ss.

<sup>16</sup> Ciò spiega il motivo per il quale anche l'interpretazione della norma in generale, e più specificamente l'interpretazione del contratto, siano costrette a subire una modifica. In tal senso, per un adeguamento interpretativo, si legga, E. DAMIANI, *Trasformazione digitale ed evoluzione dell'interpretazione giuridica*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2021, 13 ss.

<sup>17</sup> Sul punto, si rinvia a P. PERLINGIERI, *Struttura algoritmica e interpretazione*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2020, 484 ss. Di recente, si veda L. DI NELLA, “Smart Contract”, “Blockchain” e interpretazione dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 1/2022, 48-91.



regole civilistiche sembrano ben resistere<sup>18</sup>, specie per il fatto che il contratto debba realizzare (e, in questa dimensione, va letto e interpretato) sempre e comunque i diritti della persona<sup>19</sup>.

La determinazione algoritmica, invece, dell'oggetto del contratto è consentita per le stesse ragioni poc'anzi esposte. Tutto ciò che è mero procedimento potrebbe essere sostituito dalla macchina. Una valutazione standardizzata, ad esempio, potrebbe essere facilmente rimpiazzata da un *software*<sup>20</sup>.

**2.** – Tema interessante, che sta emergendo sempre con più forza, è quello relativo all'eredità digitale. Tutto ciò che una persona lascia disseminato in rete, sui *social networks*, sulle piattaforme *online*<sup>21</sup> o nel proprio

<sup>18</sup> In tal senso, si veda C. PERLINGIERI, *Diritto privato delle nuove tecnologie*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2021, 71, la quale pone in evidenza che: "(...) alla luce di queste considerazioni necessario è il tentativo di riflessione sull'attuale ruolo del civilista seriamente minacciato dal dominio tecnologico (...), ma la tempo stesso fortemente convinto di volere salvaguardare il diritto nel suo essere umano al fine di impedire la formazione di un diritto nuovo e diversamente declinato dall'applicazione delle procedure algoritmiche frutto del solo pensiero calcolante".

<sup>19</sup> Si veda, proprio in tal senso, L. VALLE, *Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona*, Torino, 2020, specie 7, ove l'A. ben mette in evidenza che: "Questa separazione tra diversi ambiti dell'ordinamento giuridico, del diritto contrattuale rispetto a quello dei diritti della persona, che si è associata alla distinzione tra la regolazione della sfera delle situazioni e dei rapporti giuridici patrimoniali rispetto quella delle situazioni e dei rapporti non patrimoniali, appare oggi non più attuale alla luce del concorso di più fattori". In completo accordo si trova la visione, sempre attuale, di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 715, ove si criticano i c.dd. "diritti della personalità". Questa è la logica per la quale si legge l'art. 2059 cod. civ. in ottica costituzionalmente orientata, come una clausola aperta, esattamente come l'art. 2 Cost.

<sup>20</sup> Si pensi all'adozione di un decreto ingiuntivo in ambito processuale civile, ove al giudice spetta solo la valutazione della sussistenza dei presupposti di legge ex art. 633 ss. c.p.c. Si pensi, ancora, sempre in ambito processuale, alla valutazione dei presupposti per la declaratoria di inammissibilità dei ricorsi (artt. 348-bis e 360-bis c.p.c.). In tal caso, con delle banche date di tracciamento, potrebbe essere semplice uno snellimento accelerato del processo, anche per perseguire ragioni di economicità e durata ragionevole del processo. In tal senso, infatti, ovvero nel rapporto tra processo e I.A., bisogna che sia raggiunto sempre il rispetto di tutti i valori contenuti nell'art. 111 Cost., tanto che si potrebbe parlare di un "giusto processo elettronico". Su tale aspetto, anche in un'ottica di abbattimento del contenzioso, si rinvia a A. CARLEO, *Sugli algoritmi nel contratto? per ridurre il contenzioso?*, in ID. (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 203 ss.

<sup>21</sup> A proposito delle piattaforme, altro tassello necessario è l'individuazione di un "responsabile" qualora i contenuti "presentati", "immessi" o "ospitati" sulle stesse cagionino dei danni patrimoniali o non patrimoniali alla persona umana. Nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, la responsabilità dell'*hosting provider*, prevista dall'art. 16, d.lgs. 9 aprile 2003, 70, sussiste in capo al prestatore di servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonché se abbia continuato a pubblicarli, pur quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde questi sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere. Sulla c.d. "responsabilità civile dell'*hosting provider*" (pur in mancanza di un obbligo generale di sorveglianza, gli *internet service provider* rispondono civilmente del contenuto dei servizi se, richiesti dall'autorità giudiziaria o amministrativa, non agiscono prontamente per impedire l'accesso al contenuto di tali servizi), si rinvia a C. D'URSO, *I profili informatici nella valutazione della responsabilità dell'Hosting Provider*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2021, 79 ss.; A. LA ROSA, *I profili di responsabilità di Amazon in quanto hosting attivo*, in *Diritto di internet*, 7 aprile 2021, consultabile online; R. COSIO, *La responsabilità del prestatore di servizi di hosting*, in questa *Rivista*, 4/2020, 887 ss.; G. D'ALFONSO, *Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo*, in *Federalismi*, 2/2020, 108 ss.; S. SICA, *Giurisprudenza nazionale ed europea e frammentazione legislativa della responsabilità civile del provider*, in *Comp. dir. civ.*, 2/2019, 353 ss.; M. D'AMBROSIO, *Tutela dei diritti della personalità nella rete: ruolo del provider nella fruizione dei servizi online e (a)territorialità dell'ingiunzione di rimozione dei contenuti illeciti*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2020, 582 ss.; M. FOTI, *Contraffazione online: il ruolo degli Internet Service Providers nell'uso illecito del marchio altrui*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2020, 604 ss.; M. BELLÌ, *Sui presupposti e sui limiti della tutela esperibile nei confronti dell'internet service provider (hosting e caching) la Cassazione tenta di fare chiarezza*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2020, 299 ss. Si veda, ancora, E. TOSI, *Responsabilità civile degli hosting provider e ini-*



*smartphone* o, ancora, nel proprio *i-cloud* (specie per il gestore americano Apple) e così via, dopo la sua morte, che tutela avrà?

Si pensi, ad esempio, anche al testamento olografo elettronico. In tal caso, si riuscirebbe a garantire il rispetto della data, della presenza (fisica o anche “da remoto” dei testimoni) e della sottoscrizione (in presenza o “da remoto”)? Collegando le norme del codice civile in tema di testamento olografo, con quelle relative al codice dell’amministrazione digitale e – se si vuole – con quelle relative al contenimento dell’epidemia da Covid-19, che sempre più stimolano ad una “digitalizzazione” precoce e repentina per far fluire i traffici commerciali ed economici, è auspicabile che una soluzione di sistema possa essere sicuramente approntata<sup>22</sup>.

---

*bitoria giudiziale dei contenuti digitali illeciti equivalenti tra assenza dell’obbligo di sorveglianza ex ante e ammissibilità ex post*, in *Il diritto degli affari*, 1/2020, 23-24, ove l’A. evidenzia che: “Non si tratta, infatti, di imporre giudizialmente un obbligo generale *ex ante* – vietato, come si è rilevato *supra*, dall’art. 17 del D.lgs. 70/2003 – quanto, invece, di un obbligo particolare – circostanziato – di prevenzione o rimozione di nuove violazioni, ormai prevedibili, relativamente allo stesso contenuto digitale illecito già in precedenza comunicato formalmente all’ISP o a contenuti digitali equivalenti che presentino minime differenze rispetto al contenuto oggetto di inibitoria, tali da non richiedere autonoma valutazione da parte del prestatore di servizi della società dell’informazione. Richiedere tale condotta attiva al prestatore di servizi successivamente all’individuazione di contenuti digitali illeciti da parte del titolare dei diritti di proprietà intellettuale e industriale – *rectius ex post* – al fine di prevenire la reiterazione della condotta illecita in relazione allo stesso contenuto digitale illecito – o a contenuti digitali equivalenti – pare senza dubbio compatibile, anche a mente del generale principio di bilanciamento dei diritti contrapposti, con la tutela costituzionale della libertà di impresa e più in generale del diritto comunitario”; M. TESCARO, *Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell’internet provider nel diritto italiano tra Direttiva 2000/31/CE, Regolamento UE 2016/679 e Direttiva UE 2019/790*, in questa *Rivista*, 1/2020, 106, ove, in chiave critica, fa osservare: “Se tutto ciò è esatto, possiamo concludere che il quadro normativo esaminato – che poteva senz’altro essere più chiaramente delineato dal legislatore europeo e da quello nazionale – è, in fin dei conti, ancora orientato a contemperare le varie posizioni tendenzialmente favorendo quella del provider, ciò che può giustificarsi in considerazione dei rilevanti interessi collettivi e individuali che con detta posizione d’ordinario coincidono, essendo del resto il «mercato [...] ancora oggi [...] il perno intorno al quale ruota gran parte del sistema normativo e delle politiche comunitarie». Ma abbiamo anche veduto come larga parte della giurisprudenza tenda e prevedibilmente continuerà a tendere in futuro a modificare il citato contemperamento in favore piuttosto dei titolari di quei diritti, per esempio ma non solo quello alla privacy, che possono entrare in conflitto con la posizione del provider”. Da ultimo, dal punto di vista giurisprudenziale, si rinvia a Cass. civ., sez. I, 13 dicembre 2021, n. 39763, in *E-lex*, 12 gennaio 2022, consultabile *online*, con nota di D. MALANDRINO, *La Cassazione torna a pronunciarsi sulla responsabilità delle piattaforme per contenuti di terzi*, la quale ha statuito che: “in tema di diritto d’autore, la violazione del diritto d’esclusiva che spetta al suo titolare costituisce danno *in re ipsa*, senza che incomba al danneggiato altra prova del lucro cessante che quella della sua estensione, a meno che l’autore della violazione fornisca la dimostrazione dell’insussistenza, nel caso concreto, di danni risarcibili, e tale pregiudizio è suscettibile di liquidazione in via forfettaria con il criterio del prezzo del consenso di cui alla L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, comma 2, terzo periodo, che costituisce la soglia minima di ristoro”.

<sup>22</sup> Si legge su *AdnKronos*, 26 ottobre 2021, consultabile *online*, che: “Arriva il primo testamento digitale e che viaggia sulla *blockchain*. A lanciare l’innovazione è la *startup* innovativa Lastello fondata nel 2016 con l’obiettivo di aiutare con la tecnologia le persone che devono affrontare un lutto e le sue implicazioni anche attraverso la tecnologia *blockchain* per garantire le ultime volontà. Da oggi la *startup* romana guidata da Gianluca Tursi annuncia la nascita direttamente dal proprio sito del primo testamento digitale che può essere registrato grazie alla tecnologia *blockchain*, una procedura guidata con *wizard* intelligente che aiuterà l’utente nel corso della compilazione attraverso semplici domande e che consente così di predisporre le proprie volontà in modo facile e sicuro; (...) il documento sarà validato dalla procedura informatica creata secondo le norme di compilazione e l’utente dovrà solo trascrivere di proprio pugno e firmare il testo per ottenere il proprio testamento olografo. Per garantire la data di compilazione dell’atto e le volontà in esso contenuto, e quindi renderlo a prova di contraffazione, con Lastello, sarà possibile caricare il testamento sulla *blockchain* di *Ethereum*. Ogni anno si compilano 80.000 di testamenti, circa il 13% della popolazione vuole assicurarsi che le proprie volontà siano rispettate, per un giro d’affari di 30 milioni di euro”. Ma la *blockchain* è affidabile per “consacrare” il testamento olografo? Secondo qualcuno, la risposta deve essere affermativa, in quanto le caratteristiche che rendono la *blockchain* così affidabile sono: decentralizzazione: le informazioni sono registrate tra più nodi del sistema; tracciabilità: ogni elemento del registro è rintracciabile; assenza di intermediari: non vi sono enti centrali, ogni operazione viene effettuata e registrata attraverso i nodi; trasparenza: il contenuto del registro è visibile e consultabile da chiunque; immutabilità: una volta che i dati vengono registrati, non possono essere più modificati senza il consenso della rete. Cfr., sul punto, A. DE LUCIA, *Testamento digitale: finalmente è possibile*, in *www.altalex.it*, 16 dicembre 2021, consultabile *online*.



Assai dibattuto, poi, è il tema, oltre al potenziamento umano<sup>23</sup>, che desta moltissime perplessità<sup>24</sup>, della necro-algoritmica, fenomeno per il quale si fa “risuscitare” virtualmente una persona deceduta per il bene di un caro ancora in vita<sup>25</sup>.

In merito alla questione del potenziamento umano<sup>26</sup>, ove l’I.A. viene utilizzata per la preparazione dei soldati (specie in America) affinché questi possano affrontare al meglio la guerra e qualsiasi altro tipo di battaglia per sconfiggere definitivamente e con tutti i mezzi possibili (si veda, per esempio, i droni-bomba<sup>27</sup> o le tecnologie innescanti guerre cibernetiche<sup>28</sup>) il nemico, viene da chiedersi se il limite della dignità umana<sup>29</sup> venga, in tal caso, rispettato<sup>30</sup>.

<sup>23</sup> Sul punto, si rinvia a S. AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020, 120. Inoltre, si rinvia allo scritto interessante di P. PERLINGIERI, *Note sul “potenziamento cognitivo”*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2021, 209 ss.

<sup>24</sup> Sull’uomo c.d. “aumentato”, si veda S. CUCCHETTI, *Homo creativus. Nuove sfide per la bioetica*, in *Il Regno – Attualità*, 16/2019, 477, ove si evidenzia che: “Le questioni delle tecniche d’intelligenza artificiale, d’integrazione uomo-macchina, di gestione dei dati e di potenziamento umano richiedono una verifica attenta e un discernimento serio sulle strutture di *governance* che le guidano e le regolano. Il pericolo più grande che si possa realizzare è una gestione che non conosca il potenziale di queste tecniche e il loro funzionamento, mentre la questione etica si traduce in un discernimento sulle strutture socio-economiche e sulla idea d’innovazione e progresso che le nutre”; A. DI CORINTO, *Siamo pronti a vivere nell’età dell’essere umano “aumentato”? Il potenziamento del corpo umano è ormai una realtà tecnologica. Ora la sfida è mettere al sicuro i dati e prevenire gli attacchi informatici*, in *www.wired.it*, 24 marzo 2021, consultabile *online*, ove si legge che: “Le riflessioni relative al potenziamento biologico ripercorrono almeno 30 anni di dibattito, dalle *cyberstrategie* protesiche di Stelarc al ruolo delle tecnologie dell’intelligenza di Pierre Lévy e al successo del Partito Transumanista di Istvan Zoltan che, immaginando un futuro di esseri potenziati dalla tecnologia, predica il potenziamento umano per sconfiggere morte e malattie. Un futuro che è già presente. Così tanto presente da porci serie domande su come evolverà il nostro già stretto rapporto con la tecnologia. A cominciare dal fatto che ogni dispositivo artificiale può essere hackerato. Includo le protesi che sono connesse in rete e la cui sicurezza è fondamentale. Come ha detto Modesta, che sente “di aver bisogno di una sorta di maggiore sicurezza, per il rapporto intimo che tutti abbiamo con la tecnologia”, e che “ci obbliga”, secondo David Jacoby di Kaspersky, a farlo prima di immettere nuove tecnologie sul mercato: “Se non ci pensiamo oggi dovremo pensarci domani”, visto che nel futuro prossimo queste tecnologie saranno economiche e disponibili a tutti”; M. SARTORI, *Potenziamento umano e vulnerabilità: la lezione di Coeckelbergh*, in *www.colloquidibioetica.com*, 21 marzo 2021, consultabile *online*, il quale propone una “regolamentazione giuridica del fenomeno”. In chiave completamente critica rispetto al fenomeno, si rinvia a E. PERUCCHIETTI, *Cyberuomo. Dall’intelligenza artificiale all’ibrido uomo-macchina. L’alba del transumanesimo e il tramonto dell’umanità*, Geraci Siculo, 2020.

<sup>25</sup> Si veda, nel rapporto corpo e nuove tecnologie, C. MACCAFERRI, *Il corpo nell’era digitale: dal simulacro alla performance capture*, tesi di dottorato discussa presso l’Università del Sacro cuore di Milano nell’anno accademico 2011-2012, consultabile *online*.

<sup>26</sup> Cfr. S. AMATO, *Neuroscienze e utilizzazione militare delle tecniche di potenziamento umano*, in *Ethics & Politics*, 2/2014, 182-198.

<sup>27</sup> Su tale aspetto, è intervenuta la Risoluzione del Parlamento europea del 21 gennaio 2021, proprio sui temi del diritto internazionale militare e le implicazioni sull’utilizzo delle nuove tecnologie in guerra. Sul punto, A. AZZARITI, *Attacchi con i droni: profili di diritto internazionale*, in *Cyber Laws*, 19 novembre 2018, consultabile *online*. Inoltre, si veda il Rapporto di ricerca dell’Istituto di Ricerche Internazionali Archivio Disarmo – IRIAD, Roma, aprile 2017, consultabile *online*, dal titolo “*Droni militari: proliferazione o controllo?*”.

<sup>28</sup> Cfr., sul punto, L. MARTINO, *La quinta dimensione della conflittualità. La rilevanza strategica del cyberspace e i rischi di guerra cibernetica*, in *Center for Cyber Security and International Relations Studies*, consultabile *online*, 1-60.

<sup>29</sup> Cfr., sul punto, G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, 1/2012, 75 ss.; C. PICCOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013, specie 246, ove si evidenzia che: “Se la dignità come nucleo fondante gli ordinamenti costituzionali è un dato acquisito del secondo dopoguerra, la dignità nel suo rapporto con la libertà degli individui rappresenta invece una delle sfide contemporanee, fornendo però una chiave di lettura importante per comprendere il panorama giuridico attuale, rappresentando sia acquisizione sia programma, ma sicuramente ponendosi come risorsa cruciale”; G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, 4/2014, specie 31, ove si mette in luce che: “Infatti, tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione – osserva la Corte – sono in rapporto di integrazione reciproca fra di loro. Nessuno di essi può avere la prevalenza assoluta sugli altri; nessuno di essi può espandersi illimitatamente e divenire “tiranno” nei confronti dell’insieme delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente protette, che è espressione della dignità della persona”; N. GUASCONI, *La dignità umana come fondamento e limite del sistema delle libertà*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2/2015, 83-100; F. VIOLA, *Dignità umana, diritti e legge naturale*, in *Prudentia Iuris*, 83/2017, 31 ss.; L. LEO, *Dignità e costituzione: storia di un diritto controverso*, in *Cammino Diritto*, 8/2020, 1-25; F. MASTROMARTINO, *Due concetti di dignità per due concetti di autonomia?*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 1/2021, 239 ss.

<sup>30</sup> Questione centrale dibattuta anche da S. AMATO, *Biodiritto 4.0.*, cit., 167 ss.





Si conduca, poi, un'indagine sulla responsabilità – anche sul profilo internazionale<sup>31</sup> – derivante dai danni (anche da morte ingiusta<sup>32</sup>) provocati dai droni militari<sup>33</sup> guidati da un essere umano al fine di “localizzare” velocemente il nemico e “annientarlo”.

In merito alla seconda questione, invece, bisogna dire che tecniche, come quelle messe a punto da Neuralink<sup>34</sup>, o anche le *chatbot* risuscitative<sup>35</sup> di morti creino dei problemi, oltre che sul piano strettamente etico, anche sul piano giuridico.

Anche qui, è bene ribadire che qualsiasi “nuova creazione artificiale” debba sempre passare attraverso il vaglio di meritevolezza etica e giuridica.

Neuralink, per esempio, potrebbe, tra i vantaggi percepibili, essere in grado, attraverso il collegamento diretto “strumento informatico-cervello umano”, di ridonare le capacità fisiche e riabilitative ad un atleta paraplegico<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Cfr., in tema, L. PARONA, *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'intelligenza artificiale tra principi etici, soft law e self-regulation*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2020, consultabile online; A. CONFALONIERI, *L'AI deve apprendere i valori dell'UE e il rispetto dei diritti umani*, in [www.unionedirittumani.it](http://www.unionedirittumani.it), 31 marzo 2021, consultabile online; R. SAMPERI, *Brevi riflessioni in merito al possibile impatto dell'Intelligenza Artificiale sui diritti umani*, in *Cammino Diritto*, 7/2021, consultabile online.

<sup>32</sup> Sul punto, la Redazione della *Rivista Opinio Iuris* ha pubblicato un Report, il 1° settembre 2021, dal titolo “*I droni che uccidono*”, consultabile online, ove si legge che: “Non è da dimenticare, comunque, che molti giuristi sostengono che l'attuale quadro normativo del diritto internazionale sia già sufficiente a regolamentare efficacemente l'uso dei droni armati senza ulteriore codificazione. Ciò può essere vero, ma di fronte alla centralità che i droni stanno assumendo nei conflitti armati contemporanei la necessità di norme giuridiche chiare ed efficaci che disciplinino la condotta dei droni armati dovrebbe essere una priorità per la comunità internazionale”.

<sup>33</sup> Cfr., sul punto, soprattutto alla luce del clima di guerra che si respira nel continente europeo all'indomani dell'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, F. RUSCHI, *Il volo del drone. Verso una guerra post-umana? Una riflessione di filosofia del diritto internazionale*, in *Jura Gentium*, 1/2016, 12 ss.; P. RIVELLO, *Gli aspetti giuridici connessi all'uso dei droni*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 31 maggio 2018, consultabile online, il quale osserva che: “Bisogna, semplicemente, in aderenza alle indicazioni offerte dal *Working Group* art. 29, essere particolarmente attenti agli effetti potenzialmente invasivi ricollegabili al loro uso, in quanto sottratti alla percezione dei singoli eventualmente sottoposti ad operazioni di sorveglianza “dall'alto”. Non a caso il Gruppo dei Garanti costituenti il *Working Group* ha raccomandato ai costruttori di droni l'adozione di misure di *privacy by default* e l'adozione di misure volte a rendere quanto più possibili visibili ed identificabili i droni utilizzati a fini commerciali. Valgono, per il resto, i criteri generali in tema di captazioni di immagini, volte a vietare le riprese all'interno di luoghi di privata dimora ed al contempo a consentire le riprese in luoghi pubblici, giacché in tal caso le persone inquadrature nelle riprese possono essere considerate parte integrante del paesaggio ripreso, in quanto “necessariamente” consapevoli della loro esposizione”; C. MELONI, *Droni armati in Italia e in Europa: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 1-48; N. COLACINO, *Impiego di droni armati nella lotta al terrorismo e accesso alla giustizia da parte delle vittime*, in *Rivista di diritto dei media*, 2/2018, 1 ss.; L. DAMIANO, F. SONGINI, *Se l'intelligenza artificiale uccide, senza controllo umano: ecco i punti chiave del dibattito*, in *Agenda digitale*, 10 giugno 2021, consultabile online. Sull'utilizzo dei droni “ordinari” e la loro implicazione sul diritto alla *privacy*, si rinvia a E. DAMIANI, *L'utilizzo dei droni e le inerenti ricadute sul diritto della privacy e della responsabilità civile*, in *Dir. merc. tecn.*, 5/2021, specie 53, ove l'A. conclude in tali termini: “nel contesto normativo attuale, risulta sempre più diffusa la creazione e la diffusione di “regole tecniche” che delineano in maniera chiara le caratteristiche strutturali e gli *standards* di sicurezza dei mezzi aerei a pilotaggio remoto. La giuridificazione di questi parametri tecnici – da realizzare previo richiamo degli stessi attraverso le fonti di normazione primaria – può risultare di grande utilità al fine di garantire l'efficace funzionamento del mercato ed una sana competizione tra gli operatori del settore nell'Unione europea”; ID., *Privacy e utilizzo dei droni in ambito civile*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1/2021, 158 ss.

<sup>34</sup> Neuralink Corporation è una azienda statunitense di neuro-tecnologie, fondata da un gruppo di imprenditori, tra cui Elon Musk, che si occupa di sviluppare interfacce neurali impiantabili. La sede dell'azienda è a San Francisco; è stata avviata nel 2016 e fu riportata pubblicamente per la prima volta a marzo 2017. Il marchio “Neuralink” è stato acquistato dai precedenti proprietari a gennaio 2017.

<sup>35</sup> Voci internazionali fanno sapere che addirittura alcuni ricercatori americani sarebbero alla ricerca di cellule staminali capaci di far ripartire il cervello, dopo la morte, da zero e progredire dallo stadio di sviluppo zero a quello ultimo del ciclo naturale. Questo, ad esempio, sarebbe un chiaro esempio di “disumanizzazione” dell'uomo.





I *robot* tridimensionali che ricreano la fisionomia virtuale del defunto potrebbero, invece, avere il vantaggio di curare l'assenza fisica di una persona cara che ha provocato delle condizioni degenerative a livello psichico nella persona che resta in vita. Il limite all'utilizzo di quest'ultima invenzione deve essere scandito dal tempo di rielaborazione del lutto, attraverso una vera e propria "terapia accettazione" che porta al percorso psicologico di accettazione dell'evento-morte e al riacquisto della serenità psicologica della persona umana ancora in vita<sup>37</sup>. Solo in tale dimensione, anche le *chatbot*, ovvero i ripetitori verbali di conversazioni con la voce dei defunti, potranno essere utilizzate.

Vi dovrà sempre essere un vaglio meritevole e una finalità altrettanto meritevole che vada nel senso della *best human protection*<sup>38</sup>. Anche in tal caso, dunque, la necro-robotica dovrà essere sempre più necro-etica<sup>39</sup>.

Da ultimo, oltre al noto caso del "simulacro digitale" (c.d. necro-robotica<sup>40</sup>), appena esaminato, si faccia riferimento, per la questione strettamente inerente all'eredità digitale, alla pronuncia del Tribunale di Milano del 9 febbraio 2021<sup>41</sup>, con la quale è stato ordinato ad "Apple" di consegnare a due genitori foto e video del figlio morto<sup>42</sup>.

Nella vicenda esaminata dal Tribunale, i genitori di un giovane chef deceduto in un incidente stradale si sono rivolti ad Apple per recuperare i dati archiviati, tramite *i-cloud*, nel telefono del figlio: il dispositivo era rimasto distrutto nel sinistro e non era stato, dunque, possibile recuperarne le credenziali. Il giovane aveva

<sup>36</sup> È recente, infatti, la notizia che degli elettrodi impiantati nel midollo spinale possano far ritornare la dinamica fisica alle persone. Si veda, in tal senso, *Tre pazienti paralizzati tornano a camminare grazie a elettrodi impiantati nel midollo spinale*, su *Focus*, consultabile *online*.

<sup>37</sup> Sul binomio I.A.-psicologia, si veda R. CUBELLI, *Psicologia e intelligenza artificiale tra ampliamento della conoscenza e innovazione tecnologica*, in *Giornale italiano di psicologia*, 1/2018, 105 ss.; M. LAZZERI, *Intelligenza artificiale e psicologia, un binomio possibile: il punto sulle ricerche*, in *Agenda digitale*, 20 ottobre 2021, consultabile *online*; E. GALLETTI, *Intelligenza artificiale e benessere psicologico: l'idea di IDEGO presentata all'European Conference on Digital Psychology*, in *State of Mind – Il giornale delle scienze psicologiche*, 12 marzo 2021, consultabile *online*; C. GALANTE, *L'AI incontra la Psicologia: l'Intelligenza Artificiale Emotiva*, in *www.psicologinews.it*, 11 gennaio 2022, consultabile *online*. Il robot risuscitativo, dunque, potrebbe avere gli stessi effetti di uno psicologo, ma quest'ultimo – come figura umana – non potrà essere soppiantato totalmente, ma va considerato come strumento ausiliario finalizzato al raggiungimento di un benessere psicologico della persona umana che ha subito un trauma. Cfr., in chiave provocatoria, R. AVICO, *Un robot come psicologo? Intelligenza artificiale e chatbot, facciamo il punto*, in *www.psiche.it*, 4 luglio 2019, consultabile *online*, ove si legge, così come già detto dallo scrivente, che: "Esistono diversi studi che hanno valutato l'efficacia di un percorso di psicoterapia fatto tramite *Bot*. Allo stato attuale, la sensazione (perché di questo si tratta) che non si abbia a che fare con un individuo, e mancando quindi in pieno l'aspetto relazionale e affettivo, rende lo strumento utile, ma non del tutto efficace o risolutivo se si ragiona in termini di trattamento o cura di un determinato disturbo. Lo psicoterapeuta virtuale, per lo stato attuale delle cose, non riesce a sostituire un terapeuta umano formato, ponendosi più realisticamente come supporto integrativo in grado di assolvere a funzioni minori (come il triage iniziale di un paziente, il fornire reperibilità costante, avere un costo nullo, l'indirizzamento su una pagina internet a un giusto recapito), nell'ambito dell'erogazione di servizi di supporto alla salute mentale".

<sup>38</sup> In tal senso, come già detto, si rinvia nuovamente a R. TREZZA, *I diritti della persona tra "tecniche" e "intelligenze" artificiali*, cit., 27.

<sup>39</sup> In tali termini, S. AMATO, *Biodiritto 4.0.*, cit., 172-179, ove si mette in collegamento la necro-etica con la bioetica.

<sup>40</sup> Si consenta rinviare, sul punto, a R. TREZZA, *Necro-robotica e circolazione dei dati personali post mortem*, in *European Journal of Privacy Law and Technologies*, 1/2022, 1-18. Si veda, ancora, A. FUCILLO, *La vita eterna digitale "digital afterlife" tra diritto civile e ordinamenti religiosi*, in *Calumet*, 12/2021, 100-122.

<sup>41</sup> Si veda A. D'ARMINIO MONFORTE, *La prima decisione italiana in tema di "eredità digitale": quale tutela "post mortem" dei dati personali? [Nota a ordinanza: Tribunale di Milano, sez. I, 10 febbraio 2021]*, in *il Corriere giuridico*, 5/2021, 661-670. Inoltre, per ulteriori opinioni, si rinvia a G. CASSANO, *Eredità digitale: Apple deve consegnare ai genitori foto e video del figlio morto [Tribunale di Milano 9 febbraio 2021]*, in *Diritto di internet*, 10 febbraio 2021, consultabile *online*; L. GIACOPUZZI, *L'eredità digitale: riflessioni a valle del provvedimento del Tribunale di Milano del 10 febbraio 2021*, *Leading Case in Italia*, in *www.ntplusdiritto.ilsol24ore.com*, 19 febbraio 2021, consultabile *online*.

<sup>42</sup> A tal proposito, su di una c.d. "funzionalizzazione" del diritto alla riservatezza, si rinvia alla riflessione di T.M. UBERTAZZI, *Functional evolution of the right to privacy*, in *Comp. dir. civ.*, 3/2021, 857 ss.



archiviato video, fotografie e appunti sulle ricette sperimentate e i suoi genitori intendevano recuperare quel materiale sia “in modo da potere cercare di colmare – almeno in parte – quel senso di vuoto e l’immenso dolore che si accompagna alla prematura perdita di un proprio caro” sia perché “avevano interesse a recuperare le ricette allo scopo di realizzare un progetto dedicato alla sua memoria” (ad esempio, un libro di ricette).

La coppia di coniugi, non avendo ricevuto le credenziali da parte del gestore, si è quindi rivolta al Tribunale di Milano chiedendo in via cautelare e d’urgenza (*ex art. 700 c.p.c.*<sup>43</sup>) che venisse ordinato ad Apple Italia (quale società appartenente al gruppo Apple) di fornire loro assistenza nel recupero dei dati personali degli *account* del figlio<sup>44</sup>.

A tal punto, il Tribunale ha accolto la domanda dei ricorrenti ritenendo, innanzitutto, sussistente l’urgenza tipica della tutela cautelare invocata e costituita, nel caso di specie, dal rischio di cancellazione dei dati in *cloud* dopo un certo lasso di tempo, come espressamente previsto da Apple<sup>45</sup>. Quanto al diritto dei genitori di accedere ai dati personali del figlio defunto, il Tribunale ha ricordato che il GDPR<sup>46</sup> non si applica sì ai dati delle persone defunte<sup>47</sup>, seppur l’identità digitale “sopravvive” alla persona<sup>48</sup>, ma il nostro ordinamento giuridico, inteso in senso sistematico, *ex adverso*, ha comunque previsto, con il d.lgs. n. 101/2018, una nuova norma nel Codice della *privacy* (l’art. 2 *terdecies*) dedicata all’accesso e alla tutela *post mortem* dei dati personali, prevedendo che i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del GDPR<sup>49</sup> (relativi all’accesso, alla rettifica, all’integrazione, all’oblio e alla portabilità), riferiti ai dati personali concernenti persone decedute, possono essere esercitati “da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell’interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione”. La norma, dunque, introduce un duplice limite alla possibilità di esercizio *post mortem* dei diritti dell’interessato, escludendolo “nei casi previsti dalla legge” (deroga legale) e qualora “sia stato l’interessato a vietarne l’esercizio con una dichiarazione scritta presentata o comunicata al titolare del trattamento” (deroga volontaria).

In mancanza di un divieto espresso dell’interessato, dunque, il Tribunale ha ritenuto sussistenti le “ragioni familiari meritevoli di protezione” richieste dall’art. 2-*terdecies* sia in ragione del “legame esistente tra geni-

<sup>43</sup> Sulla possibilità di adoperare la tutela *ex art. 700 c.p.c.*, specie in relazione alla protezione dei diritti della persona, oltre a rinviare a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 713 ss., si rinvia anche a A. FACHECHI, *È ammissibile il ricorso alla misura cautelare atipica ex art. 700 c.p.c. per le ipotesi di violazione del Codice della “Privacy”?*, in *Il Foro napoletano*, 3/2014, 946-948; G. BASILICO, *Imminenza del pregiudizio e funzione preventiva della tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.*, in *Il giusto processo civile*, 1/2016, 61-76; P. SAMMARCO, *Stampa “on-line”: compatibilità dello strumento cautelare di cui all’art. 700 c.p.c. per la rimozione di articoli diffamatori e brevi annotazioni sui profili risarcitori*, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2/2015, 336-344; C. PETTA, *La tutela del diritto abitativo del minore in mancanza del provvedimento provvisorio di assegnazione della casa familiare*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2018, 145-172; R. FORCINITI, *Tutela cautelare e d’urgenza e diffusione di immagini di soggetti minori sui “social networks”*, in *Fam. e dir.*, 6/2019, 594-600; A. MORACE PINELLI, *In tema di applicabilità dei provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. nel procedimento di procreazione medicalmente assistita*, in *Foro it.*, 4/2021, 1460-1466.

<sup>44</sup> Sul punto, si rinvia, tra tanti, a V. NATALE, *Il diritto di accesso ai dati personali contenuti nello smartphone di una persona deceduta e conservati in cloud*, in *MediaLaws*, 2/2021, 266-277.

<sup>45</sup> Si rinvia a M. TAMPIERI, *Il patrimonio digitale oltre la vita: quale destino?*, in *Contr. e impr.*, 2/2021, 543-573.

<sup>46</sup> Sul punto, per una ricostruzione, si rinvia a N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019; G. CASSANO, V. COLAROCO, G.B. GALLUS, F. MICOZZI, *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2022.

<sup>47</sup> Sul punto, si veda ancora R.E. DE ROSA, *Trasmisibilità “mortis causa” del “patrimonio digitale”*, in *Notariato*, 5/2021, 495-510; A. MAGNANI, *Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria*, in *Vita notarile*, 3/2019, 1281-1308.

<sup>48</sup> Si veda G. GAROFALO, *Identità digitale e diritto all’oblio: questioni aperte all’indomani dell’approvazione del GDPR*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 3/2021, 1505-1518; A. ORTALDA, S. LEUCCI, *Identità digitale e protezione dei dati personali: punti di incontro e rischi nelle discipline eIDAS e RGPD*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2022, 145-155.

<sup>49</sup> Sul GDPR e i diritti da esso regolati, si rinvia, tra tanti, a L. CALIFANO, *I diritti e le garanzie degli interessati nel Regolamento Europeo 2016/679*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 10/2022, 1 ss.



tori e figli” sia della volontà espressa dai ricorrenti “di recuperare parte delle immagini relative all’ultimo periodo di vita” del giovane figlio sia “di realizzare un progetto che, anche attraverso la raccolta delle sue ricette, possa tenerne viva la memoria<sup>50</sup>”.

Sulla stessa lunghezza d’onda, anche il Tribunale di Bologna, nel novembre 2021<sup>51</sup>, e il Tribunale di Roma, nel febbraio 2022<sup>52</sup>, si sono espressi sul diritto di accesso all’*i-cloud* di un soggetto deceduto e, in

<sup>50</sup> Si rinvia a R. MARSEGLIA, *L’eredità digitale ed il diritto d’accesso ai ricordi del figlio: quando l’amore genitoriale vince sui sovrani del “Web”*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2/2021, 425-459.

<sup>51</sup> Si rinvia, sul punto, a V. CIANCIOLO, *Successione dei dati digitali agli eredi del de cuius* – Tribunale di Bologna, ord. 25 novembre 2021, in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 17 gennaio 2022, consultabile *online*, la quale pone in luce come il Tribunale abbia affermato che: «Posto che il Considerando 27 del Reg. 2016/679 dispone che: “Il presente regolamento non si applica ai dati personali delle persone decedute e che l’art. 2-terdecies del D. Lgs. 10 agosto 2018, 101 prevede che: “i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell’interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione”, è ammissibile la domanda cautelare volta ad ottenere un ordine alla Apple Italia S.r.l. di fornire assistenza ai ricorrenti nel recupero dei dati personali dagli *account* del figlio deceduto, atteso che la stessa è volta ad ottenere un provvedimento idoneo a garantire la conservazione dell’utilità pratica che la decisione nel merito attribuirà alla parte».

<sup>52</sup> Sul punto, per delle riflessioni “a caldo”, si rinvia a S. BONAVITA, *Morte (ed eredità) digitale: l’ingiunzione del Tribunale di Roma alla Apple Inc.*, in *www.altalex.it*, 23 febbraio 2022, consultabile *online*, ove si legge, in maniera del tutto condivisibile, che: «Come emergerebbe dal provvedimento in esame, oltre che da quello citato giudicato dal tribunale meneghino, l’art. 2 *terdecies* del d.lgs. 101/2018 parrebbe essersi affermato pienamente quale strumento di tutela volto all’esercizio di tutti quei diritti generalmente accordati agli interessati in vita da parte di soggetti terzi – purché debitamente legittimati ai sensi di tale disposizione. Pur non risultando ancora precisato, a livello legislativo, il margine applicativo della norma citata (circa i potenziali limiti applicativi soggettivi ed oggettivi, si veda S. BONAVITA, STRINGHI, *La “morte digitale”. Il caso di iCloud e dell’accesso ai dati del de cuius*, in *Diritto di Internet*, 2/2021, 267-274), nonché se la trasmissione di tali diritti del *de cuius* costituisca un acquisto *mortis causa* ovvero una legittimazione *iure proprio* – come sembrerebbe considerare, in un *incidenter tantum*, proprio il Tribunale romano –, l’art. 2 *terdecies*, avendo introdotto una “persistenza” dei diritti dell’interessato al di là della vita della persona fisica (come puntualizzato da autorevole dottrina, cfr. G. RESTA, *La “morte” digitale*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2014, XXX, 6, 891 ss.), assume un rilievo preminente in termini dei rimedi giudiziari a disposizione dei soggetti legittimati. Secondo quanto stabilito nella pronuncia esaminata, questi ultimi sarebbero persino titolari di un “diritto al ricordo” del congiunto defunto. In attesa dei futuri sviluppi giurisprudenziali interni sul punto, bisognerà considerare anche come le procedure di *data governance* interne ad Apple – come ad altri *service provider* – riusciranno – o meno – a rispettare la volontà dell’utente rispetto alla trasmissione della propria eredità digitale, in quello che parrebbe ormai essersi declinato *ex* articolo 2 *terdecies* come un vero e proprio diritto all’autodeterminazione informativa postuma». Si veda, ancora, sul punto, G. CASSANO, *La “morte digitale” e il diritto ai ricordi dei congiunti. Il servizio Icloud alla prova della normativa italiana [Tribunale di Roma, ord. 10.2.2022]*, in *Diritto di internet*, 16 febbraio 2022, consultabile *online*, il quale, avvalorando la tesi che si sta cercando di portare avanti con questo scritto, ovvero quella della disponibilità “ora per allora” dei propri dati personali, afferma che: «Esiste il diritto all’autodeterminazione del soggetto *post mortem*, in particolare la “persistenza” dei diritti di contenuto digitale oltre la vita della persona fisica (diritti che prevedono il diritto di accesso – art. 15 Reg. UE 2016/679), di rettifica e cancellazione (art. 16 e 17), di limitazione di trattamento (art. 18), di opposizione (art. 21), di portabilità dei dati (art. 20); potendo il soggetto scegliere se lasciare agli eredi ed ai superstiti legittimati la facoltà di accedere ai propri dati personali (ed esercitare tutti o parte dei diritti connessi) oppure di sottrarre all’accesso dei terzi tali informazioni»; L. GRECO, *Eredità digitale: quale sorte per i dati personali del de cuius?*, in *www.ntplusdiritto.ilsol24ore.com*, 8 marzo 2022, consultabile *online*, per la quale: «La tutela *post-mortem* dei dati personali, sebbene attraverso percorsi differenti, inizia ad ottenere sempre più riconoscimento tra le corti europee. In Italia la giurisprudenza sembra far buon uso dello strumento accordato dal legislatore nell’ambito del Codice in materia di protezione dei dati personali. Manca un quadro normativo generale volto a regolare la trasmissione dei beni digitali *post mortem*, ma anche qui, come in altri settori, occorre valutare attentamente la necessità di definire nuovi modelli e nuove norme oppure se, anche per economia del diritto, sia possibile impiegare categorie già consolidate»; R.E. DE ROSA, *La trasmissibilità mortis causa dei dati digitali*, in *Famiglia*, 5 aprile 2022, consultabile *online*, per la quale: «L’ordinanza in commento – al pari delle pronunce del Tribunale di Milano e del Tribunale di Bologna – non si discosta dal dettato legislativo. Tuttavia, occorrerebbe dedicare maggiore attenzione alla ricostruzione della volontà del *de cuius*, al fine di accertare se questi abbia inteso consentire o meno ad altri l’esercizio dei suoi diritti digitali. Altrimenti, il rischio è quello di un errato bilanciamento tra l’esigenza di tutela della privacy del defunto e l’interesse dei familiari all’accesso agli accounts di questo».



particolare, sul riconoscimento di eventuali diritti collegati alla sfera di interessi del defunto da parte di familiari o altri soggetti terzi.

Nel caso del Tribunale di Roma, ad esempio, la nota società statunitense Apple è stata chiamata in causa dalla vedova di un uomo scomparso improvvisamente, poiché la stessa desiderava recuperare i dati dell'*account* del marito deceduto. Tuttavia la società ha affermato di non poter concedere l'accesso ai contenuti archiviati sull'*i-cloud*, per non violare le condizioni generali che regolano il rapporto contrattuale tra il cliente e la stessa.

Il Giudice ha ritenuto fondata la richiesta in ossequio a quanto disposto dal nuovo Codice *privacy*, novelato, come già detto, dal d.lgs. n. 101/2018, il quale dispone che il materiale digitale contenuto all'interno di uno *smartphone* – come, ad esempio, video o foto<sup>53</sup> – rientri “tra le ragioni familiari meritevoli di tutela”.

Anche il recentissimo provvedimento del Tribunale di Milano, del luglio 2022<sup>54</sup>, ricorda come i dati contenuti negli *account* possano entrare a far parte dell'eredità, al pari delle lettere o delle fotografie custodite gelosamente nei cassetti delle scrivanie, ma la criticità “palese” sta nel fatto che, una volta ottenute le chiavi di accesso, si entra in possesso in maniera “indiscriminata” di tutto quanto custodito nell'*account*<sup>55</sup>.

**3.** – In tale dimensione, ovvero quella dei “beni digitali” (foto, video, scritti e così via), quali regole dovrebbero applicarsi dal punto di vista successorio<sup>56</sup>?

Non c'è bisogno di aggiungere nuove norme a quelle già esistenti che, ancora una volta, sono in grado di sostenere il peso dell'innovazione (si pensi al combinato disposto dell'art. 810 cod. civ. con gli articoli del codice civile relativi alla successione *mortis causa*)<sup>57</sup>.

Ulteriore profilo è relativo alla tutela della *privacy*<sup>58</sup> che la circolazione di tali beni digitali nel mondo globale (basta un *like*, un *click* per la condivisione affinché continuino a circolare) impone<sup>59</sup>. Il diritto alla

<sup>53</sup> Si rinvia a M. FELEPPA, *L'accesso ai dati del defunto conservati su smartphone: soluzioni emergenti e problemi aperti*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1/2022, 25-34.

<sup>54</sup> Si veda, di primo impatto, REDAZIONE, *Eredità digitale, alla moglie password marito defunto, Nuova sentenza del tribunale di Milano, basta segreti nella tomba*, in [www.ansa.it](http://www.ansa.it), 7 luglio 2022, consultabile online.

<sup>55</sup> Sul punto, si veda A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Notariato*, 5/2014, 519-532; A. MOLLO, *L'eredità digitale*, in *Famiglia*, 6/2017, 659-674; C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1/2018, 65-93; R. MATTERA, *La successione nell'account digitale. Il caso tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2019, 703-708; L. DI LORENZO, *L'eredità digitale*, in *Notariato*, 2/2021, 138-153; M. ZICCARDI, *Identità digitale e fenomeno successorio. Considerazioni sulla trasmissione “mortis causa” delle criptovalute*, in *Annali Società italiana degli studiosi del diritto civile*, 7/2021, 199-218.

<sup>56</sup> In dottrina, si trovano spunti interessanti in A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni online: note in tema di eredità digitale*, Napoli, 2020.

<sup>57</sup> Sul punto, si rinvia a M. PALAZZO, *La successione nei rapporti digitali*, in *Vita notarile*, 3/2019, 1309-1336; A. MAGNANI, *Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria*, in *Vita notarile*, 3/2019, 1281-1308; V. PUTORTI, *Patrimonio digitale e successione “mortis causa”*, in *Giustizia civile*, 1/2021, 163-193; V. CONFORTINI, *L'eredità digitale (appunti per uno studio)*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2021, 1187-1200; G. MARINO, *La “successione digitale”*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1/2018, 167-204; S. DELLE MONACHE, *Successione “mortis causa” e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2020, 460-468; S. NARDI, *“Successione digitale” e successione nel patrimonio digitale*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3/2020, 955-973; A. SPATUZZI, *Patrimoni digitali e vicenda successoria*, in *Notariato*, 4/2020, 402-409; A. VIGNOTTO, *La successione digitale alla luce delle prime pronunce giurisprudenziali italiane (Tribunale di Bologna, Sez. I civ., 25 novembre 2021)*, in *Fam. e dir.*, 7/2022, 710-721.

<sup>58</sup> È d'uopo anche riferirsi al fatto che la *privacy* debba essere ancora più contornata da “maggiore tutela” qualora i beni digitali appartengano a minori. In tale ottica, si rinvia a O. LANZARA, *Il caso Tik Tok: privacy e minori di età*, in *Comp. dir. civ.*, 3/2021, 977 ss.; A. FERRERO, *Ambiente digitale e tutela dei minori online: la strategia europea*, in *Famiglia*, 8 febbraio 2021, consultabile online, per la quale: “La Commissione europea rispondendo all'interrogazione parlamentare E-005402/2020 ha recentemente ribadito che «il benessere dei bambini online è una delle priorità della Commissione da quando Internet è divenuta ampiamente disponibile anche a





*privacy* si estingue con la morte del titolare<sup>60</sup>? Se si estinguesse, dovrebbero estinguersi anche i beni digitali presenti nella rete e ancora circolanti nel momento nel quale non se ne possa più disporre<sup>61</sup>.

Si potrebbe disporre per testamento, anche mediante l'istituzione di un legato (disposizione testamentaria a titolo particolare), che alcuni dati/beni digitali continuino ad essere amministrati<sup>62</sup>? Oppure, si può provvedere alla nomina di un esecutore testamentario che abbia il compito di eseguire le ultime volontà, anche relative ai beni digitali, del *de cuius*<sup>63</sup>? Inoltre, la persona può, *ante mortem*, decidere di accordarsi con il gestore delle piattaforme digitali – in tal caso con il gestore Apple – (magari sottoscrivendo delle DATD: “disposizioni anticipate di trattamento digitale”, come nel caso delle DAT: disposizioni anticipate di trattamento in tema di autodeterminazione della persona umana<sup>64</sup>), alle quali ha prestato il proprio consenso alla circolazione dei suoi dati, per la distruzione degli stessi (diritto di cancellazione dei dati, diritto alla deindicizzazione previsto dal nuovo Regolamento *privacy*, diritto all'oblio<sup>65</sup>) per il tempo in cui avrà cessato di vivere (ora

---

loro ed è perseguito tramite finanziamenti il coordinamento con gli Stati membri e un quadro legislativo adatto all'era digitale». Nell'ambito della strategia europea per un'Internet migliore per i ragazzi, la Commissione cofinanzia in tutta Europa i centri per un'Internet più sicura (*Safer Internet Centres*, SIC), che organizzano campagne di sensibilizzazione, forniscono formazione alle famiglie e alle scuole, gestiscono servizi di assistenza telefonica rispondendo a domande su come reagire a contatti pericolosi quali l'adescamento di minori online e mettono a disposizione linee telefoniche dirette per segnalare in modo anonimo materiale pedopornografico in rete”. Si veda, inoltre, I. SASSO, *La tutela dei dati personali 'digitali' dopo la morte dell'interessato (alla luce del regolamento UE 2016/679)*, in *Dir. succ. e fam.*, 1/2019, 181-206.

<sup>59</sup> Sul punto, di recente, si veda L. BOLOGNINI (a cura di), *Privacy e libero mercato digitale. Convergenza tra regolazioni e tutele individuali nell'economia data-driven*, Torino, 2021, 1 ss.

<sup>60</sup> Ovviamente, salva diversa volontà del titolare, il diritto alla *privacy* non si estingue con la morte. In tal senso, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Vocazione mortis causa negli assets digitali. Una prospettiva comparatistica*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2021, 40, ove l'A. sottolinea che: “l'evento morte non può e non deve essere qualificato come estintivo di questi diritti”. In tale ottica, anche I. SASSO, *La tutela dei dati personali "digitali" dopo la morte dell'interessato*, cit., 181 ss.

<sup>61</sup> Dei riferimenti in tal senso sono stati già posti in rilievo da R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale. Etica, Privacy, Responsabilità, Decisione*, Pacini giuridica, Pisa, 2020, 29 ss.

<sup>62</sup> Il legato di *password* è un legato atipico, attraverso il quale il testatore, a mezzo dell'attribuzione diretta delle credenziali, può conferire al legatario i diritti su ciò che le credenziali stesse custodiscono. Tale legato ha un contenuto complesso, in quanto si caratterizza per un oggetto immediato (ovvero, le credenziali di accesso all'*account*) e un oggetto mediato (il contenuto protetto dalle *password*). Sebbene idoneo a superare i problemi connessi alla permanenza del divieto dei patti successori e alla patrimonialità dei beni digitali, anche il legato di *password* è soggetto agli stessi limiti del testamento e, per tale ragione, presenta l'ostacolo della ostensibilità a terzi delle credenziali di accesso agli *account*. Sul punto, interessante è la riflessione di L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2/2014, 144-151.

<sup>63</sup> Un altro istituto che, con le dovute cautele, può essere utilizzato per la gestione del trasferimento dei *digital asset* è l'esecutore testamentario. Tuttavia, anche l'utilizzo di tale istituto presenta alcune criticità: l'incarico di esecutore testamentario può, infatti, essere accettato o rinunciato, con la conseguenza che, in caso di mancata accettazione o rinuncia, le volontà testamentarie potrebbero restare inattuato. Su tale criticità, si veda A. MANIACI, *Eredità digitale: cos'è e come si può trasmettere*, in *www.altalex.it*, 18 giugno 2020, consultabile *online*, specie 5. L'intuizione viene fuori dopo aver letto le pagine di V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, 7 ss.

<sup>64</sup> Su tale tema, solo per un rapido approfondimento, si rinvia a S. CACACE, A. CONTI, P. DELBON (a cura di), *La volontà e la scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, Torino, 2019; M. DEL VECCHIO, *I diritti umani nelle disposizioni anticipate di trattamento*, Roma, 2018; M. GABRIELLA DI PENTIMA, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento. Commento alla l. n. 219/2017*, Milano, 2018; E. CALÒ, *Consenso informato e disposizioni anticipate*, Napoli, 2019; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018. Da ultimo, si rinvia allo scritto di F. PARENTE, *Le disposizioni anticipate di trattamento: struttura, contenuto, forma e pubblicità*, in *Rass. dir. civ.*, 4/2020, 1399 ss.; M. CIANCIMINO, *Istanze di riservatezza nelle disposizioni anticipate di trattamento. Considerazioni a margine dell'istituzione della Banca dati nazionale per le DAT*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2022, 365-397; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Fine vita tra riforme legislative straniere e la proposta referendaria italiana: un confronto tra modelli*, in *federalismi.it*, 14/2022, 125-175.

<sup>65</sup> In tal senso, si veda A. G. PARISI, *Privacy e diritto all'oblio*, in *Comp. dir. civ.*, 2016, 1-11; G. VETTORI (a cura di), *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, Padova, 2020; S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca*, Milano, 2017; R. PARDOLESI, *L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio*, 1/2017, consultabile *online*; E. ERRIGO, *Il diritto all'oblio e gli strumenti di tutela tra*





per allora)<sup>66</sup>? E un tale consenso/accordo potrebbe essere revocato/risolto prima della morte<sup>67</sup>?

Alla luce dei provvedimenti richiamati, risulta doveroso precisare che la volontà dell'interessato di vietare l'accesso ai diritti digitali dopo la sua morte deve essere espressa in maniera libera, informata e specifica (sulla stessa scorta del c.d. "consenso informato" ai sensi dell'art. 1 della l. 22 dicembre 2017, n. 219<sup>68</sup>) atteso che la semplice adesione alle condizioni generali di contratto (anche a fronte della genericità del rapporto contrattuale costituitosi<sup>69</sup>) non è di per sé sufficiente a impedire l'esercizio di un diritto che è legittimamente rivendicabile dai familiari dell'interessato (soprattutto perché le condizioni generali di contratto non possono prevedere, di per sé, limitazioni ai diritti di natura successoria). Attraverso un'interpretazione sistematica, sembra che una simile ricostruzione sia suffragata anche da una recente normativa in tema di disponibilità del proprio corpo *post mortem* per ragioni di ricerca scientifica (l. 10 febbraio 2020, n. 10, specie l'art. 3 "manifestazione del consenso")<sup>70</sup>.

---

*tradizione e nuovi contesti digitali*, in *Diritti fondamentali*, 1/2021, specie 669, ove l'A. afferma che: "Pertanto, è ragionevole affermare che la digitalizzazione ha alimentato le occasioni di aggressione agli interessi e ai diritti c.d. nuovi, rendendo ancora più difficile la possibilità di apprestarne una tutela immediata. Per altro verso, il rilievo che assume l'autodeterminazione informativa come strumento di protezione delle situazioni esistenziali nel contesto digitale deve condurre a propendere per l'elaborazione di nuovi strumenti di protezione, sempre di tipo precauzionale ma concepiti muovendo proprio dalle caratteristiche della rete e affidati al soggetto interessato. Strumenti, quindi, preventivi ma, al contempo, successivi alla pubblicazione, così come ad esempio il potere ascrivibile all'utente di scegliere la durata di archiviazione delle proprie informazioni online prima della pubblicazione o quello di rimuovere, non soltanto alcuni *link* di collegamento, quanto e piuttosto alcune pagine non più aggiornate: soluzioni, dunque, che consentirebbero pur sempre di tutelare l'identità personale, l'esatta percezione della propria vita, la personalità del soggetto, in vista dell'attuazione effettiva delle situazioni esistenziali"; A. IANOTTI DELLA VALLE, *Il diritto all'oblio "preso meno sul serio" alla luce della sentenza "Google/CNIL" della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 495-530; M.A. LIVI, *Quale diritto all'oblio?*, Napoli, 2020, specie 113 ss.; F. LAZZARELLI, *Tutela dei dati personali nell'età globale: il diritto all'oblio*, in *Le Corti salernitane*, 1/2021, 3 ss.; A. AMIDEI, *Diritto all'oblio online, deindicizzazione e ruolo "informativo" dei motori di ricerca*, in *Giur. it.*, 6/2022, 1337-1343; A. ALÙ, *Cancellazione delle "copie cache" e tutela del diritto all'oblio "digitale": spunti di riflessione sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 3952/2022*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2022, 122-137; S.M. LENER, *La domanda di deindicizzazione e le interferenze tra la Dir. 2000/31 e il Reg. 2016/679*, in *Giur. it.*, 3/2022, 588-591.

<sup>66</sup> Sul punto, sembra andare in questa direzione C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 74 ss.

<sup>67</sup> Riflessioni "interrogative" che vengono sollecitate dalla lettura attenta delle pagine di G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 1/2018, 1 ss. Tra l'altro, una ricostruzione simile, è offerta da A. DI PORTO, *Avvocato-robot nel "nostro stare decisis". Verso una consulenza legale "difensiva"*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 239 ss.; G. LAURINI, G. PERLINGIERI, *Professioni legali e nuove tecnologie. Come sarà il notaio del futuro?*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2021, 170 ss.

<sup>68</sup> La letteratura sul punto è vastissima. Si rinvia solo a contributi recenti: C. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2022, 181-203; C. VESCOVI, *Progettare le informative privacy tra tecniche comunicative e legal design*, in *Cyberspazio e Diritto*, 1/2022, 113-138.

<sup>69</sup> Per un approfondimento, si veda I. MASPEL, *Successione digitale, trasmissione dell'"account" e condizioni generali di contratto predisposte dagli "internet services providers"*, in *I Contratti*, 5/2020, 583-590.

<sup>70</sup> Su tale istituto, di recente conio, si rinvia a C.M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Familia*, nn. 4-5/2005, 777-818; V. PUTORTI, *I contratti "post mortem"*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2012, 768-807; S. ZULLO, *Considerazioni etico-giuridiche a margine della Legge 10 febbraio 2020, n. 10 "Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti "post mortem" a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2020, 271-285; G. DI ROSA, *La disposizione del proprio corpo "post mortem" a fini didattici e scientifici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4/2020, 843-866; ID., *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo "post mortem"*, in *Europa e diritto privato*, 4/2020, 1179-1211; M. GHIONE, *Luci e ombre della l. n. 10/2020 in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem*, in *Familia*, 4/2020, 457-474; L. ATZENI, *Brevi note a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10 in tema di disposizione del proprio corpo e dei tessuti "post mortem" a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*, in *Oss. cost.*, 5/2020, 50-67; L. GHIDONI, *Prime riflessioni sulle disposizioni della salma*, in *Fam. e dir.*, 5/2020, 523-527; S. ZULLO, *La donazione del corpo post-mortem. Alcune riflessioni a margine della legge n. 10 del 2020*, in *Studium iuris*, 2/2021, 157-163; M. CINQUE, *L'"eredità digitale" alla prova delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2020, 72-100; F. DI LELLA, *Sulle destinazioni "post mortem" del corpo e dei tessuti uma-*



L'unica deroga alla rivendicabilità dei beni digitali presenti nell'*i-cloud* da parte dei soggetti legittimati è rappresentata dalla “diversa volontà espressa dal disponente”, così come previsto dall'art. 2 *terdecies* del d.lgs. n. 101/2018. Ciò conferma che la *privacy* postuma<sup>71</sup> possa prevalere sull'interesse meritevole di protezione per ragioni familiari (che in tal caso diviene “recessivo”) qualora vi sia una volontà all'oblio postumo cristallizzata<sup>72</sup>. Il consenso alla “non disposizione *post mortem* dei dati personali<sup>73</sup>” (volontà derogatrice) potrebbe proprio essere espresso alla stregua delle disposizioni anticipate di trattamento<sup>74</sup> e poi verificato (sino alla morte del disponente), nella sua validità<sup>75</sup>, dovendosi ammettere la “revocabilità<sup>76</sup>” del consenso medesimo *in extremis* (trattandosi comunque di un diritto fondamentale)<sup>77</sup>. Inoltre, sarebbe possibile che il disponente possa, magari tramite un mandato con valenza postuma o la nomina *ex ante* di un esecutore testamentario, individuare/nominare un soggetto di sua fiducia affinché possa raccogliere, gestire e disporre i suoi beni digitali *post mortem*. La meritevolezza quale presupposto della rivendicazione dei beni digitali cede il passo, dunque, solo in tal caso, alla negoziabilità dei dati personali tra titolare effettivo (disponente<sup>78</sup>) e titolare del trattamento (società erogatrice di servizi telefonici e così via)<sup>79</sup>.

Bisogna anche chiarire la natura giuridica dei beni digitali. Sono parte del patrimonio digitale della persona e, dunque, assoggettabili alle norme in tema di successione *mortis causa* o se ne riconosce soltanto un diritto al loro accesso per un interesse meritevole di tutela per ragioni familiari ai sensi dell'art. 2 *terdecies* citato? Se si considerassero beni oggetto di successione, una eventuale dichiarazione di *privacy* postuma dovrebbe fare anche i conti con l'art. 458 cod. civ., disciplinante il divieto di patti successori<sup>80</sup>, ove il dante causa potrebbe pensare di sottrarre tali beni, in virtù del diritto all'autodeterminazione *post mortem* e del-

ni. *Itinerari e nuove prospettive della legge n. 10 del 2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2021, 475-483; G. GIAIMO, *Il lascito del proprio corpo a fini didattici e di ricerca. Il nobile (ma vano) intento della legge 10/2020*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2021, 171-190.

<sup>71</sup> Si rinvia, a tal uopo, a I. MASPE, *Morte “digitale” e persistenza dei diritti oltre la vita della persona fisica*, in *Giur. it.*, 7/2021, 1601-1609.

<sup>72</sup> In tal senso, anche A. A. MOLLO, *Il diritto alla protezione dei dati personali quale limite alla successione “mortis causa” nel patrimonio digitale*, in questa *Rivista*, 2/2020, 430-454; ID., *Successione “mortis causa” nel patrimonio digitale e diritto alla protezione dei dati personali*, in *Famiglia*, 2/2020, 181-202.

<sup>73</sup> Sul punto, si rinvia a S. STEFANELLI, *Destinazione “post mortem” dei diritti sui propri dati personali*, in *MediaLaws*, 1/2019, 136-147.

<sup>74</sup> In tale direzione, D. GIGLIO, *Diritto delle successioni e contratto: stato dell'arte e prospettive future*, in *Persona e Mercato*, 1/2022, 97-136.

<sup>75</sup> Si veda A. MANIACI, A. D'ARMINIO MONFORTE, *L'eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione negoziale*, in *il Corriere giuridico*, 11/2020, 1367-1377.

<sup>76</sup> Sul punto, di recente, T. M. UBERTAZZI, *Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzionale della “privacy”*, in *Contr. e impr.*, 1/2022, 27-51.

<sup>77</sup> In tal senso, V. PUTORTI, *Disposizioni “mortis causa” a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2014, 787-830.

<sup>78</sup> Sistemáticamente, l'art. 3, comma 2, l. 10 febbraio 2020, n. 10 sancisce proprio come di seguito: “2. Il disponente, nella dichiarazione di cui al comma 1, indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», cui spetta l'onere di comunicare l'esistenza del consenso specifico al medico che accerta il decesso, come individuato dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1990, n. 285. Nella stessa dichiarazione il disponente può indicare un sostituto del fiduciario che ne svolge il ruolo in caso di morte o di sopravvenuta incapacità di questi, laddove avvenute prima della morte del disponente, nonché nel caso di oggettiva impossibilità per il fiduciario di svolgere tempestivamente i compiti previsti dalla presente legge”.

<sup>79</sup> Sul punto, si rinvia a A. SPANGARO, *La successione digitale: la permanenza “post mortem” di aspetti della personalità*, in *Giur. it.*, 6/2022, 1365-1370.

<sup>80</sup> Si veda V. PUTORTI, *Mandato post mortem e divieto dei patti successori*, in *Obbl. e contr.*, 2012, specie 737; F. PENE VIDARI, *Patti successori e contratti post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2001, 245-264; A.A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi. Mandato post mortem. Contratto di mantenimento*, in *Vita notarile*, 1/2011, 453-464.



l'accordo di oblio stipulato con le piattaforme digitali, alla disponibilità di eventuali eredi, specie se tali beni non hanno soltanto un valore esistenziale (foto personali, di famiglia), ma anche e soprattutto valore patrimoniale (si immagini che il dante causa sia un personaggio famoso)<sup>81</sup>.

Evidentemente, la sfida per il civilista<sup>82</sup> di un "oggi futuristico" è la tutela della circolazione dei dati personali *post mortem*<sup>83</sup> e la qualificazione giuridica dei beni digitali.

La normativa attuale, in tema di beni giuridici<sup>84</sup>, di successione a causa di morte e di protezione dei dati personali<sup>85</sup>, già potrebbe consentire (così come consente), anche attraverso un lavoro giudiziale nel senso di un'interpretazione sistematico-teleologica<sup>86</sup>, come si è avuto modo di vedere, risposte dinamiche e soddisfacenti agli interrogativi sopra posti, specie indirizzate ad una tutela piena della personalità umana<sup>87</sup>. È, dunque, il tempo di attribuire ancora più valore alla centralità della persona umana che "naviga" in una cultura ormai fin troppo globalizzata<sup>88</sup> ed è anche il tempo di indirizzare i sistemi intelligenti verso una direzione costituzionalmente orientata<sup>89</sup>. In un mondo sempre più avvolto dall'Intelligenza Artificiale e dalle nuove tecnologie, che hanno a che fare, in maniera squisitamente determinata, con la persona umana, queste ultime non debbono mai "calpestare" la dignità umana<sup>90</sup>, ma mettersi sempre al "servizio" della persona<sup>91</sup>, affinché quest'ultima possa sviluppare se stessa e migliorarsi in una cornice armoniosa<sup>92</sup>. I sistemi intelligenti, per

<sup>81</sup> Sul punto, si rinvia a S.T. BARBARO, *Validità degli accordi "post mortem" e scelta della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 4/2017, 1565-1604.

<sup>82</sup> Cfr., in tal senso, A. ALPINI, *La trasformazione digitale nella formazione del giurista*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2021, 11, la quale fa notare che: "ciò che unisce tutte le scienze è la storia dell'uomo e il civilista, assumendo il delicato ruolo di introdurre il giovane studioso alle scienze giuridiche, deve tener conto di questa chiave di lettura".

<sup>83</sup> Si veda T. E. FROSINI, *Le sfide attuali del diritto ai dati personali*, in S. FARO, T. E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, 2020, 35 ss.

<sup>84</sup> Su tale aspetto, sembra convenire anche F. CALISAI, *Dati, informazioni e conoscenze: inquadramento giuridico e regolazione. Appunti su un potenziale paradigma appropriativo*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2020, 13 ss.

<sup>85</sup> Sul punto, si rinvia a A. SPANGARO, *La tutela postmortale dei dati personali del defunto*, in *Contr. e impr.*, 2/2021, 574-601.

<sup>86</sup> È necessario adoperare una interpretazione teleologico-assiologica specie in relazione ai nuovi risvolti del diritto civile. In tal senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 580 ss.

<sup>87</sup> Non si può non rinviare a P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 12 ss.

<sup>88</sup> Interessanti gli spunti provenienti da A. GORASSINI, *Il valore della cultura giuridica nell'era digitale*, in *Tecnologie e diritto*, 2/2021, 38 ss.

<sup>89</sup> Sul punto, si veda E. SPILLER, *Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare. "Explainability" e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2021, 419-432.

<sup>90</sup> Si leggano le riflessioni di S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità*, Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati, Roma, 13 settembre 2004, disponibile sul sito dell'Autorità del Garante della *privacy*, ove si legge che: "Questa impostazione non è estranea alla materia della protezione dei dati. Nel notissimo *Census Act Case* tedesco si sottolineava proprio che al centro del sistema costituzionale sta il valore della dignità della persona, che deve poter agire autonomamente come componente di una società libera. Si potrebbe osservare che questa conclusione è stata resa possibile dal fatto che il *Grundgesetz* tedesco fa un esplicito riferimento alla dignità già nel suo primo articolo. Ma questo argomento appare ormai superato: ad esempio, l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (ora seconda parte del Trattato costituzionale) afferma che la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata".

<sup>91</sup> In tale dimensione, già ampiamente condivisa da chi scrive, si veda A. PICCHIARELLI, *Per un'intelligenza artificiale a misura d'uomo: una possibile regolamentazione valoriale?*, in *IAlA Papers*, 47/2020, 1 ss.

<sup>92</sup> Sul punto, si rinvia al testo scritto dell'udienza di Papa Francesco del 27 agosto 2021, consultabile sul sito di Avvenire, ove si legge che: "L'impegno dei cittadini, nei diversi ambiti di partecipazione sociale, civile e politica, è imprescindibile (...). Per guarire il mondo, duramente provato dalla pandemia, e per costruire un futuro più inclusivo e sostenibile in cui la tecnologia serva i bisogni umani e non ci isoli l'uno dall'altro, c'è bisogno non solo di cittadini responsabili ma anche di *leaders* preparati e animati dal principio del bene comune". In tal senso, afferma ancora il Papa, "i politici proteggano la dignità umana dalle minacce delle tecnologie". Su questi temi si erano già espressi alcuni studiosi. Si rinvia, pertanto, a B. BISOL, A. CARNEVALE, F. LUCIVERO, *Diritti umani, valori e nuove tecnologie. Il caso dell'etica della robotica in Europa*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 1/2014, 235 ss.



tale ineludibile ragione, vanno costruiti tenendo ben presente il fine da raggiungere (teleologia artificiale): “la protezione quanto più adeguata possibile della persona umana” (meritevolezza preventiva). Questa è la ragione per la quale in tema di I.A. e processo si possa parlare di “algoritmo predittivo” mentre nel campo dell’I.A. e della persona umana si debba parlare di “algoritmo protettivo”<sup>93</sup>. Corre l’obbligo di sottolineare che il sistema algoritmico, con tale finalità, potrebbe essere anche utilizzato dal giudice per la scelta migliore, grazie alle variabili valoriali introiettate, degli istituti di protezione della persona umana (amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione<sup>94</sup>).

Inoltre, è necessario comprendere che, tra non molto lontano, un amministratore di sostegno potrebbe essere anche un *health-care robot*, il quale, oltre a prendersi cura della persona umana, potrebbe anche prendersi cura del suo sviluppo in una situazione di vulnerabilità tale da non permettere a quest’ultima di provvedere ai propri interessi e bisogni primari<sup>95</sup>. La persona umana, infatti, va protetta con la misura più adeguata, adatta, flessibile<sup>96</sup>. E un *robot*, solo se eticamente orientato, potrebbe essere d’ausilio al giudice per la decisione sul possibile istituto da adottare<sup>97</sup>. È giusto parlare, anche in tale ottica, di robo-etica<sup>98</sup>. Non solo l’algoritmo va improntato, sin dalla sua costruzione, all’etica (valori giuridici fondanti dell’ordinamento), ma anche le macchine robotiche, le quali – a differenza di un singolo algoritmo – sono sicuramente più complesse.

4. – Per concludere, si può senz’altro affermare che la volontà di *privacy* postuma dovrebbe essere espressa all’interno dell’ambiente digitale, grazie alla predisposizione, da parte del detentore dei beni digitali, di uno strumento che consenta all’utente di scegliere se nominare una persona che in futuro avrà accesso a tali beni (in tal caso dovrà indicarla specificamente); in alternativa il titolare del patrimonio digitale potrà

<sup>93</sup> Sul punto, si consenta rinviare a R. TREZZA, *L’algoritmo “protettivo”: gli istituti di protezione della persona alla prova dell’Intelligenza Artificiale*, cit., 217 ss.

<sup>94</sup> Per una visione ormai superata dell’interdizione a favore di una figura diversa (collaboratore alla vita del disabile o dell’in-capace), si rinvia a V. BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2021, specie 445, ove l’A. sostiene che: “L’affermazione di un modello di protezione della persona con disabilità fondato sui diritti umani, significa un riconoscimento a tutto tondo di queste libertà e il riconoscimento che la persona possa sempre assumere queste decisioni, indipendentemente dal suo stato e grado di disabilità. La misura di sostegno non è preconfezionata dal legislatore, ma deve essere cucita e tagliata sulla singola persona, evitando, come è accaduto sino ad adesso, comode ipostatizzazioni o strutturazioni aprioristiche. È compito indispensabile degli interpreti e responsabilità di coloro che dovranno fare applicazione del diritto rendere concreti i principi della Convenzione e costruire ciascuna misura di sostegno della persona in funzione della persona con disabilità e in grado di garantire, nel massimo limite possibile per ciascuno, il pieno sviluppo della personalità umana e il pieno godimento di tutti i diritti umani e le libertà fondamentali in eguaglianza di condizioni con tutti gli altri”.

<sup>95</sup> Sul punto, ad esempio, si veda G. ARCURI, R. DI BIDINO, *La robotica nell’assistenza agli anziani: scenari e questioni aperte*, in *Agenda digitale*, 8 marzo 2021, consultabile *online*, ove si evidenzia che: “La robotica per l’assistenza agli anziani è un settore in sviluppo sia dal punto di vista tecnologico, sia di quello delle evidenze di efficacia ed esperienze di utilizzo. Da più parti è riconosciuto che la maturità tecnologica bassa e l’ecosistema di business è immaturo persino in realtà, come quella finlandese, attente da tempo al tema. Ponendosi l’obiettivo di integrare con i robot la cura ed assistenza degli anziani bisogna considerare non solo gli aspetti tecnici, ma anche quelli umani ed organizzativi. Il coinvolgimento dei diversi stakeholder è un aspetto cruciale, come la definizione di un contesto regolatorio chiaro, che copra sia la fase di certificazione, sia quella di definizione della sostenibilità economica (*alias* rimborso) dei *robot* per gli anziani”.

<sup>96</sup> Si rinvia a C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2015, 330-343.

<sup>97</sup> In tal senso, si consenta rinviare nuovamente a R. TREZZA, *L’algoritmo “protettivo”: gli istituti di protezione della persona alla prova dell’Intelligenza Artificiale*, cit., 226 ss.

<sup>98</sup> Su tale concetto, si rinvia primariamente a A.M.C. MONOPOLI, *Roboetica: spunto di riflessione*, Roma, 2011.





conferire al *provider* l'incarico di eliminare i suoi beni dopo la morte. Queste previsioni dovrebbero, però, essere sorrette da iniziative legislative che stabiliscano anche la loro prevalenza o meno rispetto ad altre istruzioni. Al momento, il *provider* non predispone di alcuno strumento che permetta all'utente di manifestare la propria volontà o, qualora esistente, l'utente stesso decide di non avvalersene; in tal caso avrà a disposizione le altre soluzioni legalmente applicabili. Non sono presenti istruzioni lasciate dal defunto né in formato digitale né documentale: saranno le condizioni del contratto stipulato tra utente e *provider* a stabilire l'accessibilità, da parte di terzi, ai beni costituenti il patrimonio digitale<sup>99</sup>.

Per questi motivi, la soluzione privilegiata sembrerebbe essere, anche alla luce di quanto sopra esposto, quella di decidere, in vita, quali sorti attribuire al proprio patrimonio digitale (con uno degli strumenti per ora a disposizione) giacché, almeno di regola, la volontà espressa del *de cuius* è presa in considerazione come ipotesi prevalente su tutte le altre<sup>100</sup>. Ciò è quanto sembra suggerire anche il Consiglio Nazionale del Notariato<sup>101</sup>. Difatti, in tal modo, una volta disposto chi sia il soggetto prescelto e preventivamente indicato, sarà costui a sostituirsi al defunto e a mettere in atto la sua volontà<sup>102</sup>.

Di conseguenza, il gestore diventerebbe mandatario di un mandato *post mortem exequendum*<sup>103</sup> di cui il mandante-*de cuius* abbia, nel momento in cui ha creato l'*account*, già dato specifiche indicazioni sul destino del proprio patrimonio digitale (sempre che la natura dell'attività da compiere sia suscettibile di essere oggetto di tale tipologia di mandato<sup>104</sup>).

In un mondo sempre più "intelligente", l'algoritmo che abbia a che fare con i dati digitali delle persone umane deve essere "pensante"; e tale può esserlo solo grazie all'intervento inscindibile ed infettibile

<sup>99</sup> Si veda F. CORONA, *La tutela del patrimonio digitale oltre la vita*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1/2022, specie 26-27.

<sup>100</sup> Nuovamente si rinvia a F. CORONA, *La tutela del patrimonio digitale oltre la vita*, cit., 27.

<sup>101</sup> Si rinvia allo Studio n. 6-2007/IG del Consiglio Nazionale del Notariato, intitolato "Password, credenziali e successione mortis causa", approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica l'11 maggio 2007, che può essere sintetizzato nei termini che seguono: «Al fine di attribuire a soggetti predeterminati l'accesso a risorse informatiche protette da credenziali (username, PIN, password), dopo il decesso del loro titolare, è possibile far ricorso sia al mandato "post mortem" che all'istituto dell'esecutore testamentario. In linea di principio, inoltre, le risorse *online* passano nella disponibilità dei successori "mortis causa"». Si veda, sul punto, U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa (Studio n. 6-2007/IG)*, in *Studi e Materiali*, 1/2008, 279-286.

<sup>102</sup> Per la vincolatività delle condizioni generali di contratto, quali "veicolo di dichiarazione espressa di *privacy* postuma", si rinvia nuovamente a F. CORONA, *La tutela del patrimonio digitale oltre la vita*, cit., 27, per il quale: «Non si tiene conto, tuttavia, che questa sorta di *escamotage* contrasterebbe con le condizioni generali di contratto predisposte dal gestore del servizio, le quali sarebbero pertanto violate. Potrebbe allora ipotizzarsi un obbligo, imposto al provider attraverso regole uniformi predisposte in tutti gli stati nordamericani, di prevedere necessariamente all'interno del proprio sito web la possibilità di disporre dei propri beni digitali».

<sup>103</sup> Su tale istituto, per un approfondimento, si rinvia a M. DES LOGES, *Il mandato post mortem*, in *Il notaro*, 24/1970, 115-116; U. CARNEVALI, *Negozi fiduciari e mandato "post mortem"*, in *Giurisprudenza commerciale, società e fallimento*, 5/1975, 694-705; G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, in *I Contratti*, 12/2000, 1102-1103; V. ZAMBRANO, *Il mandato post mortem exequendum e la "sorte" dell'animale di compagnia*, in *Obbligazioni e Contratti*, 6/2006, 535-541; G. MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato post mortem*, in *Rivista del Notariato*, 3/2007, 690-693; A. ANSALDO, *In tema di mandato post mortem*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2007, 497-501; COMMISSIONE STUDI DI INFORMATICA GIURIDICA DEL CNN, *Password, credenziali e successione mortis causa*, in *Diritto dell'Internet*, 6/2007, 633-637; A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contr. e impr. Europa*, 1/2009, 427-464; F. A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 1/2010, 56-62; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 10/2011, 685-694; L. GHIDONI, *Conferme e novità in tema di mandato "post mortem"*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3/2019, 942-958; V. PUTORTI, *La regolamentazione "post mortem" degli interessi digitali*, in *Le Corti fiorentine*, nn. 1-3/2020, 3-22; L. DI COSTANZO, "Trust mortis causa/post mortem/inter vivos": tutela dei soggetti deboli e protezione della quota di legittima, in *Comp. dir. civ.*, 3/2021, 827-856.

<sup>104</sup> Si leggano le considerazioni di V. BARBA, *Negozi "post mortem" ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Rivista di diritto privato*, 1/2016, 49-84.





dell'uomo<sup>105</sup>, il quale assurge a figura “antro-noma<sup>106</sup>”: non deve obbedire alla macchina, ma farsi obbedire<sup>107</sup>.

E per fare questo, nel mondo della *Smart Law*<sup>108</sup> e del *post-umano*<sup>109</sup>, è senza ombra di dubbio d'uopo far comprendere ai futuri civilisti<sup>110</sup> che le vecchie categorie, interpretate sistematicamente<sup>111</sup>, così come si è visto, e improntate ad una dimensione teleologico-assiologica<sup>112</sup>, nonché ragionevole<sup>113</sup>, siano ancora oggi in grado di reggere le nuove sfide del diritto civile<sup>114</sup>.

<sup>105</sup> Sul punto, si rinvia a C. BARONE (a cura di), *L'algoritmo pensante. Dalla libertà dell'uomo all'autonomia delle intelligenze artificiali*, Trapani, 2020. Sulla stessa lunghezza d'onda, anche I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 1-21.

<sup>106</sup> Cfr. V. MARCHETTI, *Condizione digitale e dignità umana*, in *Città nuova*, 16 novembre 2021, consultabile *online*, ove si legge: “(...) l'emergere di una nuova figura professionale. L'antro-nomo, cioè una persona che pone l'umano come norma all'interno di un processo di innovazione e in una condizione digitale”. Questa è una proposta di don Luca Peyron, docente all'Università Cattolica e responsabile dell'Apostolato digitale della Diocesi di Torino.

<sup>107</sup> Sul punto, di recente, si è espresso N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, 159, 162, 166.

<sup>108</sup> Sulla necessità di preferire la “formuletta” *Smart Law* a quella della *Big Law*, si veda V. ROPPO, *Il racconto della legge. Diritto (e rovesci) di una storia che riguarda tutti*, Milano, 2019, specie 526.

<sup>109</sup> In tal senso, si veda P. STANZIONE, *Biodiritto, Postumano e Diritti Fondamentali*, in *Comp. dir. civ.*, 2010, specie 15, ove l'A. afferma che: “Potrebbe dirsi, in tal senso, che l'epoca del postumano non potrà che essere un'epoca di diritto poliforme, molto meno legato a nozioni statiche e molto più veloce nel proprio divenire, necessariamente guidato in questo processo da giuristi che conservino sempre, come stella polare del proprio agire, la centralità della persona umana senza declinazioni ed artificiali sottocategorie. In questo senso, il confronto con il tema del postumano impone, probabilmente, l'avvento di un nuovo tipo di giurista, capace di liberarsi dai pregiudizi e dai vecchi schemi, una sorta di superuomo nell'originario e puro significato nietzscheano, dove l'esatta traduzione dal tedesco *Über-Mensch* (letteralmente, Oltreuomo) non implica alcuna notazione di superiorità o sopraffazione, bensì un procedere secondo valori e sentimenti che vanno al di là delle convenzioni e dei pregiudizi che comunemente affliggono l'uomo”.

<sup>110</sup> Molte sono le provocazioni e gli stimoli che provengono da P. PERLINGIERI, *Sull'insegnamento del “diritto privato” nelle “Facoltà giuridiche”*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2019, 363 ss.; ID., *Una lezione agli studenti della “Federco II”. Il “diritto privato” nell'unità del sistema ordinamentale*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2019, 402 ss.; A. VILLELLA, *Principi generali e ruolo dell'interprete tra dinamicità ed unità del sistema*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2019, 519 ss.; A.A. CARRABBA, *Insegnamento tra tradizione e modernità: ritorno al futuro?*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2019, 632 ss.; M. PENNASILICO, *L'insegnamento del diritto privato tra modello tradizionale e problematiche attuali (Manifesto per un diritto privato ecosostenibile)*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2019, 641 ss. In sintonia con Pennasilico, di recente, anche M. GIORGIANNI, *Il contratto “sostenibile”. Riflessioni attorno a una categoria controversa*, in *Comp. dir. civ.*, 2/2021, 755 ss.

<sup>111</sup> Cfr. P. MADDALENA, *Interpretazione sistematica e assiologica*, in *Giust. civ.*, 2009, 65 ss. Si rinvengono considerazioni sul punto anche in P. PERLINGIERI, *Francesco Gentile e la legalità costituzionale: dalla diffidenza alla piena sintonia*, in *L'Ircocervo*, 3/2015, 41 ss.

<sup>112</sup> *In primis*, P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica*, in *Rass. dir. civ.*, 4/1985, 1 ss.; ID., *Interpretazione sistematica e assiologica, situazione soggettive e rapporto giuridico*, Napoli, 2006; ID. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 580 ss. Si veda, inoltre, la nuova edizione del manuale di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. 2, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, specie 333 ss.

<sup>113</sup> Sul punto, si faccia riferimento a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 1 ss.

<sup>114</sup> Si rinvia sempre a V. ROPPO, *Il racconto della legge*, cit., specie 527. Si faccia anche riferimento al fatto che proprio quest'anno ricorrono gli 80 anni dall'entrata in vigore del codice civile italiano (16 marzo 1942), al quale, ancora una volta, come ancora di salvezza categoriale, insieme al “baluardo e alla bussola ordinamentale” rappresentati dalla Costituzione, bisogna rivolgersi per addivenire a soluzioni nuove per problemi nuovi.



**G. BEVIVINO, *LE “AUTONOMIE PRIVATE” NEL NUOVO DIRITTO DELL’INSOLVENZA*, PISA, 2022, PP. 165.**

Il rapporto tra autonomia privata e diritto della crisi d’impresa da diverso tempo forma oggetto costante dell’interesse della dottrina che, sotto differenti profili e mediante variegate angolature, si occupa dei temi e dei problemi dell’insolvenza all’interno delle singole procedure concorsuali.

Il tema dell’autonomia privata all’interno delle procedure concorsuali è stato, negli anni, così, diffusamente trattato dalla letteratura giuridica che, anche per la sua oggettiva e indubbia rilevanza sotto molteplici ambiti disciplinari, ha superato i confini concettuali segnati dall’originario perimetro del diritto fallimentare ed ha disvelato punti prospettici, profili di indagine, entro i quali l’autonomia privata, possa, nel concreto, regolare interessi in gioco, molteplici e rilevanti.

L’argomento, dunque, non è nuovo e chi volesse avvicinarsi al tema potrebbe correre il rischio di esercitarsi in un mero *restatement* di cose già dette o di soluzioni già prospettate, finendo per riproporre seppure con parole diverse i medesimi ragionamenti già presenti nella letteratura formatasi in materia.

Il lavoro che si segnala sfugge a questo rischio ed anzi ha l’oggettivo merito di collocarsi utilmente all’interno della riflessione teorica sull’insolvenza ed i suoi istituti (soprattutto quelli di natura rimediabile, cioè tendenti ad evitare la perdita della continuità aziendale e del valore patrimoniale dell’impresa che ne consegue alla sua dissoluzione) mediante la capacità di conferire allo studio del tema un apporto significativo, a maggior ragione apprezzabile perché offerto appena è entrato in vigore il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

Il tema del “potere dei privati” nelle procedure concorsuali è, infatti, affrontato nel libro con riferimento a un momento storico in cui irrompe nello scenario normativo il Codice che rappresenta la più ampia, organica e sistematica riforma del diritto dell’insolvenza dopo l’introduzione nel 1942, nel nostro ordinamento, della legge fallimentare.

Altri elementi di novità del lavoro sono necessariamente collegati, invece, al metodo “soggettivo” adottato dall’Autore, mediante il quale egli, per un verso, si sforza di scomporre “atomisticamente” il ruolo dell’autonomia privata che si esplica all’interno del diritto “fallimentare”, indagando questa peculiare prerogativa, “singolarmente”, in ogni “singola” procedura concorsuale; per altro verso, suggerisce al lettore come questa “scomposizione” non sia meramente classificatoria o, se si preferisce, didascalica, ma si riveli piuttosto funzionale a ricercare e ad adeguatamente argomentare differenti conseguenze interpretativo-applicative, nella disciplina concreta dei singoli istituti coinvolti, sulla base della precipua “autonomia privata” presa di volta in volta in considerazione.

Ne deriva che l’espressione “autonomie private”, contenuta anche nel titolo dell’opera, non assume un valore provocatorio, ma, piuttosto, un significato evocativo di un metodo che si snoda lungo tutto il percorso che l’indagine segue all’interno del volume.

La valorizzazione di quella che l’autore definisce “concezione pluralistica” degli istituti giuridici induce anche a evidenziare le differenze fra gli accordi di ristrutturazione e i concordati e a destituire di fondamento l’accostamento di entrambi questi istituti a quello contrattuale, con una prima conseguenza sistematica, che consiste, secondo l’a., nel riconoscimento di un progressivo processo di emancipazione dell’autonomia privata, quale figura generale, rispetto all’istituto contrattuale, che non pare rappresentare più l’emblema della prima, ma soltanto una delle sue possibili espressioni.

Il volume, infatti, scompone l’autonomia privata mediante un criterio diacronico della procedura concor-



suale e del suo svolgersi nelle varie fasi che ne compongono la struttura procedimentale, cioè a dire a seconda che si studi, all'interno della vicenda concorsuale, il c.d. "periodo sospetto", la fase concordataria, la fase liquidatoria e, infine, gli accordi di ristrutturazione.

Nella fase genetica dell'insolvenza, vale a dire nello stadio anteriore alla dichiarazione della liquidazione giudiziale, la constatazione di un regime di esenzioni rispetto all'azione revocatoria che è di fatto più ampio dell'ambito applicativo della regola di autotutela medesima induce, sillogisticamente, l'Autore a concludere come l'autonomia privata, che si esplica in questo peculiare momento, sia ampia e in realtà non dimidiata da peculiari limitazioni (p. 40 ss.).

Nella fase c.d. concordataria, invece, rileva l'autore, il potere dispositivo del debitore/imprenditore deve ritenersi limitato in una duplice direzione: in primo luogo, infatti, il potere autorizzativo del tribunale si esercita sulla base di uno specifico criterio rappresentato dalla corrispondenza dell'atto posto in essere al "miglior interesse dei creditori"; in secondo luogo, si riscontra un limite negativo, previsto nel vigente quadro normativo, in forza del quale vi è l'impossibilità per il disponente di individuare il soggetto destinatario dell'attribuzione.

L' "autonomia privata attenuata", che caratterizzerebbe questa peculiare fase, sarebbe ulteriormente contrassegnata dall'insistenza di un controllo di carattere preventivo sul potere dispositivo del soggetto debitore- "agente" (p. 68 ss.).

Il percorso tracciato dall'Autore lo porta quindi a scoprire un'ulteriore espressione propria della tassonomia che contribuirebbe a sistematizzare il potere dei privati nel diritto dell'insolvenza: si tratterebbe della c.d. "autonomia privata d'impresa" che si esplicherebbe, principalmente, sia nel c.d. esercizio provvisorio, sia nel concordato in continuità.

Le "finalità continuative" che caratterizzano questa(e) fase(i) hanno delle precise conseguenze applicative che l'autore, con puntuale chiarezza, mette in evidenza; così se da un lato i cc.dd. contratti pendenti sono destinati a continuare, anche per il caso in cui esistano patti accessori che prevedano una sorte differente, come la sospensione o la perdita di efficacia (sia essa totale che parziale); dall'altro lato il potere di scioglimento e sospensione del curatore deve essere conseguente ad una valutazione complessiva dell'attività di impresa e non della singola e isolata fattispecie contrattuale.

L'originalità del profilo d'indagine segnalato, al di là della condivisibilità o meno della soluzione adottata, si riscontra anche nell'analisi del tema, di grande attualità, delle cc.dd. clausole *ipso facto*; in questa occasione l'autore si spinge nell'"audace" direzione di una interpretazione quasi abrogatrice del testo dell'art. 172 comma 6 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. In tal modo valorizzando il giudizio di disfunzionalità dell'opzione normativa di considerare inefficaci le predette clausole: disfunzionalità proprio in ragione delle finalità liquidatorie che caratterizzano la procedura in esame, la quale troverebbe conferma dall'astratta possibilità di creare convenzionalmente categorie di "contratti personali" che avrebbero un regime disciplinare segnato proprio dal ricorrere dell'effetto risolutorio per il caso di insorgenza della procedura liquidatoria.

Occorre porre in evidenza, incidentalmente, che l'analisi compiuta dall'autore, soprattutto quando tenta di indagare più nel dettaglio i poteri dei privati nelle procedure concorsuali, è incline sempre a proporre giudizi di conformità della singola opzione interpretativa adottata (nei termini di riconoscimento o meno di un dato potere) alle finalità della procedura concorsuale, di volta in volta, considerata, per come normativamente tratteggiate.

Anche l'analisi degli accordi di ristrutturazione si segnala per la rilevanza assegnata alle conseguenze applicative; al riguardo è opportuno porre in evidenza, in particolare, l'idea dell'autore di estendere a questo istituto l'apparato rimediabile previsto in tema di concordato per il caso di inadempimento (155 ss.).



Le ragioni di questa estensione derivano, principalmente, dal progressivo accostamento “normativo” dell’accordo di ristrutturazione all’istituto concordatario; dalla progressiva emancipazione dell’istituto dallo schema contrattuale che porta all’impossibilità dell’applicazione indiscriminata dei classici rimedi contrattuali.

Il lavoro si chiude con notazioni di carattere sistematico volte a cristallizzare quello che potrebbe essere definito come una sorta di “nuovo” *trend* del diritto dell’insolvenza.

Da questo punto prospettico, il riconoscimento di un generale ampliamento dei poteri dei privati in questo peculiare settore del diritto, connesso alla perdita di centralità del fallimento (oggi liquidazione giudiziale) e alle difficoltà teoriche/concettuali di accostare alcune delle procedure richiamate al paradigma contrattuale portano l’autore a invertire la rotta scandita dall’espressione “dalla privatizzazione al contrattualismo” (M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 82 ss.); si abbraccia in tal modo una nuova prospettiva ben sintetizzata attraverso l’espressione “dal contrattualismo alla privatizzazione”.

Secondo l’a., in conclusione, l’ampliamento dei poteri dei privati all’interno delle procedure concorsuali non deve ritenersi sinonimo del riconoscimento di un maggior ruolo e di una rinnovata centralità del paradigma contrattuale all’interno di questo peculiare ambito disciplinare, quanto, piuttosto, espressione di una più generale tendenza normativa che troverebbe concreta espressione anche nell’introduzione di nuove figure, quali, ad esempio, la “composizione negoziata”, sempre più tese a far ritenere il fallimento (oggi liquidazione giudiziale) quale *extrema ratio*, quale strumento soltanto residuale ai fini della risoluzione di molte delle questioni oggetto del “nuovo” diritto dell’insolvenza.

Il volume merita, dunque, di essere segnalato ed apprezzato, non solo per l’impegno dimostrato dall’a. nell’indagine, puntuale, accurata e chiara nell’esposizione del percorso argomentativo prescelto, ma anche perché riesce a conferire al lavoro un carattere di novità ed originalità teorica non disgiunta dalla sua concreta utilità pratica.

[ENRICO GABRIELLI]



V. RICCIUTO, *L'EQUIVOCO DELLA PRIVACY. PERSONA VS. DATO PERSONALE*, E.S.I., NAPOLI, 2022

### “L'EQUIVOCO DELLA PRIVACY”. CIRCOLAZIONE DEI DATI PERSONALI E TUTELA DELLA PERSONA

In un recente volume dal titolo accattivante “*L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*”, Vincenzo Ricciuto offre un'approfondita rilettura del ‘romanzo della *privacy*’, superando la tradizionale concezione che predica la fungibilità delle nozioni di “persona” e “dato personale”, integranti una vera e propria endiadi che si radicherebbe esclusivamente nella sfera della personalità morale dell'individuo<sup>1</sup>.

Con spiccata sensibilità, l'Autore mette in luce la peculiare attitudine della *privacy* e della sua elaborazione scientifica a rappresentare un punto di osservazione privilegiato di tendenze culturali e mutamenti politici, economici e sociali propri dell'esperienza contemporanea.

Nel 1966, Edward Shils poteva scrivere, in un saggio intitolato *Privacy: its Constitution and Vicissitudes*, che sebbene «l'idea di *privacy* sia vaga e difficile da collocare in una giusta prospettiva», essa evoca una «zero-relationship nel senso che è costituita dall'assenza di interazione o comunicazione o percezione»<sup>2</sup>. La *privacy*, dunque, come «diritto espressione di una realtà economico-sociale borghese», diretto a difendere la sfera intima della persona dall'invasione della curiosità pubblica<sup>3</sup>, in una logica dell'appartenenza idonea a sollecitare l'impiego dell'armamentario concettuale proprio delle situazioni proprietarie e, in particolare, del tratto dello *ius excludendi omnes alios* che ne caratterizza il relativo dogma.

Una ricostruzione divenuta precocemente anacronistica, con l'avvento delle tecnologie informatiche e delle banche dati che, dando vita a quello che Arthur R. Miller definisce, nel 1971, *The Assault on Privacy*<sup>4</sup>, promuovono una profonda rielaborazione della relativa nozione, alla quale ascrivere – oltre alla funzione di escludere, in negativo, altrui intromissioni nella propria dimensione individuale – quella di permettere, in positivo, con le parole di Stefano Rodotà, il controllo del «flusso di informazioni riguardanti un determinato soggetto»<sup>5</sup>.

Ma, soltanto nell'attuale modello di organizzazione capitalistica, i dati personali divengono oggetto di transazioni economiche<sup>6</sup>, cioè di uno scambio, spesso implicito, che contribuisce alla creazione di un vero e proprio mercato altrettanto implicito<sup>7</sup>. Nella *data economy*, come afferma una celebre copertina dell'*Economist* del maggio 2017, «The world's most valuable resource is no longer oil, but data».

I *social network* – che costituiscono, ormai, il principale strumento di diffusione e accesso alle informazioni – basano il proprio *business* sul trattamento a fini di profilazione commerciale di grandi volumi di dati, per consentire tanto una valutazione della domanda individuale di consumo a scopi di pubblicità e commercializzazione personalizzata, quanto una stima di quella aggregata che tratteggia le tendenze evolutive dei

<sup>1</sup> V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022.

<sup>2</sup> E. SHILS, *Privacy: Its Constitution and Vicissitudes*, in *Law and Contemporary Problems*, 1966, 31, 281.

<sup>3</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 15.

<sup>4</sup> A.R. MILLER, *The Assault on Privacy. Computers, data banks, and dossiers*, Michigan, 1971.

<sup>5</sup> S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 130.

<sup>6</sup> Cfr. A. QUARTA,  *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020.

<sup>7</sup> In tal senso, M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019, 24.





mercati<sup>8</sup>. Il processo di elaborazione e aggregazione dei dati mediante algoritmi permette, infatti, di costruire modelli predittivi di preferenze e domanda di beni e servizi<sup>9</sup>, oltre a favorire lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale alla base di una crescente automazione dei processi produttivi<sup>10</sup>.

Nell'ecosistema digitale, pertanto, i dati acquistano un valore economico, che aumenta con il loro volume e la loro varietà<sup>11</sup>. L'esigenza di massimizzare la rivelazione dei dati è alla base della strutturazione apparentemente gratuita di numerosi servizi disponibili in rete – come i motori di ricerca, le piattaforme *social*, il *cloud computing* – ove si realizza uno scambio, in una logica spesso inconsapevolmente corrispettiva, tra l'accesso al servizio e la rivelazione di informazioni personali<sup>12</sup>. Una rete di scambi e operazioni economiche che avvengono non in un mercato trasparente di transazioni commerciali esplicite, ma in un mercato sottratto a ogni cornice istituzionale e regolatoria<sup>13</sup>.

In questo scenario, Vincenzo Ricciuto avverte che il fenomeno della circolazione dei dati personali non si presta più a essere ricondotto al tradizionale paradigma “escludente” della *privacy*, quale diritto della personalità di natura indisponibile adeguato a beni sottratti alla negoziabilità, ma neppure a un modello proprietario che, assoggettando i dati a un processo di *commodification*, li equipari a qualsiasi merce di scambio sottoposta alla disciplina comune della circolazione giuridica. Piuttosto, secondo l'Autore, il trattamento dei dati personali e la loro circolazione costituiscono un «fenomeno (soprattutto) del diritto delle obbligazioni e del contratto» e, dunque, «della relatività delle situazioni giuridiche soggettive»<sup>14</sup>, pur in una «ineliminabile intersezione» con il piano della tutela della personalità, che rappresenta un «limite ineludibile» volto a disegnare l'ambito e i confini delle negoziazioni<sup>15</sup>.

Tuttavia, quello che viene efficacemente definito “l'equivoco della *privacy*” continuerebbe a influenzare non soltanto l'elaborazione dogmatica e l'interpretazione delle Corti, ma perfino il formante legale, dando prova di quella che Cass Sunstein definisce «the expressive function of law», cioè la funzione del diritto consistente nell'incoraggiare le norme sociali a muoversi in particolari direzioni<sup>16</sup>. Infatti, le principali fonti di diritto europeo – cioè il regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche in materia di trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati (c.d. GDPR) e la direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali – contribuiscono all'effetto illusorio che il trattamento dei dati personali non rappresenti un fenomeno costitutivo di un'attività economica aperto alla prospettiva contrattuale, giacché – pur accostandosi al problema della “disposizione” dei dati – rifuggono dall'impiego delle categorie proprie del diritto privato patrimoniale<sup>17</sup>.

<sup>8</sup> V. M. DELMASTRO, A. NICITA, *op. cit.*, 11.

<sup>9</sup> A. ACQUISTI, L. BRANDIMARTE, G. LOEWENSTEIN, *Privacy and Human Behavior in the Age of Information*, in *Science*, 347 (6221), 2015, 509 ss.

<sup>10</sup> L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, Milano, 2014.

<sup>11</sup> M. DELMASTRO, A. NICITA, *op. cit.*, 23.

<sup>12</sup> Si veda R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, 96 ss.

<sup>13</sup> Osservano M. DELMASTRO, A. NICITA, *op. cit.*, 31, che: «la questione della cessione del dato, e della sua valorizzazione economica, non rileva solo per la tutela della *privacy*, ma anche al fine della costruzione giuridica, oltre che economica, di un vero e proprio mercato trasparente dei dati».

<sup>14</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 40.

<sup>15</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 45.

<sup>16</sup> C.R. SUNSTEIN, *Social Norms and Social Roles*, in *Colum. L. Rev.*, 1996, 953; ID., *On the Expressive Function of Law*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1996, 2024 s.

<sup>17</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 41 ss.



Celare che la circolazione dei dati personali si realizzi nel mercato come un'operazione di scambio finisce, secondo Ricciuto, non soltanto per impedire, dal punto di vista epistemologico, una piena e corretta comprensione del fenomeno, ma anche per frustrare le esigenze di tutela della persona dell'interessato – cioè del soggetto al quale si riferiscono i dati –, che non si esauriscono nella sola dimensione dei diritti soggettivi assoluti inerenti alla sfera della personalità, poiché «a seconda dei contesti nei quali agisce, la persona stessa è ora contraente, ora consumatore, ora imprenditore»<sup>18</sup>, con la conseguenza di esigere l'applicazione di modelli rimediali di natura non soltanto aquiliana, ma anche contrattuale, spesso maggiormente adeguati rispetto alla fisionomia degli interessi in gioco. Avverte l'Autore: «la circolazione economica dei dati personali, la rete di scambi che li ha ad oggetto, e sostanzialmente l'esistenza di un mercato degli stessi, vanno riconosciute proprio per poterle regolare»<sup>19</sup>.

Risuona qui la lezione di Paolo Grossi che – richiamando la necessità che l'universo giuridico, «se vuol costituirsi e restare esperienza vitale»<sup>20</sup>, rifletta la realtà fattuale – invitava a «rivedere le categorie ordinanti per evitare il rischio di continuare a contare su forme giuridiche coartanti, che provocano un *déclin du droit* e isolano il giurista dalle forze storiche e da quei fatti di cui pure ha consapevolezza»<sup>21</sup>.

I dati personali, quali beni giuridici, hanno un «carattere polivalente e polifunzionale»<sup>22</sup>, giacché la disciplina della loro circolazione risolve un conflitto che oppone, da una parte, l'interesse di ogni persona a mantenere il controllo sui dati che la riguardano, che assurge al rango di diritto fondamentale (artt. 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 16, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) e, dall'altra, l'interesse delle autorità pubbliche e degli operatori economici al trattamento delle informazioni altrui per un' indefinita varietà di scopi<sup>23</sup>, nel rispetto del principio di «libera circolazione dei dati personali nell'Unione» che – secondo l'art. 1, paragrafo 3, GDPR – «non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali»<sup>24</sup>.

La riferita polifunzionalità dei dati li rende inadatti all'appropriazione esclusiva, generando una difficoltà di assolvimento della funzione attributiva da parte dei diritti reali. Il dato personale – definito dall'art. 4, paragrafo 1, n. 1, GDPR come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile» – ha intrinsecamente natura non patrimoniale, in quanto elemento costitutivo dell'identità personale dell'interessato<sup>25</sup>. Ma al contempo, rappresenta un'entità rilevante sotto il profilo economico, suscettibile di formare oggetto da parte di terzi non di situazioni di appartenenza di stampo dominicale, cioè di attività di godimento e disposizione, ma di trattamento per specifiche finalità meritevoli di tutela<sup>26</sup>.

Ammettere che i dati personali abbiano un valore economico non richiede, pertanto, di accogliere un approccio *market-oriented* che li consideri in grado di circolare nel mercato come qualsiasi altra *commodity* suscettibile di sfruttamento commerciale<sup>27</sup>. Nel vigente ordinamento italo-europeo, infatti, i dati personali non

<sup>18</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 52.

<sup>19</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 86.

<sup>20</sup> Così, P. GROSSI, *Omaggio ad Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 327.

<sup>21</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, 331.

<sup>22</sup> F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 156.

<sup>23</sup> Cfr. C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 37 ss.

<sup>24</sup> Una visione di insieme in V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2018, 1098 ss.

<sup>25</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, 482 ss.

<sup>26</sup> In questo senso, F.G. VITERBO, *op. cit.*, 153-156.

<sup>27</sup> Sul punto, A. DE FRANCESCHI, M. LEHMANN, *Data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection*, in *The Italian Law Journal*, 2015, 51 ss.



integrano, in quanto tali, beni immateriali trasferibili secondo il significato condiviso dal diritto privato europeo, e dunque assoggettabili allo statuto generale del trasferimento delle situazioni proprietarie<sup>28</sup>. Diversamente, integrano beni negoziabili le utilità ritratte *attraverso* e *dopo* un'attività di trattamento da parte del titolare dello stesso, conformemente al particolare statuto normativo della *data protection*<sup>29</sup>, nell'ambito di un regime di circolazione che risulta, dunque, speciale e autonomo rispetto a quello di ogni altro bene materiale o immateriale, deviando dall'ordinaria disciplina contrattuale in virtù della particolare natura del bene oggetto di disposizione<sup>30</sup>. Scrive Ricciuto: la circolazione del dato non presuppone la cessione del bene mediante negozi traslativi, ma avviene con negozi «costitutivi di un diritto a trattare i dati personali: sono questi ultimi atti che rendono possibile il principio di circolazione del dato»<sup>31</sup>.

Del resto, già nel 1972, Pietro Perlingieri, nel corso dedicato a “La personalità umana nell'ordinamento giuridico”, metteva in luce l'irriducibilità della negoziabilità alla patrimonialità, giacché la prima, nel verificare l'idoneità di un bene a formare oggetto di un atto di autonomia, è chiamata ad accertare non l'acquisizione da parte di *quel* bene di un apprezzabile valore di scambio, sul piano socio-economico, ma piuttosto l'attitudine di *quell'*atto di autonomia, anche in ragione della sua funzione, a realizzare interessi meritevoli di tutela<sup>32</sup>. Meritevolezza che non è esclusa dall'incidenza del negozio su beni di natura esistenziale, ove la predominanza del profilo non economico si limita a condizionare l'ampiezza e il modo di operare del potere di disposizione<sup>33</sup>, con la conseguenza che viene meno «ogni giustificazione di una costruzione generale, in sede negoziale, della figura del potere di disposizione e della relativa conseguente attività dispositiva»<sup>34</sup>.

In altri termini, come dimostra anche la crescente circolazione degli attributi della personalità suscettibili di sfruttamento commerciale, la natura non patrimoniale di un bene non è incompatibile con la sua assunzione a oggetto di un negozio, ma solleva piuttosto l'interrogativo di quale assetto regolatorio sia in grado di conciliare l'inerenza del bene alla sfera della persona con la logica ordinaria dello strumento contrattuale, quale tecnica dispositiva diretta a realizzare in maniera tendenzialmente stabile spostamenti di ricchezza<sup>35</sup>.

In questa prospettiva, secondo Ricciuto, la circolazione dei dati personali «affidata a meccanismi contrattuali dovrà sempre considerare le limitazioni poste a quell'operazione» dalla natura del bene<sup>36</sup>, come dimostrano, innanzi tutto, i principi e le regole tendenti a conformare il trattamento sì da valutarne la liceità (art. 6, GDPR) e, inoltre, il riconoscimento all'interessato tanto del potere di revocare «in qualsiasi momento» il consenso prestato (art. 7, GDPR), quanto di un *set* di diritti nei confronti del titolare del trattamento – quali quelli di accesso, rettifica, cancellazione, limitazione di trattamento e portabilità dei dati (artt. 15-20, GDPR) – che gli permettono di mantenere il controllo sui dati e sulle loro utilizzazioni future.

In particolare, il regime di circolazione dei dati personali risulta profondamente inciso dalla previsione della revocabilità del consenso che, senza escludere la negoziabilità del fenomeno, conferma l'inapplicabilità

<sup>28</sup> Acutamente, F.G. VITERBO, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, 604 s.

<sup>29</sup> F.G. VITERBO, *Freedom of contract*, cit., 606 s., il quale aggiunge: «The real crux of the question is establishing *wheter* and *how* personal data can circulate, that is to say, *wheter* and *how* they may be processed».

<sup>30</sup> F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali*, cit., 161 s.

<sup>31</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 61.

<sup>32</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Camerino-Napoli, 1972, 300 ss.

<sup>33</sup> M.A.URCIUOLI, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Napoli, 2018, 42 s.

<sup>34</sup> In tal senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 128.

<sup>35</sup> Si rinvia a G. RESTA, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, a cura di G. ALPA, G. RESTA, II ed., Torino, 2019, 543 ss.

<sup>36</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 57.



ad esso di alcuni principi vigenti in materia contrattuale, come quello della irretrabilità del consenso, che impedisce la risolubilità del vincolo per volontà unilaterale di una parte, allo scopo di assicurare la certezza dei traffici giuridici. Esigenza di sicurezza che diviene, invece, cedevole quando gli accordi investono beni riconducibili alla sfera della personalità, i quali presentano un diverso grado di vincolatività, per l'inerenza alle situazioni esistenziali di un irrinunciabile *ius poenitendi*<sup>37</sup>. La revocabilità senza limiti del consenso salva-guarda, dunque, l'interesse a controllare le forme di trattamento del dato «oltre il primo atto di disposizione del diritto»<sup>38</sup>, a riprova dell'assenza di ogni effetto traslativo di una situazione di appartenenza.

La ricostruzione in termini negoziali delle vicende circolatorie dei dati personali conduce soprattutto Ricciuto a prefigurare un avanzamento del livello di tutela assicurato all'interessato, rispetto alle prospettive che attingono esclusivamente allo strumentario dei diritti assoluti della personalità. Delineare un'impostazione negoziale delle dinamiche di trattamento dei dati si accompagna, infatti, a una coerente dilatazione delle forme di protezione degli interessi coinvolti oltre la dimensione aquiliana.

Così, il problema del rischio nel trattamento dei dati personali – tradizionalmente affrontato nella prospettiva riparatoria della lesione di un diritto soggettivo assoluto, dunque nel perimetro della responsabilità per esercizio di un'attività pericolosa (art. 2050 cod. civ.) – trova più appropriata collocazione nella disciplina dei profili (non patologici, bensì) fisiologici dell'attività di trattamento, ove il principio di *accountability* fatto proprio dal GDPR pone in capo al titolare molteplici obblighi di valutazione e gestione del rischio (*privacy by design; privacy by default*; valutazione di impatto sulla protezione dei dati; ecc.), testimoniando lo spostamento del baricentro della regolazione dall'ambito extracontrattuale a quello dell'attività di impresa svolta nel mercato<sup>39</sup>.

All'esigenza di rafforzare la protezione del soggetto al quale si riferiscono i dati risponde, altresì, la revisione critica delle concezioni che, rifiutando la qualificazione dei dati personali in termini di corrispettivo per la fornitura di beni o servizi, sostengono l'irriducibilità al consenso contrattuale del consenso al trattamento, inteso quale atto autorizzativo a carattere unilaterale con il quale si esercita il diritto di autodeterminazione informativa<sup>40</sup>. L'esclusione di un doppio consenso – che, «sia pure nel contesto di un'operazione economica unitaria»<sup>41</sup>, rimanda a un duplice piano disciplinare del contratto e della circolazione dei dati – e la conseguente configurazione del consenso al trattamento come elemento di una fattispecie negoziale permette, infatti, a Ricciuto non soltanto di saldare la divaricazione tra forma giuridica e sostanza economica del fenomeno, ma anche di assoggettare il rapporto alla normativa contrattuale in quanto compatibile, allargando l'apparato rimediabile a disposizione dell'interessato.

Da una parte, le tutele contrattuali potranno assicurare adeguata rilevanza alle patologie del consenso al trattamento, alla luce del suo effettivo profilo funzionale in un contesto di scambio<sup>42</sup>; dall'altra, l'invocabilità del «principio di necessaria giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali»<sup>43</sup> permette di sotto-

<sup>37</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., 127.

<sup>38</sup> Lo osserva, G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 339.

<sup>39</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 124 ss.

<sup>40</sup> G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il Regolamento 2016/679*, in *Annuario del contratto*, 2018, 127 ss. Cfr., altresì, C. IRTI, *Consenso "negoziato"*, cit., 64 ss., la quale ricostruisce il rilascio del consenso al trattamento dei dati come prestazione condizionale. Di «atto oggettivamente complesso» discorre R. SENIGALLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, 138.

<sup>41</sup> Così, C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 510 s.

<sup>42</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 150.

<sup>43</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 146.



porre al controllo ordinamentale la rilevanza causale della scelta di fornire i dati nell'ambito di un'operazione economica<sup>44</sup>.

La collocazione della circolazione dei dati in una dimensione negoziale consente, infine, a Ricciuto di applicare all'interessato che assuma la qualifica di consumatore le relative forme di protezione, come confermano le tendenze evolutive del diritto europeo che, con la *direttiva (UE) 2019/2161* del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, estende la normativa consumeristica e, in particolare, l'ambito applicativo della *direttiva (UE) 2011/83* del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, ai contratti di fornitura di servizi digitali nei quali «il consumatore comunica o si impegna a comunicare dati personali»<sup>45</sup>. La centralità dei dati personali nell'attuale assetto dell'economia capitalistica enfatizza l'importanza di applicare alla loro circolazione le tutele proprie del diritto dei consumi, quali quelle in materia di clausole vessatorie, includendo la prestazione di fornire i dati personali nella valutazione dell'equilibrio normativo del contratto<sup>46</sup> e in materia di pratiche commerciali scorrette, come hanno recentemente riconosciuto l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato e la giurisprudenza amministrativa<sup>47</sup>.

In conclusione, siamo grati a Vincenzo Ricciuto per avere offerto un contributo prezioso alla ricostruzione del fenomeno della circolazione dei dati personali che, promuovendo una revisione critica degli approcci interpretativi più consolidati, adegua le categorie giuridiche alle istanze che promanano dalla realtà economico-sociale, così da stimolare la riflessione scientifica a proseguire nel perenne processo di invenzione del diritto che ne assicuri la coerenza al divenire storico.

[GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA]

---

<sup>44</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 150 s.

<sup>45</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 161.

<sup>46</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 157.

<sup>47</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 174 s.





V. RICCIUTO, *L'EQUIVOCO DELLA PRIVACY. PERSONA VS. DATO PERSONALE*, E.S.I., NAPOLI, 2022

### “L'EQUIVOCO DELLA PRIVACY” TRA CONSENSO E CAPACITÀ

Quello di Vincenzo Ricciuto è un libro di alta ermeneutica giuridica, che giunge a una tesi ragionevole, risultante dal connubio tra il pluralismo della realtà, le regole e la gerarchia dei valori dell'ordinamento giuridico<sup>1</sup>.

È un libro che, assumendo ad oggetto della sua analisi il delicato e complesso ambito del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, non si fa attendere nelle soluzioni, non si rifugia nella timidezza critica, non indugia a respingere con fermezza esercizi dogmatici tendenti più a servire la “certezza” delle categorie che a rispondere realmente agli interessi tutelati<sup>2</sup>.

Insomma, è un libro intriso di consapevolezza realistica, oltre che di straordinaria coscienza di metodo, che scruta il diritto fondamentale guardando al dato personale come bene dotato di *valore*<sup>3</sup>, di cui può liberamente disporre l'interessato o, a prescindere dal suo consenso, può farne uso un terzo che abbia oggettiva necessità di trattarlo per il funzionamento o l'esecuzione di talune specifiche attività (le altre basi di liceità)<sup>4</sup>.

Osservando, quindi, il fenomeno della “circolazione dei dati”, l'autore dispiega la sua tesi muovendo da alcune premesse logico-ricostruttive, che possono riassumersi in cinque punti:

*i)* il dato personale è *valorizzato* dal mercato; esso è dunque un bene giuridico attratto dalla funzione circolatoria;

*ii)* il dato personale è un bene giuridico che non può essere ridotto a “pura merce”, ma è un bene (una merce) “speciale”, essendo espressione dell'identità personale dell'uomo;

*iii)* il suo regime di circolazione, per ciò, è senz'altro sottratto alla logica proprietaria, dell'attribuzione esclusiva, legata alla tradizionale lettura, esclusivamente in senso privativo, dell'atto di disposizione<sup>5</sup>;

*iv)* Il GDPR intende ordinare questa realtà, articolando una disciplina del fenomeno di “circolazione dei dati” e quindi dell'*attività* di trattamento degli stessi. In definitiva, si è al cospetto di una disciplina del *rapporto* e non del *diritto soggettivo*.

*v)* Quando, poi, la base di legittimazione del trattamento è il consenso dell'interessato, quest'ultimo non può che assumere natura negoziale.

Vorrei ripercorrere i nodi problematici, dalla cui decostruzione e ricostruzione critica discendono le pre-

<sup>1</sup> Si veda, in particolare, S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 20 ss.; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 33 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 16 ss.; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 18 ss.

<sup>2</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 28 ss.

<sup>3</sup> Si rinvia a V. ZENO-ZENCOVICH, *profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, 549 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 2 s.; N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, *passim*.

<sup>4</sup> V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 54 ss.

<sup>5</sup> Sul punto L. MENGONI, F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 189 ss.



messe appena enunciate e la relativa tesi, assumendo a banco di prova la questione del trattamento dei dati personali del minore di età<sup>6</sup>. Questione ben nota all'autore, tanto da eleggerla ad uno degli ambiti di approdo della propria teoria, nel punto in cui smentisce l'idea della necessità di tenere separato il consenso contrattuale dal consenso al trattamento nelle operazioni economiche riguardanti la fornitura di contenuti o servizi digitali contro la fornitura di dati personali<sup>7</sup>. Segnatamente, la critica è rivolta alla lettura che ritiene fondamentale operare la scomposizione del processo di sfruttamento dei dati personali, giungendo ad affermare che oggetto del relativo contratto non sono i *dati* bensì il *consenso* al loro trattamento, tenendo comunque separato, in termini formali e sostanziali, il *consenso autorizzativo* (a trattare i dati) dal *consenso negoziale* di adesione dell'utente al regolamento contrattuale. Sì che il contratto di scambio beni/servizi contro dati assumerebbe la struttura di una promessa sinallagmaticamente condizionata a una prestazione di controparte, attraendolo, così, nello schema dell'art. 1333 cod. civ.<sup>8</sup>.

Questa lettura condurrebbe, con riferimento al minore di età, all'esito paradossale di affermare la capacità a manifestare il consenso al trattamento dei dati personali nell'offerta diretta di servizi della società dell'informazione, tenendo ferma l'incapacità contrattuale.

Nello specifico, prendendo a riferimento l'art. 8 GDPR, così come attuato dall'art. 2-*quinquies* d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, al minore ultraquattordicenne deve essere riconosciuta la capacità di esprimere il consenso (secondo la tesi criticata, non negoziale ma autorizzativo) al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. Allo stesso, però, non sarebbe consentito concludere validamente il contratto di fornitura dei propri dati personali in cambio della fornitura di contenuti o servizi digitali (contratto, questo, considerato dalla dir. UE 2019/770 e dagli artt. 135-*octies* e ss. Cod. cons.). In questi termini, il par. 3 dell'art. 8 GDPR, a tenore del quale «il paragrafo 1 non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto al minore», è inteso nel senso di far salva la rigidità della regola e del dogma della incapacità di agire dell'infradiciottenne.

Vincenzo Ricciuto segnala, con efficace immediatezza, l'assurdità di una tale lettura, passando subito a evidenziare le sue ricadute effettuali, prima ancora delle sue implicazioni assiologiche<sup>9</sup>. Egli osserva che, predicando rispetto al minore ultraquattordicenne la capacità al consenso (autorizzativo) al trattamento e l'incapacità al consenso contrattuale, l'inferenza è che in presenza di un contratto di scambio contenuti/servizi digitali contro dati personali concluso da quel minore si dovrebbe ritenere invalido soltanto il contratto (perché stipulato da persona incapace di agire); con la possibile conseguenza che il minore potrebbe vedersi privato del contenuto/servizio digitale (ad es. un gioco) mentre il fornitore di quest'ultimo potrebbe legittimamente continuare a utilizzare i dati personali fin tanto che non intervenga la revoca dell'interessato<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Ci sia consentito rinviare al nostro *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, 75 ss.

<sup>7</sup> Sul punto si veda pure F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura dei servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impr.*, 2019, 139 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, *passim*.

<sup>8</sup> La ricostruzione in questi termini è ampiamente argomentata da C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, *passim*.

<sup>9</sup> Si veda anche G. CAPILLI, *La tutela dei dati personali dei minori*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d. lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, Scritti in memoria di S. Rodotà, Milano, 2019, 253; A. ASTONE, *I dati personali dei minori in rete. Dall'internet delle persone all'internet delle cose*, Milano, 2019, 25 ss.

<sup>10</sup> V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022, 139.



La precomprensione – o per dirla con il titolo del volume «l’equivoco» — che vizia la lettura del fenomeno della “circolazione dei dati personali”, anche nei termini appena segnalati, è individuata nel *sovrapporre il dato personale con la persona*, sì che come quest’ultima non può essere attratta dalle logiche del mercato, specialmente da quelle appropriative, così i suoi dati devono rimanere estranei dallo stesso e dai suoi strumenti giuridici di circolazione. Ma l’incantesimo dell’endiadi (dato personale e persona), contestato dall’autore con la forza del metodo, si scioglie nel momento in cui dalla visione monistica della persona si approda a quella pluralistica, disponendo i “beni” protetti dai diritti della c.d. “personalità morale”<sup>11</sup> dell’individuo anche al possibile apprezzamento esterno del mercato. Di qui, l’atto dispositivo di talune forme di utilizzo di codesti “beni” assurge a strumento di svolgimento della personalità nei limiti della dignità umana<sup>12</sup>.

Nel caso dei dati personali, la legittimità del loro trattamento da parte di terzi è perimetrata dai principi di *lealtà, finalità, consenso* o altra base di legittimazione (art. 8, par. 2, CDFUE), e non anche dal principio di *extracommerciabilità* (gratuità), come avviene per i diritti della c.d. “personalità fisica” (art. 3, par. 2, lett. c) CDFUE; art. 5 cod. civ.)<sup>13</sup>. Sì che, essendo acquisita la loro utilità economica, apprezzata dal mercato, essi possono divenire oggetto di un atto negoziale di disposizione da parte dell’interessato<sup>14</sup>. Ma la loro inerenza alla persona, sempre integra e inviolabile, connota necessariamente di *specialità* il contratto e, più in generale, il loro regime di circolazione. Segnatamente, e in sintesi, con il consenso negoziale al trattamento dei propri dati personali la persona (l’interessato): *i*) può disporre del dato senza disporre di se stessa; *ii*) non perde la disponibilità del dato, ma soltanto l’esclusività; *iii*) ha diritto di mantenere il controllo costante dei dati oggetto del trattamento; *iv*) non perde il potere di riavere l’esclusiva disponibilità del dato, sottraendolo alla circolazione, per il tramite dell’esercizio della revoca del consenso al trattamento. Tanto che, l’effetto dell’atto di disposizione – «da comprendere», come segnala l’autore, «non con riferimento al tipo ma alla causa»<sup>15</sup> – non è la *cessione* del dato bensì la sua *dazione in godimento* (il suo utilizzo, il suo trattamento) non esclusivo e non escludente altre, pure contestuali, dazioni in godimento.

Proprio in ragione di questo regime speciale, l’autore, continuando a far leva sull’efficacia descrittiva delle figure retoriche, oltre a respingere l’*endiadi* persona/dato personale, segnala l’*ossimoro* che esprime la diffusa locuzione “persona *versus* dato personale”, essendo irrinunciabile la considerazione del legame tra il dato e la personalità dell’interessato, tanto da esigere una disciplina speciale della circolazione dei dati personali, come quella articolata dal GDPR. E allora, volendo ancora ricorrere all’ausilio delle figure retoriche, quella più adatta è la *sineddoche*, ravvisando nel diritto fondamentale alla protezione dei dati personali l’espressione di principio nella cui semantica, irriducibile al concetto di *privacy*, rientrano i diversi diritti della personalità, il cui esercizio trascende le espressioni prettamente morali per comprendere anche quelle economiche, le quali, nell’ermeneutica della persona, trovano nella dignità il limite invalicabile<sup>16</sup>.

È anzitutto dalla presa d’atto di questo ampio spettro assiologico del diritto alla protezione dei dati personali che anche la disciplina, specialmente quella articolata dal GDPR, ha spostato il proprio punto di riferimento dalla *persona* all’*attività* del trattamento del dato, tutta improntata sul principio della gestione del rischio<sup>17</sup>. Si

<sup>11</sup> Si rinvia a G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 134; A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 138.

<sup>12</sup> P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 34; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 192.

<sup>13</sup> A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., 134; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, 102 ss.

<sup>14</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 48.

<sup>15</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 164.

<sup>16</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 51.

<sup>17</sup> F. BRAVO, *L’«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 775 ss.



tratta del rischio di lesione di quel (meta)diritto fondamentale; un rischio che, seppure ineliminabile, necessita di essere disciplinato dalla legge, regolato dagli addetti (soggetti pubblici o privati) alla *governance* della *data protection* e amministrato dalle *Autorithies*. È in ragione di ciò che se il punto di riferimento della disciplina è l'attività, il suo ordine funzionale è pur sempre di carattere personalistico<sup>18</sup>.

L'inferenza di tutto questo, come precisa l'autore, è che la «disciplina del trattamento dei dati nella prospettiva del diritto civile è sempre caratterizzata da un'ineliminabile intersezione dei piani e delle logiche dei diritti assoluti con le situazioni giuridiche dei rapporti obbligatori»<sup>19</sup>.

Tant'è che in tutto l'impianto del GDPR e in ogni «condizione» di liceità del trattamento dei dati personali, sfuma la logica del *diritto soggettivo*, legata all'ordine «dominicale» dell'appartenenza esclusiva (privativa), prevalendo invece quella del *rapporto giuridico*; la quale esige, in tutti i casi, la cooperazione fiduciaria delle parti, consistente nella cura dei reciproci interessi imposta dal principio generale di buona fede.

E quando la base di legittimazione del trattamento è il consenso dell'interessato il rapporto giuridico non può che avere natura contrattuale: il consenso è sempre prestato per avere qualcosa in cambio, la quale cosa viene data per poter trattare i dati personali<sup>20</sup>; tanto che, come avverte ripetutamente il noto docufilm americano *The Social Dilemma*, «se il servizio è gratis, il prodotto sei tu».

Si tratta, dunque, evidentemente di un contratto di scambio ove la fornitura dei dati personali giustifica la prestazione del bene o servizio, e viceversa, definendo così l'elemento causale<sup>21</sup>. E in questa dinamica, il consenso al trattamento del dato non sta fuori dal contratto, ma partecipa all'unica fattispecie, costituendo e regolando il rapporto, assumendo quindi necessariamente carattere negoziale. Di qui la *complessità oggettiva dell'atto*<sup>22</sup> consistente nella pluralità contenutistica di volontà dell'interessato (di acquisire il bene e di autorizzare il trattamento), volontà che si manifestano in un unico atto.

In definitiva, nell'operazione economica di scambio beni/servizi contro dati, consenso contrattuale e consenso al trattamento di fatto concorrono *contestualmente*, e quindi *unitariamente*, a edificare la fattispecie negoziale<sup>23</sup>.

Mal rispicchia, invece, la realtà delle cose e del diritto la lettura, diffusamente contestata nel volume, secondo la quale «le parti stipulano un contratto con il quale assumono, rispettivamente, il fornitore l'obbligo di erogare il servizio e il consumatore l'impegno ad esprimere in cambio, successivamente (almeno dal punto di vista logico concettuale, se non temporale), il proprio consenso al trattamento dei dati personali»<sup>24</sup>. Una lettura questa che «separa, nell'ambito dell'operazione economica, il momento del consenso contrattuale – in cui si conclude il contratto relativo al bene o al servizio – dal momento del consenso all'uso dei dati personali, ipotizzando così una differenza di rapporto e di natura»<sup>25</sup>.

Pertanto, come ben osserva Ricciuto, che il consenso al trattamento abbia natura negoziale e partecipi all'unica fattispecie, dando vita a un rapporto contrattuale, è ulteriormente attestato dalla terminologia decisa

<sup>18</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 128.

<sup>19</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 45 e 120.

<sup>20</sup> C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, 13 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 1381 ss.

<sup>21</sup> Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione dei dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499 ss.

<sup>22</sup> Si veda F. MIGLIARESE, voce *Atto complesso*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 2.

<sup>23</sup> Sul tema S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, 19 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, *passim*.

<sup>24</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 143.

<sup>25</sup> V. RICCIUTO, *op. cit.*, 139.



dal nostro legislatore in sede di trasposizione della dir. UE 2019/770<sup>26</sup>: superando le timidezze terminologiche del legislatore eurounitario, volte più ad assecondare i timori espressi dall'*European data Protection Supervisor* nella nota *Opinion* del 2017, l'art. 135-*octies* Cod. cons., introdotto dal d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173, non si esprime in termini di «impegno», come nella direttiva, ma di «obbligo» del consumatore a fornire dati personali al professionista. Un impegno, quindi, che si traduce in una vera e propria obbligazione confermando perciò la natura negoziale del consenso. E non può costituire un argomento dirimente il fatto che si tratti di un'obbligazione non coercibile, conoscendo il nostro ordinamento già altre forme di obbligazione che versano in questa stessa condizione per il fatto di essere consegnate alle prerogative del diritto potestativo di recesso, istituite, nel nostro caso, dal potere di revoca del consenso al trattamento dei propri dati<sup>27</sup>.

Come dicevamo, la criticità della lettura che tiene separato il consenso (non negoziale) al trattamento e il consenso contrattuale allo scambio si sperimenta, con peculiare evidenza, nel momento in cui la si applica al consenso manifestato da un soggetto minorenne ultraquattordicenne.

Prendendo, come esempio, il consenso al trattamento manifestato da un quindicenne al gestore di una piattaforma ludica o *social*, *al fine* di usufruire di contenuti e servizi digitali, è dato osservare che, di fatto, tutto accade contestualmente e si consuma in un'unica fattispecie contrattuale con funzione di scambio. Ora, volendo imporre le categorie alla realtà fattuale, scindendo il consenso (ritenuto non negoziale) al trattamento dal consenso contrattuale, negando così la capacità del minore soltanto rispetto a quest'ultimo significa, nel nostro caso, esporre il contratto all'attivazione del rimedio caducatorio dell'annullabilità con l'effetto, come già poc'anzi osservato, di privare il minore del contenuto e servizio digitale, lasciando invece intatto il diritto del gestore di trattare i suoi dati personali. Ma se fossero questi i termini della questione, la soluzione più rigorosa, sia pure smentita dalla pratica, è che il mercato dovrebbe impedire al minore ultraquattordicenne di stipulare il contratto di fornitura di dati contro la fornitura di contenuti e servizi digitali<sup>28</sup>. Esito questo che, di fatto, si traduce nella neutralizzazione e nello sconfessamento del diritto a manifestare il consenso al trattamento (e quindi a disporre) dei dati personali.

In sostanza, in questo ambito problematico si assiste all'interazione tra la dimensione extracontrattuale e la dimensione contrattuale della persona. Sì che scindere la sfera personale da quella patrimoniale, riconoscendo la capacità di agire soltanto con riguardo alla prima, significa, ancora una volta cadere nell'equivoco dell'endiadi, minimizzando la duplice caratterizzazione patrimoniale e non patrimoniale del dato, così come di altro interesse personale parimenti oggetto di apprezzamento economico<sup>29</sup>. Tant'è che la negazione della capacità di disporre dei propri dati personali per remunerare un contenuto o un servizio digitale finisce inevitabilmente con l'ostacolare pure l'esercizio del diritto personale, sfociando, in definitiva, in una clamorosa eterogenesi dei fini.

Un esito, questo, senz'altro inammissibile anche in ragione del fatto, più volte ricordato, che quando la

<sup>26</sup> Si rinvia a C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione dei dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499 ss.; G. DE CRISTOFARO, *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, in *I Contratti*, 2019, 187 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, cit., 1393 s.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il Regolamento 2016/679*, in *Annuario del contratto*, 2018, 127 ss.; C. IRTI, *Consenso «negoziato» e circolazione dei dati personali*, cit., 79 ss.

<sup>27</sup> S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., 186 ss.

<sup>28</sup> Si vedano, in proposito le considerazioni svolte, A. ASTONE, *I dati personali dei minori in rete. Dall'internet delle persone all'internet delle cose*, cit., 25 ss.; E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in Internet*, Napoli, 2019, 193 s.

<sup>29</sup> G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 58 ss.





base di legittimazione è il consenso, specie nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, il dato assolve, appunto, alla funzione di remunerare il servizio o il contenuto di cui gode l'interessato. Insomma, si è al cospetto di una situazione paradigmatica in cui *persona e mercato* non ammettono considerazioni separate, bensì esigono una valutazione unitaria, la cui cifra di ragionevole compatibilità è segnata dalla *dignità* della persona<sup>30</sup>.

In definitiva, al minore quattordicenne non può non essere riconosciuto il potere negoziale di scambiare i propri dati personali con altri beni o servizi. Rispetto a questo approdo non può opporsi la lettura rigida della regola dell'incapacità contrattuale dell'infradiciottenne. Infatti, da un lato è soluzione ragionevole quella di ritenere che così come al minore munito della capacità di discernimento è riconosciuto il potere di esercitare i diritti personali strettamente legati alla sua identità, al medesimo deve essere pure riconosciuta la capacità contrattuale rispetto ad atti patrimoniali funzionali a realizzare la sua personalità (i c.d. contratti identitari della vita corrente<sup>31</sup>); dall'altro sono rintracciabili, nell'ordinamento, altri ambiti in cui è riconosciuta dalla legge la capacità contrattuale a un'età inferiore ai diciotto anni<sup>32</sup>.

Per concludere, nella prospettiva del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, alla quale — come decisamente ribadito dall'autore — deve essere indirizzata tutta la disciplina dell'attività di trattamento e del fenomeno della circolazione dei dati personali, le esigenze di tutela della persona non vengono assolte forzando la *funzione* (e quindi la qualificazione) del consenso al trattamento bensì *rafforzando* la sua effettività. Il diritto e il giurista sono oggi al cospetto del fatto, ricevuto dal diritto, che chiaramente viene segnalato da Michela Massimi e Guido Scorza in questi termini: «Quanti sono, secondo voi, gli utenti-ragazzini che hanno letto anche solo una parte dei termini d'uso e dell'informativa sulla *privacy* di *TikTok*, tanto per fare un esempio? Eppure..., quando si sono registrati su *TikTok*, quei ragazzini hanno accettato una regola che dice che per poter usare il servizio e condividere una manciata di video *devono* lasciare che *TikTok* tratti una quantità industriale di loro dati personali per far soldi. Val la pena scriverlo in termini più chiari: quei ragazzini hanno accettato di *pagare* il loro intrattenimento con una parte importante della loro identità personale»<sup>33</sup>.

Ebbene, dinanzi a questa fattualità, che si traduce in un contratto, il vero problema è: come rendere effettivo il consenso?

[ROBERTO SENIGAGLIA]

<sup>30</sup> F.D. BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 7 ss.

<sup>31</sup> R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, *passim*. V. anche D. DI SABATO, *Le relazioni economiche del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 700 ss.

<sup>32</sup> Si veda, tra l'altro, l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo per la protezione degli animali da compagnia del 13 novembre 1987, ratificata dall'Italia con l. 4 novembre 2010, n. 201.

<sup>33</sup> M. MASSIMI, G. SCORZA, *“La privacy spiegata semplice ai più giovani (e ai loro genitori)”*, Mondadori università, Milano, 2021, 52.



*SERGIO SEMINARA*

*Professore ordinario di Diritto penale – Università degli Studi di Pavia*

## **LE PRESTAZIONI PECUNIARIE SANZIONATORIE E IL DIRITTO PENALE\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ruolo della pena pecuniaria nel sistema penale. – 3. Pene pecuniarie private e diritto penale. – 3.1. La pena pecuniaria come condotta riparatoria. Una breve ricognizione storica. – 3.2. L'art. 162-ter cod. pen. e la riparazione come causa estintiva del reato. – 4. Sulla linea evanescente di confine. – 5. Conclusioni.

1. – Il libro di Carlotta De Menech, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, si conclude con un “passaggio di consegne” dal civilista al penalista, invitato a riflettere sulla «nuova categoria ordinante del diritto privato» costituita dalle pene pecuniarie private, con l'auspicio «che il risultato raggiunto ad esito di questo studio possa favorire, nel prossimo futuro, un alleggerimento del sistema criminale» (p. 418).

Occorre riconoscere che, nell'ottica penalistica, la monografia rappresenta un prezioso stimolo alla riflessione su categorie e classificazioni divenute sempre più fluide attraverso le riforme degli ultimi anni, offrendo un'occasione di approfondimento resa ancora più suggestiva dalla straordinaria ricchezza di spunti e dal rigore metodologico che ne ha guidato la stesura. È però opportuno aggiungere che, come si vedrà, il lavoro della De Menech induce pure inquietanti interrogativi sull'attuale evanescenza del confine tra sistema civile e sistema penale nei settori in cui quest'ultimo ha rinunciato alla minaccia della pena privativa della libertà personale.

2. – In ambito penalistico, la sanzione pecuniaria non ha mai conosciuto stagioni favorevoli.

Nell'impianto originario del codice essa era relegata a un ruolo ancillare e servente rispetto alla pena detentiva, nella quale sola il diritto penale interamente si rispecchiava. Né la situazione è mutata, in Italia, dopo la “scoperta” delle potenzialità della pena pecuniaria intorno agli anni '70 del secolo passato in Germania e poi negli altri sistemi europei continentali, attraverso la costruzione di un meccanismo commisurativo bifasico in base al quale – nel rispetto del principio di legalità – il giudice determina il numero delle quote alla luce della gravità oggettiva e soggettiva del fatto e quindi stabilisce il loro ammontare in funzione della capacità economica del reo.

---

\* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema “*Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*”, tenutosi il 26 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Pavia in occasione della presentazione del volume monografico di Carlotta De Menech.



Questo nuovo volto della sanzione pecuniaria, il solo che potesse consentirle di acquisire un ruolo realmente alternativo alla sanzione detentiva, è penetrato nell'ordinamento italiano assai limitatamente e, in particolare, in tema di sostituzione di pene detentive brevi (art. 53 l. 24 novembre 1981, n. 689) e di responsabilità delle persone giuridiche (artt. 10 ss. d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231). Fuori da tali ambiti, ha regnato pressoché incontrastato il modello della pena fissata tra un minimo e un massimo: nella costante disapplicazione dell'art. 133-*bis* cod. pen., che affida al giudice il potere di modulare la sanzione concreta aumentandola fino al triplo o diminuendola fino a un terzo alla luce delle condizioni economiche del reo, la pena pecuniaria ha vissuto in una condizione di pratica irrilevanza: nonostante le critiche della dottrina e gli auspici della Corte costituzionale, sull'altare del diritto penale è restata, in situazione di assoluto monopolio, la pena privata della libertà personale.

Un motivo di speranza era stato recentemente offerto dalla Commissione Lattanzi, che conteneva proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 e, tra esse, la più importante consisteva proprio nell'adozione, per tutte le tipologie di pena pecuniaria, del modello a tassi giornalieri. Ma le attese, ancora una volta, sono andate deluse: l'art. 1, comma 16, della l. 27 settembre 2021, n. 134, ha soppresso – sebbene all'interno di un quadro assai più complesso e articolato, ove la pena detentiva viene comunque privata della sua centralità – la previsione della pena per quote.

In conclusione: rispetto alla sanzione pecuniaria la base di partenza – si potrebbe anche dire la scaturigine di tutti i mali – è rappresentata dalla vetustà del nostro codice e il punto di arrivo è costituito dall'incapacità riformistica del Parlamento.

**3.** – Nella ricostruzione della De Menech, le pene pecuniarie private consistono nella corresponsione di una somma di denaro in favore della vittima, sono irrogate all'esito di un procedimento instaurato e condotto su impulso della vittima e hanno un oggetto esclusivamente e necessariamente patrimoniale, cioè insuscettibile di conversione. La tipologia e l'oggetto di tali pene segnano le differenze rispetto alle pene private, mentre l'assenza di fini generalpreventivi, di deterrenza istituzionale, le caratterizza nei confronti dei risarcimenti punitivi.

Trasponendo nel settore penalistico i requisiti ora indicati, dall'orizzonte delle pene pecuniarie private vanno dunque escluse per un verso quelle inflitte all'esito di procedimenti riguardanti reati procedibili di ufficio, per altro verso la multa e l'ammenda, il cui importo è devoluto all'erario statale. In base alle medesime ragioni emerge l'estraneità non solo della sanzione amministrativa pecuniaria ma, per quanto paradossale possa apparire, anche delle pene pecuniarie civili previste dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, per gli illeciti penali depenalizzati, a causa della loro devoluzione alla Cassa delle ammende.

Al termine di questa opera di scrematura resta uno specifico ambito, risultante dal meccanismo estintivo dei reati perseguibili a querela introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, attraverso l'art. 162-*ter* cod. pen., il quale dispone che, nei reati procedibili a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato «quando l'imputato ha riparato interamente (...) il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato».

In sostanza, non in forza di un'espressa previsione ma attraverso un congegno di «estinzione del reato per condotte riparatorie», è stata introdotta nel codice penale una sorta di pena patrimoniale privata, consistente nella riparazione del danno cagionato dal reato.



**3.1.** – Occorre però guardarsi dal pericolo di sopravvalutare il concetto di riparazione, che nell'attuale lessico penalistico appare tra i più infidi a causa della sua polisemia. Una breve ricostruzione vale a dimostrarlo.

Cominciamo l'indagine con l'art. 38 del codice penale del 1889, che così affermava: «Oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia, ancorché non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione». In un contesto dominato da un'accezione limitata del danno risarcibile, per i reati lesivi dell'onore la norma prevedeva la condanna al pagamento di una somma di denaro in favore del soggetto passivo, determinata in via equitativa dal giudice penale (onde appunto si parlava di riparazione e non di risarcimento). La trasposizione dell'azione civile nel processo penale aveva dunque come effetto l'ascrizione alla riparazione pecuniaria anche di finalità preventive proprie della sanzione penale.

Assai infelice fu però l'esperienza dell'istituto, già a cominciare dalla sua qualificazione: risultava infatti fonte di controversie se la riparazione pecuniaria dovesse intendersi come risarcimento di danni morali o come sanzione privata di natura complementare. L'interpretazione prevalente tendeva verso una costruzione dell'art. 38 come norma eccezionale, finalizzata a rafforzare la sanzione penale con esclusivo riferimento ai reati contro l'onore, qualunque fosse la loro effettiva ampiezza.

Non sorprende dunque che il codice del 1930 segni la scomparsa della riparazione pecuniaria nel codice penale, motivandola non già con i nuovi assetti sanzionatori previsti per i reati di ingiuria e diffamazione, ma più semplicemente attraverso l'espressa previsione dell'obbligo di risarcimento conseguente a «ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale» (art. 185 cod. pen.). In sostanza, la riparazione pecuniaria veniva fatta coincidere con il danno morale e il generale riconoscimento della risarcibilità di esso fu ritenuto ragione sufficiente per la soppressione dell'art. 38 del codice Zanardelli.

A questo punto, però, inizia la storia travagliata del concetto di riparazione all'interno del codice, che già nella sua versione originaria utilizzava il termine, in senso assolutamente generico e vincolato a una dimensione economica, allo scopo di caratterizzare la circostanza del risarcimento del danno (art. 62, n. 6) e inoltre, con un espresso inserimento fra le «sanzioni civili», lo riproponeva nell'art. 186, che prevede la pubblicazione della sentenza di condanna come «mezzo per riparare il danno non patrimoniale cagionato dal reato».

L'art. 186 appena citato appare meritevole di attenzione, perché conferisce un nuovo contenuto all'idea di riparazione, intesa non più in riferimento ai danni morali non risarcibili secondo il codice del 1889 e neppure caratterizzata in senso economico. Questo spostamento sul piano satisfattivo di interessi morali attraverso strumenti non patrimoniali non era però destinato a durare: l'art. 12 l. 8 febbraio 1948, n. 47, rubricato «Riparazione pecuniaria», per la diffamazione a mezzo stampa prevede infatti che la persona offesa possa richiedere, «oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del codice penale, una somma a titolo di riparazione». La conseguente reviviscenza della disciplina sancita dal codice del 1889, attraverso la contrapposizione tra danno patrimoniale e non patrimoniale da un lato e un ulteriore pregiudizio rapportato alla gravità del fatto dall'altro lato, appare però difficilmente decifrabile rispetto alla nozione di risarcimento accolta dal codice penale del 1930, mentre la severità della cornice editale ex art. 13 l. n. 47/1948 (reclusione da uno a sei anni e multa non inferiore a euro 258) impedisce di attribuire alla norma in esame il fondamento che stava a base dell'art. 38 del codice Zanardelli.

In tempi più vicini a noi, il concetto di riparazione ha assunto una pluralità di significati. A titolo esemplificativo, lo si rinviene come circostanza attenuante in tema di reati ambientali nell'art. 140 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, e come termine contenutisticamente distinto rispetto al risarcimento nell'art. 643 cod. proc. pen. e nell'art. 187-*undecies* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 158, che al comma 2 ammette la Consob a costituirsi



parte civile nei procedimenti penali per abusi di mercato e a richiedere una somma di denaro «a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato». Nell'art. 17 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in tema di sanzioni interdittive nei confronti della persona giuridica, la nozione in esame viene utilizzata in una dimensione ancora più ampia, riferita a tutte le conseguenze del reato nonché in chiave preventiva rispetto alla possibilità di una sua reiterazione; mentre nell'art. 35, comma 2, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, relativo ai procedimenti penali davanti al giudice di pace, essa designa una causa estintiva del reato sul presupposto dell'idoneità delle attività risarcitorie e riparatorie a «soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione»; infine, il medesimo effetto estintivo è attribuito dall'art. 341-*bis* cod. pen. a una riparazione intesa come equivalente del risarcimento dei danni morali cagionati mediante l'oltraggio alla persona offesa e all'ente di appartenenza, mentre l'art. 322-*quater* cod. pen. prevede a carico del pubblico agente, condannato per una serie di delitti contro la pubblica amministrazione, «il pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione (...), restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno».

In conclusione: il concetto di riparazione, nell'ambito penalistico, è stato confusamente sovraccaricato di significati e ha perduto qualsiasi capacità di orientamento nell'individuazione dei fini e dei contenuti.

**3.2.** – Proviamo dunque a concentrarci sull'art. 162-*ter* cod. pen. nella prospettiva delle pene pecuniarie private. Come si rilevava in precedenza, la norma sancisce l'estinzione del reato in conseguenza della riparazione integrale del danno, effettuata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.

Il risultato perseguito dal legislatore è evidente: mentre la perseguibilità a querela si risolve in una (astratta) depenalizzazione indiretta per tutti gli illeciti in relazione ai quali non sia attivata la condizione di procedibilità, l'estinzione mediante tempestivo risarcimento opera in senso (concretamente) deflattivo, limitando l'accertamento del giudice «all'esito positivo delle condotte riparatorie» (art. 162-*ter*, comma 3, cod. pen.).

Le difficoltà teoriche si intuiscono però facilmente: se la sanzione si esaurisce (o può esaurirsi) nel risarcimento, quale è lo *specifico* dell'illecito penale rispetto all'illecito civile? se la sanzione penale è in grado di adempiere a una pluralità di scopi, tra i quali oggi campeggia la prevenzione speciale, quali contenuti risocializzanti possono riconoscersi al mero risarcimento?

Le obiezioni e le possibili risposte qui si affastellano, in modo da precludere convincenti e tranquillanti soluzioni. Così, può certamente ritenersi che per fatti bagattellari sia sufficiente il risarcimento del danno patito dalla persona offesa: a monte, però, ci si può anche chiedere se tali fatti bagattellari non andrebbero più propriamente collocati fuori dal diritto penale, che per definizione va riferito a condotte umane meritevoli e “bisognose” di una pena, la cui natura di *extrema ratio* reca in sé una nota inevitabilmente afflittiva.

Non solo: se i fatti bagattellari di cui parliamo sono riferibili agli illeciti perseguibili a querela (esclusi quelli, come la violenza sessuale, ove la querela non è rimettibile e quegli altri, come gli atti persecutori, espressamente esclusi), il rapporto di equivalenza così costruito suppone che la selezione dei reati procedibili a querela si fondi su un rigoroso accertamento della loro natura bagattellare, cioè dell'assenza di un significativo interesse pubblico alla loro repressione. Tuttavia, l'art. 162-*ter* ha ribaltato i termini del rapporto, ponendo in prima linea l'effetto deflattivo connesso al regime di procedibilità: la stessa legge introduttiva dell'art. 162-*ter* ha reso perseguibili a querela numerosi reati prima procedibili di ufficio e l'art. 1, comma 15, lett. a) e b), l. 27 settembre 2021, n. 134, ha delegato il Governo a una loro ulteriore estensione.

Come si vede, in nome dell'obiettivo dell'efficienza del processo penale – qui intesa esclusivamente sul





piano della durata – si prevede un'estinzione del reato mediante risarcimento legata ai reati procedibili a querela e, di conseguenza, si va ad ampliare il loro numero. Qui sono assenti considerazioni assiologiche e può dubitarsi anche della correttezza dell'approccio sul piano criminologico (in fondo, ne potrebbe derivare uno stimolo a commettere reati per quanti sono in grado di risarcirne i danni!): il sempre vivo dibattito sul diritto penale "minimo" si è cinicamente convertito in un incremento dei reati perseguibili a istanza di parte.

Un'ultima considerazione. L'art. 162-ter cod. pen. è stato introdotto nel 2017, mentre un anno prima il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, aveva abrogato numerosi reati, convertendoli in illeciti civili e per essi stabilendo, in caso di condanna, il pagamento di una sanzione civile pecuniaria ulteriore al risarcimento del danno. In altre parole, oggi constatiamo la presenza del codice penale di reati presidiati da una sanzione che può essere evitata mediante il solo risarcimento, mentre nell'universo civilistico si annoverano illeciti estrapolati dal codice penale a causa del loro minore disvalore, per i quali il risarcimento si accompagna al pagamento di una somma in favore della Cassa delle ammende.

Davvero la situazione dei rapporti tra diritto penale e diritto civile non potrebbe essere più fluida e per tale ragione, come si diceva in apertura, il libro di Carlotta De Menech solleva inquietanti interrogativi sull'attuale evanescenza della linea di confine.

**4.** – Finora abbiamo parlato di illeciti penali, previsti dal codice penale, ai quali risultano applicabili meccanismi estintivi del reato collegati a condotte successive al reato e caratterizzati sul versante civilistico delle restituzioni o del risarcimento.

Supponendo – ma senza troppo crederci, come si rilevava nel paragrafo precedente – che queste soluzioni siano state adottate per i fatti, penalmente rilevanti, dotati di un minimo disvalore e nondimeno rimasti all'interno del diritto penale, è possibile constatare come una spinta eguale e contraria sia rinvenibile rispetto a fatti sanzionati in via pecuniaria che, pur connotati come illeciti amministrativi, si vedono attribuita natura "sostanzialmente" penale. È questo, come si sa, l'orientamento consolidato della Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dalla sentenza Engel contro Paesi Bassi dell'8 giugno 1976, che ai fini di tale qualifica si fonda sui criteri alternativi della natura della violazione ovvero della natura, gravità e scopo della sanzione.

Alla stregua di tale interpretazione, dunque, come prima ci eravamo soffermati sull'illecito penale inteso in senso formalistico, ora invece approdiamo all'illecito sostanzialmente penale: l'uno e l'altro sono accomunati dall'utilizzo della sanzione pecuniaria, la cui componente afflittiva viene però in rilievo solo nell'illecito amministrativo allo scopo di estendergli le garanzie previste per l'illecito penale.

Discutendo di sanzioni pecuniarie, un cenno va dedicato pure alla confisca, che da misura di sicurezza patrimoniale ha assunto sempre più marcatamente contenuti punitivi attraverso la confisca per equivalente e le altre forme di confisca *praeter delictum*. Anche qui è un problema di conflitto tra la visione nominalistica e quella effettiva; ai nostri fini, è sufficiente constatare – ancora una volta – come oggi l'ordinamento preveda un arsenale estremamente articolato di aggressioni nei confronti dei patrimoni individuali, provviste delle più svariate etichette e variamente caratterizzate nelle finalità e nei contenuti.

**5.** – Nonostante quanto osservato finora, occorre continuare a credere nella ricerca di sanzioni alternative alla pena privativa della libertà, abbinata a strumenti in grado di rendere più efficiente il processo. Questa ineludibile esigenza è imposta dagli effetti devastanti della pena carceraria, che vanno dunque limitati ai casi



## JUS CIVILE

di stretta necessità, fuori di essi ammettendo percorsi di tipo risocializzativo, riparativo e risarcitorio in grado di offrire un contenuto diverso dal “male” nel quale la pena consiste.

A breve conosceremo i contenuti della riforma delegata al Governo dalla l. n. 134/2021, che peraltro – si tratta di un profilo essenziale del problema – mirano a incidere anche sull’effettività della sanzione pecuniaria sul piano dei meccanismi di esazione. Il ritardo accumulato dal nostro legislatore richiede interventi drastici e traumatici, esauriti i quali auspicabilmente potrà svolgersi una riflessione più attenta ai principi e ai valori.

In questa opera di ricostruzione la pena pecuniaria è chiamata a svolgere un ruolo centrale e il libro di Carlotta De Menech rappresenta una solida base di dibattito e di approfondimento.



EDOARDO FERRANTE

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Torino

## APPUNTI SPARSI SUL TRAPIANTO DEI RISARCIMENTI PUNITIVI NEL NOSTRO ORDINAMENTO, A PROPOSITO DI UN RECENTE LIBRO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 2932 cod. civ., e la tendenza a «vedere punitivo» dove di punitivo non v'è alcunché. – 3. L'art. 2059 cod. civ., il danno c.d. tanatologico e la tendenza a «vedere punitivo» dove di punitivo c'è solo la ricerca di maggiore effettività. – 4. I veri punitive damages: trapianto impossibile? – 5. La parola al legislatore: il divieto di «sovra»-risarcimento nell'area del danno antitrust, e qualche proiezione futura.

1. – La buona comparazione non è solo ricerca del minimo comun denominatore, né solo *distinguishing*, ma cultura dei «trapianti» o «innesti legali», che è l'una e l'altra cosa insieme<sup>1</sup>. La cultura del trapianto legale diviene ben presto argomento interpretativo, perché funzionale all'importazione o all'imitazione del modello straniero, preso come autorità cui guardare o sottostare. Il tema dei *punitive damages*<sup>2</sup> ripercorre esattamente quest'itinerario, perché chi vi si dedichi incontra giocoforza il problema del trapianto, sia che lo approvi, sia che lo rifiuti, sia che finisca col sospendere il giudizio.

Un recente e rigoroso studio, ancorché di diametro maggiore, dedica largo spazio ai risarcimenti punitivi e alla loro storia, a cavallo tra origini anglo-americane e tentativi più o meno riusciti di insediamento nei sistemi civilistici<sup>3</sup>. E deve fare i conti con la forza evocativa del modello e delle sue parole, a contatto con una realtà interna che ora vi ammicca ora se ne ritrae timorosa. Gli interpreti domestici talora vedono (o intravedono) danni punitivi già operanti all'interno delle loro mura, talaltra concludono per la loro estraneità all'ordinamento nazionale e anzi denunciano la distorsione che si creerebbe nell'invocare il modello a proposito<sup>4</sup>. È dunque

\* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema “*Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*”, tenutosi il 26 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Pavia in occasione della presentazione del volume monografico di Carlotta De Menech.

<sup>1</sup> Per tutti A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, II ed., Athens (Georgia), 1993, *passim*; e R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law [Installment II of II]*, in *Am. J. Comp. L.*, 1991, 343 ss.; più recentemente, U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, München, 2015, 77 ss.

<sup>2</sup> Sulla base di una discutibile traduzione dell'inglese *punitive damages*: in tema, M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità (e “private enforcement” della disciplina antitrust)*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2009, 57 ss.; e F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust*, *ivi*, 193 ss.

<sup>3</sup> Si tratta, come premesso, di C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., in particolare 53 ss. (ov'è affrontato *funditus* il problema terminologico, che è di sostanza e non di forma).

<sup>4</sup> Per tutti, G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 26 ss.; più di recente A. MONTANARI, *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell'ossimoro*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 377 ss.



meritevole approcciare la materia con animo per quanto possibile libero da condizionamenti, al di là e al di fuori dell'abituale *querelle* tra fautori e detrattori; badare, come fa il libro in commento, al diritto vigente così com'è, e non a come lo si vorrebbe.

Si profila con ciò una direttrice di metodo sempre valida per le ricerche di diritto civile che vogliano fare uso della comparazione come argomento<sup>5</sup>: non si tratta di pronunciarsi a favore o contro, ma di vagliare se il sistema conosca risarcimenti punitivi o li possa conoscere a breve; in caso affermativo, che uso ne possa e ne debba fare.

Senonché il tema è uno di quelli che la comunicazione politica definirebbe «divisivi», un tema dove la propensione, quasi il gusto personale dell'interprete tende a forzare l'analisi dell'esistente per trasformarla in proclama<sup>6</sup>. In questa forzatura il volume in commento non cade, mentre c'è il forte rischio che vi cada l'autore di queste righe, sicché tanto vale essere espliciti fin da subito. Tra gli argomenti a favore e quelli contrari – argomenti noti, che il libro ripercorre uno ad uno – chi scrive «sente» prevalere quelli contrari<sup>7</sup>; ma, pur con questa premessa, lo sforzo vuol essere quello di demistificare la *querelle*, questa volta non attraverso uno «studio per una teoria» – così il sottotitolo del volume – ma attraverso qualche breve nota sul difficile trapianto dei risarcimenti punitivi.

2. – Per demistificare la *querelle* sul privato sanzionatorio basti citare un esempio, quasi paradossale. Ci sono istituti o rimedi talora accostati al privato sanzionatorio ma che di sanzionatorio hanno ben poco: si pensi all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto *ex art. 2932 cod. civ.*, rimedio il cui dilagare nella pratica è andato di pari passo col dilagare del preliminarizzare di vendita<sup>8</sup>. Poiché al momento non

<sup>5</sup> Mentre distanti dall'obiettivo paiono esperienze scientifiche oggi più in voga tra i comparatisti puri: per un *résumé* del dibattito sul metodo cfr., fra i molti, M.R. FERRARESE, *Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 369 ss. e 388 ss.; e M.P. MANTOVANI, *Uso dell'argomento comparativo a fini ermeneutici*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, 550 ss., ma la dottrina in materia è alluvionale. Alcuni punti di riferimento, anche molto distanti nel tempo e negli esiti, sono I. ZAITAY, *Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung*, in *Arch. civ. Prax.*, 1957, 361 ss.; B. AUBIN, *Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung*, in *Rebels Zeitschr.*, 1970, specialmente 458, 463 e 478; B. GROBFELD, *Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht*, in *Arch. civ. Prax.*, 1984, 289 ss. e in particolare 303; P. HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode*, in *JZ*, 1989, 913 ss. e in particolare 916 ss.; W. ODERSKY, *Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur*, in *ZEuP*, 1994, 1 ss.; R. LEGEAIS, *L'utilisation du droit comparé par les tribunaux*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1994, 347 ss.; C. v. BAR, *Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union*, in *ZfRV*, 1994, 230-231; U. DROBNIG, *The Use of Foreign Law by German Courts*, in U. DROBNIG, S. VAN ERP (a cura di), *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer Law, 1999, 127 ss.; e A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, 2001, 258 ss.

<sup>6</sup> Ha tentato invece una (pacata ma risoluta) «messa a punto», C.M. BIANCA, *Una messa a punto sui c.d. danni punitivi*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del suo novantesimo compleanno*, I, Editoriale scientifica, 2018, 351 ss.; e similmente, M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contr. impr.*, 2017, 1107 ss.

<sup>7</sup> Ben ricapitolati, ancora di recente, da M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv. Mazzamuto*, VI, t. I, Giappichelli, 2021, 435 ss.; e dalla stessa C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 260 ss. Piace ricordare, però, che un avvicinamento del nostro sistema ai *punitive damages* fu appoggiato, in uno dei suoi ultimi scritti, da F. GALGANO, *Prefazione*, in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Cedam, 2012, 2-3; un ampio «campionamento» degli argomenti a favore dei risarcimenti punitivi si deve invece a F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, ESI, 2013, 199 ss.

<sup>8</sup> Il discorso si potrebbe allargare, con ciò, a tutta l'area della tutela esecutiva diretta: in tema, per tutti, A. CHIANALE, *Dell'esecuzione forzata in forma specifica*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Giuffrè, 2022, in particolare 105 ss. (a proposito dell'art. 2932 cod. civ.).



c'è contrattazione immobiliare che non si sdoppi nella sequenza preliminare-definitivo e il «luogo» dell'accordo è il preliminare ben prima del definitivo, che acquista un significato ricognitivo o limitatamente integrativo, è normale che la controversia esploda prima del rogito. In questo contesto l'esecuzione specifica tende a farsi ricettore esclusivo del contenzioso e l'interpretazione dell'art. 2932 cod. civ. quasi un banco di prova per l'intera parte generale<sup>9</sup>.

Sennonché, altro è la specificità del rimedio, altro la sua (ipotetica) natura punitiva, a meno di non considerare punitivo tutto ciò che impedisce al debitore di non adempiere. Vero è che in molte circostanze la parte potrebbe preferire non concludere il definitivo, risarcire il danno provocato a controparte e tornare sul mercato per cogliere opportunità migliori o semplicemente mantenere lo *status quo* (spuntare un prezzo più elevato o rimanere nell'abitazione promessa); e che un rimedio come quello contornato dall'art. 2932 cod. civ. infrange ogni proposito, poiché la sentenza, su richiesta della controparte adempiente, trasferisce il diritto promesso<sup>10</sup>.

Vero è anche però che nell'ordinamento vigente non pare ricostruibile questo supposto «diritto di non adempiere», la pretesa di risarcire sempre e solo in moneta anziché tramite assegnazione forzosa della prestazione al creditore<sup>11</sup>. Altrove s'è persino teorizzato – con dovizia di analisi gius-economiche<sup>12</sup> – un «diritto all'inadempimento efficiente», la pretesa di sottrarsi al debito in natura per risarcire il danno e speculare su affari migliori, quasi fosse sempre meritevole l'interesse a raggiungere l'arricchimento ottimale. Ma che questa sia una linea-guida interna al sistema è lecito dubitare, tali e tanti essendo i rimedi a carattere diretto, non surrogabili con prestazioni per equivalente; e ciò, a prescindere dalla loro maggiore o minore efficienza (micro- o macroeconomica)<sup>13</sup>. Altrimenti, che ne sarebbe della forza di legge? Perché pensare che sia vuota retorica? L'inadempimento efficiente non ha attecchito neppure colà dov'è nato, negli Stati Uniti, che ben conoscono la *sanctity of contract*.

Detto diversamente, la tutela in forma specifica dell'obbligo di contrarre *ex art. 2932 cod. civ.* – come tut-

<sup>9</sup> Ora, vero è che il dilagare della contrattazione preliminare ha indotto una maggiore applicazione del rimedio specifico; vero è anche, però, che proprio l'esistenza del rimedio specifico ha contribuito alla disseminazione del preliminare, in un circolo virtuoso (o vizioso) dove causa ed effetto si confondono. Il preliminare si fa baricentro della contrattazione, e quasi toglie spazio al definitivo, perché grazie all'art. 2932 cod. civ. può produrre «da solo» l'alienazione, anche quando il definitivo non sia stipulato (sul punto, *in primis*, L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Jovene, 1953, *passim*, ma in particolare 56 ss.; cfr. anche R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Jovene, 1967, 37 ss.; in breve, ma efficacemente, A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Giuffrè, 2007, 26 ss.). Evidentemente la vendita volontaria non è equiparabile dal punto di vista pratico ad una lunga e talora complessa controversia giudiziale, suscettibile di concludersi con un giudicato traslativo o costitutivo del diritto (sui rapporti fra contrattazione preliminare ed efficacia traslativa del definitivo cfr., per tutti, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, 1970, 96 ss. e 152 ss.; e G. GABRIELLI e G. FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare [dir. civ.]*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Treccani, 1988, 2). Ma la mera possibilità teorica di questo sbocco produce l'ingigantimento del preliminare all'interno dell'iter, ben potendo questo, col tramite della sentenza, condurre all'effetto reale in odio alla parte inadempiente (R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Cedam, 1991, 51 ss., 158 ss. e 170 ss., ed *ivi* ampia bibliografia; nonché ID., *Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto*, in *Studi Rescigno*, III, t. 2, Giuffrè, 1998, 269 ss.; ma sia consentito rinviare anche a E. FERRANTE, *Contrattazione immobiliare e trasferimento della proprietà. I principi generali*, in *Tratt. dir. immobiliare*, diretto da G. Visintini, I, t. 2, 739 ss.). Così, l'art. 2932 cod. civ. ha contribuito a spingere il preliminare di vendita dall'area del *pactum de contrahendo* a quella della vendita obbligatoria, figura a sua volta polimorfe e sfuggente (fra i molti, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2ª ed., Utet, 1993, 93 ss.; e F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, IX, t. II, Giappichelli, 1998, 140 ss.).

<sup>10</sup> E infatti nel vigore del codice del 1865, che ignorava l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, si apprezzava l'opportunità concessa alle parti di non adempiere il preliminare per cogliere eventuali vantaggi maggiori: così, tra gli altri, N. COVIELLO, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, parte 3ª, sez. 2ª, Società editrice libraria, 1902, 69.

<sup>11</sup> Vi riflette, tra gli altri, G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Cedam, 1991, 73 ss.

<sup>12</sup> Il pensiero va soprattutto a R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, V ed., Wolter Kluwers, 1998, 142.

<sup>13</sup> Sul punto, ampiamente, C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 80 ss. (*ivi* ampia bibliografia straniera).





ti quei rimedi che assegnino il bene della vita anziché il credito ad una somma – può giudicarsi ora efficiente ora inefficiente a seconda dei punti di vista: efficiente, perché raggiunge l’obiettivo in via diretta, anziché per il tramite di una prestazione pecuniaria che, per quanto «ben» liquidata, rimane pur sempre altra; inefficiente, perché producendo gli effetti del contratto non concluso a scapito del debitore (normalmente in dolo), preclude a quest’ultimo di promettere e recare la prestazione ad altri, ritrarne un profitto maggiore, risarcire controparte e trattenere l’esubero; preclude cioè l’*efficient breach*, e quanto precluda un inadempimento efficiente dovrebbe «suonare» inefficiente (e così «suonerebbe» presso taluna dottrina anglo-americana)<sup>14</sup>.

Se si bada però alla capacità del rimedio di centrare l’obiettivo, «una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso» è la massima tutela che il creditore possa augurarsi, la massima efficienza (anche quando non basti da sola, ma debba concorrere con la tutela risarcitoria). Insomma, il discorso dell’efficienza resta opinabile, ma nessuno penserebbe all’art. 2932 cod. civ. come a qualcosa di punitivo: si tratta piuttosto di un rimedio effettivo, ciò che può anche voler dire inefficiente su base macroeconomica<sup>15</sup>.

### 3. – C’è dunque una tendenza a «vedere punitivo» anche là dove di punitivo non v’è alcunché.

L’incrocio tra efficienza, punizione ed effettività si ripropone, in forma persino più vistosa, quando si discuta del danno non patrimoniale *ex art.* 2059 cod. civ.<sup>16</sup>. L’osservatore disincantato potrebbe non cogliere il nesso, per lo meno ad uno sguardo di superficie, ma aleggia da sempre il sospetto che un danno non patrimoniale – come, classicamente, quello aquiliano alla persona<sup>17</sup> – nasconda in sé qualcosa di sanzionatorio; che porre a carico del danneggiante una somma volta a ristorare nocenti morali o esistenziali significhi punire anziché risarcire (e non è certo un caso che, storicamente, vi sia stata molta «vicinanza» tra non patrimoniale e reato, una vicinanza che oggi suona un po’ *vintage*, ma era pane quotidiano solo pochi lustri fa)<sup>18</sup>. Sarà pu-

<sup>14</sup> Ma va rammentato che negli Stati Uniti, come da noi, l’inadempimento doloso così come il fatto illecito doloso generalmente incontrano un trattamento più severo, per quanto egoisticamente efficienti dal punto di vista dell’inadempiente o del danneggiante (tra gli altri, V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Giuffrè, 1999, *passim* ma in particolare 223).

<sup>15</sup> Ma gli esempi potrebbero essere molti: C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 119 ss. indugia sugli interessi di mora, certamente non punitivi – per quanto correlati ad un illecito, la *mora debitoris*, non necessariamente dannoso – e sulla clausola penale, la cui funzione è giudicata eclettica e all’esito poco definibile *ex lege*. Altri ha intravisto natura punitiva nell’indennità che il giudice può porre a carico del patrimonio dell’incapace quando il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento dal sorvegliante, a norma dell’art. 2047, comma 2, cod. civ. (così E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile*, ESI, 2018, 118-119). Ma il discorso porterebbe troppo lontano dai confini naturali del presente contributo (cfr., su questa linea, già C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1760 ss.; e F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione*, cit., 324 ss.; invero i tentativi classificatori non sono mancati neppure in passato, in epoche distanti dall’odierna enfasi sul privato sanzionatorio: fra gli altri, E. MOSCATI, voce *Pena [diritto privato]*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, 770 ss.).

<sup>16</sup> La letteratura è ormai immensa: senza pretese di completezza, F. BUSNELLI, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 ss.; M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2009, 1 ss.; E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 81 ss.; A. D’ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in S. PATTI e S. DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Utet, 2010, 136 ss. e 148 ss.; ancora F. BUSNELLI, *Non c’è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 129 ss.; e D. MES-SINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, *ivi*, 333 ss.

<sup>17</sup> Anche sotto specie di lesione all’identità personale, come emergeva già in AA.VV., *La lesione dell’identità personale e il danno non patrimoniale* (Atti del seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica P. Calamandrei), Giuffrè, 1985, *passim*, giusto per ricordare un momento tipico del dibattito in materia.

<sup>18</sup> Basti pensare, tra i civilisti, all’ormai risalente G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, 2ª ed., Fratelli Bocca, 1906, 328 ss.; alle pagine (poco note) di D. MANDRIOLI, *Studi sul delitto civile*, Boriotti e Zolla, 1918, in particolare 44 ss., che guarda allo *status quo* ma instilla nel dibattito dubbi e novità forieri di progresso (similmente ID., *La tutela civile nel*



re un preconetto patrimonialista o mercatista, ma è una sensazione diffusa, non da oggi<sup>19</sup>. V'è anzi la percezione che poste non patrimoniali, indeterminabili e giocoforza demandate a stime equitative<sup>20</sup>, servano nella pratica a rimpinguare liquidazioni troppo basse del patrimoniale, così da puntare ad una maggiore effettività complessiva<sup>21</sup>. Ancora una volta – ed anzi al massimo grado – s'avverte l'incrocio tra natura sanzionatoria ed effettività dei rimedi civilistici, quasi che il rimedio davvero effettivo fosse già un pochino punitivo<sup>22</sup>, o che la punizione sia necessaria per raggiungere un minimo di effettività<sup>23</sup>.

Certamente gli esempi potrebbero proseguire. La distinguibilità teorica dei concetti s'affievolisce fin quasi a scomparire nella pratica, dove si trapassa facilmente dall'uno all'altro, sotto l'ègida di una funzione protettiva unica che tutto assorbe e tutto annacqua. In quest'ottica il risarcimento punitivo, stando ai suoi espiananti e reimpianti continentali, è per così dire l'ápice di tanta vischiosità: ciò che è effettivo sembra punitivo, ciò che è punitivo un modo, talora rozzo, di raggiungere maggiore effettività; ciò che non è patrimoniale è anche un po' punitivo, e dunque «più» effettivo. Prima o poi bisognerà rimettere le cose a posto, perché l'interprete continentale, per accarezzare l'idea del privato sanzionatorio, tende ormai a vedere sanzioni dappertutto<sup>24</sup>. Ma forse è semplicemente il riflesso condizionato di un trapianto ancora imperfetto, e peraltro il libro che fa

---

*progetto del nuovo Codice Penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1928, 175 ss. e 181 ss.); e poi L. COVIELLO, *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 323; più di recente, con taglio critico, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, 1983, 157; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2003, 173 ss.; e infine C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in S. PATTI, S. DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile*, cit., 375 ss.

<sup>19</sup> Anche qui le citazioni potrebbero essere moltissime: G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 242, nell'alludere al danno morale, parla *tout court* di punizione del danneggiante; e R. SAVATIER, *La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obligazioni*, in *Annuario dir. comp.*, 1930, p. 282, non esita a concludere: «In fondo, la riparazione pecuniaria del pregiudizio morale non è altro che una pena pecuniaria»; successivamente, fra i molti, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 1ª ed., Giuffrè, 1947, 331; ma l'idea della pena privata, associata al non patrimoniale, resiste fino ai giorni nostri, sintomo di una percezione radicata e per nulla occasionale: C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, 1985, 126 ss. e 145 ss.; molto nitido, P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, 1996, 95 ss.; più sfumata E. NAVARRETTA, *Funzione del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 500 ss.; e infine, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Danni civili e danni "da reato" nel sistema polifunzionale delle responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1185 ss.

<sup>20</sup> Ne tratta con ampiezza, di recente, F. MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Giappichelli, 2022, 214 ss. (e quivi ampia bibliografia); assegna alla liquidazione d'equità funzioni «ultra-» o extra-compensative, P.G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, III, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Utet, 1998, 336-337; ma per un'immediata replica, sempre in chiave generale, cfr. F. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 933 ss.; in materia d'illecito *antitrust*, A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato*, cit., 238 ss.; cfr. inoltre, nella lontananza delle epoche e degli approcci, F. CARNELUTTI, *Note in margine alle nuove leggi processuali. Valutazione equitativa del danno*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 53-54; C. MUSATTI, *Profili della nuova equità*, in *Scritti Scialoja*, IV, Bologna, 1953, 307; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Utet, 1976, 20; e C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 1091. Se ne è discusso anche a proposito della valutazione equitativa introdotta dal previgente art. 140-bis, comma 12, proposizione 1ª, c. cons. in materia di azione di classe (cfr. fra i molti, M. LIBERTINI, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 162, nota 39).

<sup>21</sup> Rilievo diffuso ma cfr. A. LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, ESI, 2018, 26 ss.; e A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, ESI, 2017, *passim*.

<sup>22</sup> Non deplora queste traettorie P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1410 ss.; e in certo modo anche C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 518 ss. e in particolare 528.

<sup>23</sup> Belle pagine in A. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 222 ss. e in particolare 230 ss.; e in M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 92 ss.

<sup>24</sup> Vi fa costante ritorno C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., in particolare 144 ss.



da sfondo a queste riflessioni rappresenta un serio tentativo di mettere ordine, anzitutto con lo slegare i danni punitivi e il privato sanzionatorio dal sistema della responsabilità civile<sup>25</sup>.

In altri ordinamenti i *punitive damages* hanno caratteri che qui in Europa facciamo fatica ad accettare, ma sono proprio quei caratteri a renderli incisivi, e dunque affascinanti; essendone sedotti, cerchiamo di mutuarli con qualche correzione per noi irrinunciabile, ma così facendo li rendiamo (o renderemmo) poco incisivi.

Si riprenda in carico il danno alla persona, patrimoniale e soprattutto non patrimoniale. Il suo rigonfiamento è ormai un dato acquisito ed anzi si scorge già qualche tendenza contenitiva, preoccupata per l'eccessiva pressione su alcune categorie professionali, *in primis* sanitarie, e l'innalzamento smodato dei premi assicurativi pretesi dalle compagnie per le relative coperture. Poiché il danno alla persona è spesso correlato ad episodi di responsabilità medica e l'allargamento di questa impone un ricorso più massiccio all'assicurazione, il risultato finale è un intasamento del mercato assicurativo, la lievitazione dei premi e sul lungo periodo la propensione delle compagnie ad uscire dal relativo mercato, ciò che – evidentemente – «scopre» il personale medico, ma rischia di scoprire a cascata pure le vittime. Sembra allora profilarsi un andamento giurisprudenziale oscillante, ora generoso ora parco nel liquidare il danno alla persona; e poiché sul patrimoniale il delta è mediamente stretto, le maggiori oscillazioni si concentrano sul non patrimoniale, per sua natura più flessibile, e anche più opinabile.

Emblematico il caso del c.d. tanatologico, prima ignoto alla giurisprudenza di legittimità<sup>26</sup> così come a quella costituzionale<sup>27</sup>, poi ammesso<sup>28</sup>, poi nuovamente escluso<sup>29</sup>, in un caleidoscopio di argomenti persino difficile da ricostruire. La sua spiccata fluidità ha fatto sì che controversie analoghe, iniziate pressoché contemporaneamente e decise a breve distanza di tempo le une dalle altre, abbiano dato luogo a verdetti assai differenti nel *quantum*, ove gli scostamenti paiono dipesi proprio dalla quotazione del tanatologico; una volatilità tale da mettere in scacco la coerenza dei giudicati e la parità di trattamento<sup>30</sup>. V'è sottesa l'idea, piuttosto intuitiva, che incrementare il tanatologico valga a rafforzare la tutela delle vittime, mentre tenerlo a freno

<sup>25</sup> Lo osserva anche M.S. TREGNAGO, *Osservazioni sui danni punitivi, a proposito di un libro recente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 501.

<sup>26</sup> Cfr., fra le meno risalenti – e senza pretese di completezza – Cass., 29 maggio 1996, n. 4991, in *Danno e resp.*, 1997, 41 ss., con nota di E. NAVARRETTA; Cass., 16 maggio 2003, n. 7632, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1049 ss., con nota di M. FACCI; Cass., 12 luglio 2006, n. 15760, *ivi*, 2006, 2057 ss., con nota di N. CHINDEMI; e Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, consultata in *De Jure* (sia pure, quest'ultima, con un serio tentativo di trovare punti di convergenza tra le contrapposte esigenze e vedute); su questa prima era della nostra giurisprudenza, invero piuttosto magmatica, cfr., per uno sguardo di sintesi, F. BUSNELLI, *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 469 ss.

<sup>27</sup> Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, consultata in <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1994&numero=372>, sentenza che si pone in ideale continuità con l'ormai datata Cass., sez. un., 22 dicembre 1925, n. 3475, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, 224 ss. e in *Foro it.*, 1926, I, 328 ss.

<sup>28</sup> Così, la «coraggiosa» Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 492 ss., con nota di C.M. BIANCA, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 396 ss., con nota di A. GORGONI, in *Foro it.*, 2014, I, 719 ss., con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, e in *Danno e resp.*, 2014, 363 ss., con nota di G. PONZANELLI, G. FOFFA.

<sup>29</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Corr. giur.*, 2015, 1203 ss., con nota di F. BUSNELLI, in *Foro it.*, 2015, I, 2682 ss., con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI (la restaurazione operata dalle sezioni unite ha incontrato il plauso di parte della dottrina: cfr., fra i molti, E. NAVARRETTA, *La «vera» giustizia e il «giusto» responso delle S.U. sul danno tanatologico jure hereditario*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1416 ss.; C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 293 ss., ma in particolare 300; più dialogante, M. FACCIOLI, *Il problema della risarcibilità del danno tanatologico fra discrezionalità dell'interprete e teoria dell'argomentazione*, in *questa rivista*, 2016, 72 ss.). Le sentenze successive, per lo meno di legittimità, sembrano dare seguito all'insegnamento ripristinato dalle sezioni unite del 2015.

<sup>30</sup> E. NAVARRETTA, *Come risarcire le tre voci di danno quando la vittima muore*, in *Resp. civ. prev.*, 1991, 467 ss. (a riprova che il tema non è poi così nuovo); G. PONZANELLI, *Le Sezioni unite e il danno tanatologico*, in *Danno e resp.*, 2015, 909 ss.; in prospettiva diversa, M. DELLACASA, *Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1278 ss.



serva a garantire maggiore equilibrio a salvaguardia della sostenibilità del mercato dei risarcimenti, i quali gravano sì sulle compagnie, ma finiscono con l'onerare i privati sotto forma di aumento dei premi.

Ora, che cosa c'è qui di punitivo? Nulla – verrebbe da rispondere – ma i ragionamenti appena fatti, e ampiamente fatti in passato tra operatori, esponenti di categoria, privati cittadini, sono proprio quelli che vengono sistematicamente accostati al privato sanzionario<sup>31</sup>. La ragione sta in ciò, che a dispetto della veste formale, voci come il tanatologico destano la sensazione del non compensativo; forse nessuno sarebbe disposto ad ammetterlo con tanta schiettezza, ma assegnare agli eredi della vittima una somma disconnessa dal patrimonio ereditato, incontrollabile *a priori* e così finemente intrecciata alle peculiarità del fatto luttuoso, dissipa il senso del ristoro e suscita «pensieri» ultra-compensativi<sup>32</sup>.

Ma tutto ciò non è quanto un *common lawyer* definirebbe *punitive damages*. È invece la ricerca di effettività, comprensibile anche quando maldestra o effimera, forse «punitiva» ma in un senso tutto latino, quando i veri *punitive* sono ben altra cosa. Importi elevati, una giustizia civile più interventista, coperture assicurative più late – fin quando ne rimarrà la convenienza economica – sono anche il riflesso di un *welfare* pubblico insoddisfacente, fenomeno ben noto in molti paesi di *Common law*. Più che punire, questi movimenti giurisprudenziali vogliono puntellare la mano pubblica, supplire alle sue mancanze, ma non serbano, se non al prezzo di enormi forzature, né volontà afflittiva né volontà deterrente<sup>33</sup>.

4. – C'è dunque un'inclinazione a «vedere punitivo» anche là dove il rimedio semplicemente sia effettivo, o per lo meno voglia essere più effettivo del solito. Viceversa, negli ordinamenti che li conoscono e li praticano, i risarcimenti punitivi sono comminati a danneggianti abituali o gravemente colpevoli o efferati. La loro *ratio* non è – o non è principalmente – proteggere in maniera sovra-compensativa il danneggiato, assegnandogli una somma meglio corrispondente alla lesione, ma premere sull'autore perché avverta fino in fondo il disvalore di quanto compiuto e sia indotto ad astenersene<sup>34</sup>. L'attenzione si sposta allora dal patrimonio del danneggiato a quello del danneggiante: non si tratta di rafforzare la tutela del primo, ma d'intaccare pesantemente il secondo onde perseguire o prevenire atti riprovevoli (spesso iterati e spesso recrudescenti). La punizione scatta perché l'illecito è abietto e il suo autore ne ha tratto profitto, non perché la riparazione offerta alla vittima debba essere più effettiva o lauta<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Sul punto C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 340 ss. (ove una serrata critica alle tesi di G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, 1983, 296 ss.); F. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile*, cit., 934 ss.; e M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in ID. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Giuffrè, 2010, 391 ss.

<sup>32</sup> Un cenno, se ben colto, in F. BUSNELLI, *La «dottrina delle corti» e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, 461ss. e in particolare 467 ss.; e in M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, cit., 369-370; in termini più ampi già S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 589 ss.

<sup>33</sup> Più ampiamente, E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, 2019, 227 ss.; e M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impr.*, 2017, 1142 ss.

<sup>34</sup> Fra le molte voci, F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione*, cit., 243 ss.; precedentemente, G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss.; ID., *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, 25 ss.; e R. PARDOLESI, voce *Danni punitivi*, in *Dig. IV, disc. priv. (sez. civ.)*, Agg., I, Utet, 2007, 452 ss.

<sup>35</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 326 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2485 ss. e in particolare 2490 ss.; e P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e*





Ne discende in primo luogo che, negli ordinamenti che li adoperano allo stato originale, i *punitive damages* sono sempre correlati alla colpa grave e più ancora alla *malice* dell'autore dell'illecito, perché la sanzione è davvero tale se irrogata a chi la «meriti» fino in fondo. Non avrebbe senso, ad esempio, irrogare risarcimenti punitivi in aree ove l'illecito sia impermeabile allo stato soggettivo del danneggiante, aree ormai estese in tutti gli ordinamenti<sup>36</sup>.

Neppure può dirsi casuale che simili strumenti restino per lo più confinati alle azioni collettive o di classe: c'è un filo rosso tra sovra-compensazione e torto di massa<sup>37</sup>. Infatti, se la lesione è dolosa e pluri-offensiva, cresce l'allarme sociale e il bisogno di perseguire con forza l'autore dell'illecito, che si propaga e mimetizza di categoria in categoria di danneggiati; per di più la lesione pluri-offensiva è spesso occulta ed insidiosa, perché provoca un danno minimo su base individuale, ma enorme se rapportato alla totalità dei danneggiati<sup>38</sup>. Il doloso-bagatellare è «il peggio del peggio»: lesioni pressoché inavvertite, che però seminano pregiudizi su larghissima scala, talora lungo-latenti e di malsicura riferibilità eziologica al loro autore<sup>39</sup>. Qui scattano con dovizia *punitive damages*, col supporto micidiale della *class action*, in un crescendo punitivo che non ha correlazione alla specificità o effettività del rimedio – come negli esempi «continentali» fatti sopra<sup>40</sup> – ma punta difilato al castigo, con una venatura etica e retributiva da noi appannaggio del penale.

---

*la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 531 ss.; per un riepilogo dei principali problemi che concernono i danni punitivi nella prospettiva di *civil law*, F. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile*, cit., 909 ss. e 925 ss.; S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, 295 ss.; Francesca BENATTI, *Il danno nell'azione di classe*, in *Danno e resp.*, 2011, 14 ss.; di recente G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, 2019, 167-168; A. MONTANARI, *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell'ossimoro*, cit., *passim* ma in particolare 387 ss.; con riguardo alla materia del danno *antitrust*, di perdurante interesse, A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, 1996, 179 ss.; e E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, 2008, 337 ss. (nonché ID., *Azione di classe a tutela dei consumatori e comportamenti anticoncorrenziali: criticità [e velleità] di un tentativo di trade off*, in *AIDA*, 2010, 427-428); con riferimento alla *class action* nordamericana, A. FRIGNANI, P. VIRANO, *La class action nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. assic.*, 2009, 26 ss.; e per uno sguardo, ormai «invecchiato», al dibattito tedesco, P. MANKOWSKI, *Crossing the Rhine – On the Enforceability of U.S. Class Action Judgments and Settlements in Germany*, in *Contr. impr./Europa*, 2007, 613 ss.

<sup>36</sup> Potrebbe invece aver senso sovvenzionare la lite, così da agevolare l'accesso alla giustizia, anche per il tramite di enti privati, fenomeno ancora ai primordi fuori del mondo anglo-americano (ma di *third party funding* inizia a discutersi pure sul suolo europeo, come riferiscono E. D'ALESSANDRO, C. PONCIBÒ, *European Parliamentary Research Service, Responsible private funding of litigation. European Added value assessment*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 919 ss.).

<sup>37</sup> Cfr., nella nostra dottrina, A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 239 ss. In senso contrario, S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140 bis c. cons. (legge 23 luglio 2009, n. 99)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1423. Anche negli Stati Uniti l'applicazione di *punitive damages* nelle azioni di classe incontra, non da oggi, un principio di contenimento: lo ricordava, tra gli altri, B. GROßFELD, *Risikobegrenzung!?*, in *RIW*, 2003, n. 8, I; e lo ricorda C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 247.

<sup>38</sup> Gli esempi si sprecano: per l'ormai «classica» materia ambientale cfr. U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 246 ss.

<sup>39</sup> Fra i molti, M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento*, cit., 92 ss.

<sup>40</sup> *Supra*, parr. 2-3. C'è anche un dibattito italiano sulla risarcibilità del non patrimoniale in sede di *class action*: App. Roma, (ord.) 27 gennaio 2012, inedita (a quanto consta); App. Torino, (ord.) 26 gennaio 2012, anch'essa inedita (sempre a quanto consta), ove si dice: «Non rileva, dunque, in concreto, [...] la qualità o quantità del pregiudizio patrimoniale affermato, né pare corretto escludere *a priori* l'esperibilità dell'azione di classe a tutela dei diritti non patrimoniali, per definizione personali, non avendo il legislatore posto alcun distinguo in merito alla natura del danno tutelabile»; e infine, ma *obiter*, App. Torino, ord. 25 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 3530 ss., con nota di DE SANTIS, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 502 ss., con nota di LIBERTINI, MAUGERI, in *Corri. giur.*, 2011, 525 ss., con nota di ZUFFI, in *Danno e resp.*, 2011, 71 ss., con nota di FRATA; e commentata anche da POLI, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 38 ss., la quale ammette che l'azione di classe possa essere orientata a far valere il danno «patrimoniale o, al limite, anche non patrimoniale»; quanto alla dottrina, in senso sostanzialmente affermativo, pur con molte sfaccettature, C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis*, cit., 90 ss., in particolare nota 39; M. LIBERTINI,





Proprio per queste ragioni ci dichiariamo – o dichiareremmo – disposti ad accogliere i *punitive damages* solo previa una loro rigorosa sottoposizione al principio di legalità. Infatti, se essi puniscono come punisce il penale – detto malamente – anche per essi deve valere quanto impone l'art. 25 Cost. Anche il libro da cui trae alimento questo contributo indugia molto su questo tasto, con riflessioni scettiche<sup>41</sup>.

Ma tutti sanno che dove i *punitive damages* sono nati ed hanno prosperato, un problema di legalità non è mai stato posto (anche perché diversa è la concezione stessa della legalità, la divisione dei poteri, l'equilibrio istituzionale tra i «signori» del diritto). Anzi, il giudizio parrà forse affrettato – è il giudizio di chi spesso si trova sopraffatto dal trapianto – ma è come se l'imprevedibilità o incalcolabilità del *quantum* facesse parte del gioco: il danneggiante biasimevole, che inietta nella società danni gravi e subdoli, deve scontare duramente la sua colpa dinanzi ad una massa di danneggiati attuali e potenziali, e non merita neppure di sapere quanto sarà dura la sua pena<sup>42</sup>. Giustizia oracolare sì, ma che raggiunge la massima afflizione e la massima dissuasione. Inutile dire che «pensieri» di questo genere sono lontani dalla nostra idea del diritto civile<sup>43</sup>.

Incasellare tutto ciò entro le maglie della legalità è per noi irrinunciabile, ma non combacia appieno con la fisionomia originale dell'istituto. Nei paesi di espianto questo è un falso problema: lì domina lo *stare decisis*, che soddisfa un bisogno di ripetitività della sentenza, ma, a quanto è dato intendere, la liquidazione del danno non fa precedente (o per lo meno non fa precedente vincolante). Forse potremo «legalizzare» l'*an* del punitivo, il «dove» o il «quando» – e già non sarebbe poco – ma il *quantum* deve restare libero. Però si sa che è proprio il *quantum* a stabilire, di volta in volta, quale sia o debba essere la funzione della responsabilità aquiliana<sup>44</sup>.

Se questo è l'*humus* dei risarcimenti punitivi, sommariamente riproposto, diventa arduo trasportarli di peso in ordinamenti dove la responsabilità civile va sempre più oggettivandosi o «de-colpevolizzandosi», le liti di gruppo sono ignote o poco praticate e si aborriscono condanne esose e soprattutto imprevedibili, perché non sistemate entro fattispecie previamente affinate dalla legge<sup>45</sup>. Si tenta allora di addomesticare i risarcimenti punitivi, ma se ne perde l'afflato persecutorio, salvo riassegnare quell'afflato a rimedi e istituti che nulla hanno della sanzione. Piuttosto che stravolgere il trapianto, meglio respingere tutto il pacchetto. Chi lo appoggia valorizza l'interventismo del giudice e la sua autonomia decisoria, chi ne è detrattore mostra di temere il *Richterrecht* se non il *Richterstaat*<sup>46</sup>.

---

*Pratiche commerciali scorrette e azione*, cit., 159-160; C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, in particolare 511 ss.; in breve, G. ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 391.

<sup>41</sup> C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., in particolare 40 ss., 183 ss. e 245 ss.; precedentemente A. CIATTI CÀIMI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di common law*, in *Contr. impr./Europa*, 2017, 1 ss.

<sup>42</sup> È però vero come «la stragrande maggioranza delle decisioni finora giunte dinanzi alle nostre corti per ottenere il riconoscimento recassero *punitive damages* liquidati a seguito di vicende di *products liability*, ambito in cui l'imputazione oggettiva della responsabilità costituisce la regola generale» (così C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 243); ma il dato non è d'univoca lettura: le sentenze sulla responsabilità da prodotto sono quelle che più e meglio di altre possono circolare da un ordinamento all'altro, quando il produttore sia transfrontaliero o quando il prodotto esprima una potenzialità lesiva su larga scala. Difficile trarne conclusioni certe.

<sup>43</sup> Un'idea che giustamente ama la proporzionalità (e dunque la prevedibilità): C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 253 ss. e in particolare 264.

<sup>44</sup> La conclusione apparirebbe certamente riduttiva, semplicistica, a M. BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 264 ss. e segnatamente 288 ss.

<sup>45</sup> E più in generale diventa arduo conciliare tutto ciò con l'idea del «giusto rimedio», sinonimo di ragionevolezza, un'idea tradizionale, ma recentemente riproposta come cardine del sistema: cfr., per tutti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, 2015, 87 ss.

<sup>46</sup> Per echeggiare le pagine di B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, trad. it. a cura



5. – Non v'è bisogno di ricordare qui che la nostra recente giurisprudenza, pur con i soliti distinguo, ha dato un *placet* di massima ai risarcimenti punitivi<sup>47</sup>. Nel concedere alla responsabilità civile una pluralità di funzioni<sup>48</sup>, la Suprema Corte ha accolto la prospettiva teorica di liquidazioni ultra-compensative, circondandola però di molti «ma» e molti «se»<sup>49</sup>. A quest'apertura di principio, ancora vaga – e sulla quale non occorre indugiare in questa sede<sup>50</sup> – fa da contraltare una chiusura netta del legislatore.

In materia di danno *antitrust*, all'esito di un *iter* legislativo che affonda le sue radici nel diritto europeo, l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 3/2017 stabilisce: «Il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompenzazioni». Ecco attestata la regola del pieno risarcimento, cui fa da *pendant* il divieto di ultra-compensazioni: la vittima del sodalizio illecito (cartello, intesa o pratica concordata) ha dunque titolo al ristoro integrale, ma non può arricchirsi in occasione del danno patito. Altrove implicita, la regola del pieno risarcimento, che significa anche divieto del «sovra»-risarcimento, trova qui una conferma espressa; e la ragione per la quale il legislatore europeo e nazional-derivato ha sentito l'esigenza di una tale conferma va ricercata nella storia della norma e nella volontà legislativa di mettere tutto in chiaro<sup>51</sup>.

Nel celebre caso-*Manfredi*<sup>52</sup> la Corte di Giustizia, oltre a ribadire per il resto la propria giurisprudenza-*Courage*<sup>53</sup>, s'era espressa sui profili del pieno risarcimento e del risarcimento ultra-compensativo:

«[92]. Per quanto riguarda la concessione di un risarcimento danni e un'eventuale possibilità di liquidare

---

di G. Stella, Mucchi, 2018, *passim*. La discrezionalità del giudice, qui certamente in gioco, è un altro profilo che esacerba il dibattito (tra i molti, V. DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale*, Giappichelli, 2018, in particolare 37 ss.; e ancora C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 262 ss.).

<sup>47</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613 ss., con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI (2630 ss.), E. D'ALESSANDRO (2639 ss.), R. SIMONE (2644 ss.), P.G. MONATERI (2648 ss.), come noto nel quadro di un procedimento di delibazione di una sentenza straniera; sui profili della sentenza, fra i molti, L. NIVARRA, *La Cassazione e il punitive damage: un mondo piccolo per grandi danni*, in L. NIVARRA e A. PLAIA (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Giappichelli, 2018, 5 ss.; G. PONZANELLI, *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *questa rivista*, 2018, 42 ss.; ampiamente M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, ESI, 2017, 105 ss.; e L. COPPO, *The Grand Chamber's Stand on the Punitive Damages Dilemma*, in *Italian Law Journal*, 2017, 605 ss.

<sup>48</sup> Per un più generale ripensamento della struttura e delle funzioni della responsabilità civile nella contemporaneità cfr., fra gli altri, P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 1961, 11 ss.; S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 597; M. BARCELONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul "concetto" di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 211 ss.; P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 115 ss.; più di recente A. DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1314 ss.; e G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., in particolare 175-177.

<sup>49</sup> Può dirsi con ciò superata una giurisprudenza più risalente ed assai meno incline ad accogliere, già solo in via prospettica, l'idea della sovra-compensazione o della natura potenzialmente punitiva della colpa aquiliana: cfr., per questa più antica giurisprudenza, Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460 ss., con note di S. PALMIERI, G. PONZANELLI; in *Giur. it.*, 2007, 2724 ss., con nota di V. TOMARCHIO, nonché *ibidem*, 2008, 395 ss., con nota di A. GIUSSANI; in *Danno e resp.*, 2007, 1125 ss., con nota di R. PARDOLESI; in *Assic.*, 2007, II, 153 ss., con nota di M. ROSSETTI; in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1890 ss., con nota di S. CIARONI; e in *Corr. giur.*, 2007, 497 ss., con nota di FAVA; un commento anche in E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 383 ss.; nella giurisprudenza di merito, App. Trento, 16 agosto 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 92 ss., con nota di G. PONZANELLI.

<sup>50</sup> Anche perché, come giustamente sottolineato, la polifunzionalità della responsabilità civile non significa necessariamente che all'interno delle sue funzioni vi sia (o debba esservi) quella sanzionatoria: così C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 186 ss.; cfr. anche M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, 279 ss.

<sup>51</sup> In tema, ampiamente, A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, Cedam, 2019, 33 ss.

<sup>52</sup> Corte giust. CE, 13 luglio 2006, cause da C-295/04 a C-298/04, in particolare §§ 92-97.

<sup>53</sup> Corte giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99.



danni punitivi, in mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati. [93]. A tale riguardo, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo, deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno (...). [94]. Tuttavia, risulta da una giurisprudenza costante che il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto (...). [95]. D'altra parte, dal principio di effettività e dal diritto di chiunque a chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi. [96]. Infatti l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile non può essere ammessa in caso di violazione del diritto comunitario poiché, soprattutto in tema di controversie di natura economica o commerciale, una tale esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno (...). [97]. Per quanto riguarda il pagamento di interessi, la Corte ha ricordato al § 31 della sentenza 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall* (Racc. pag. I-4367), che la loro corresponsione, ai sensi delle pertinenti norme nazionali, costituisce una componente essenziale di un indennizzo».

Questi insegnamenti hanno trovato in parte conferma e in parte smentita negli artt. 1, comma 2, e 14, comma 1, d.lgs. n. 3/2017, attuativi dell'art. 3, commi 1-2, dir. 2014/104/UE. È ribadita l'idea che alla vittima, anche indiretta, della violazione *antitrust* spetti un risarcimento pieno, comprensivo «non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi» (così *Manfredi*, al citato § 95), atteso il principio di effettività del diritto europeo e la tutela diffusa dei soggetti danneggiati da pratiche anticoncorrenziali<sup>54</sup>. Ma la sintonia fra Corte di Giustizia e legislatore euro-

<sup>54</sup> In tal senso pure il *considerando* 4 dir. 2014/104/UE; e nella nostra giurisprudenza di merito, Trib. Treviso, 30 luglio 2018, e Trib. Napoli, 1° marzo 2019, entrambe inedite, a quanto consta (per esemplificare, nei casi di cartello o c.d. abuso per sfruttamento la vittima dell'illecito anticompetitivo patirà un danno emergente pari alla differenza tra il prezzo effettivamente pagato e quello che avrebbe pagato in assenza del sovrapprezzo illecito; e in questa ipotesi, assodata la traslazione integrale di tale sovrapprezzo in capo all'acquirente «a valle», plurimi sono i modelli di calcolo: cfr., fra i molti, PROSPERETTI, PANI, TOMASI, *Il danno antitrust*, Bologna, 2009, *passim*; e F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, ESI, 2009, *passim*). Qualora la vittima abbia adoperato il bene acquistato col sovrapprezzo all'interno del proprio ciclo produttivo o distributivo e ciò l'abbia indotta ad aumentare i prezzi praticati agli aventi causa, determinandosi così una contrazione delle vendite, potrà vantare il lucro cessante da mancato introito. Se invece l'abuso è di tipo escludente, un *damnum emergens* sarà dato dalla vanificazione degli investimenti specifici effettuati ed un *lucrum cessans* dalla perdita dei profitti che l'impresa avrebbe ragionevolmente maturato grazie alla propria attività produttiva o distributiva (tra gli altri, L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Giuffrè, 2012, 181 ss.; e A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, 2005, *passim*). Deve giudicarsi risarcibile pure la perdita di *chance* – come nel danno da abuso escludente, ove il danneggiato perda l'opportunità d'espandere la propria produzione o distribuzione ed entrare così in mercati appetibili –, a prescindere dalla circostanza che detta perdita sia fatta ricadere nella sotto-classe del danno emergente o in quella del lucro cessante, vista la sicura inclusione dell'una e dell'altra nella quantificazione in oggetto (sul punto, App. Milano, 18 luglio 1995, *leading case* per la rilevanza della perdita di *chance* nell'area dell'illecito anticoncorrenziale). Anche l'accumulo di minore liquidità e il mantenimento di una più bassa soglia di competitività generale, in quanto possano precludere nuovi investimenti o aggravare l'esborso per investimenti già programmati, con conseguente restrizione dei profitti, sono risarcibili sotto forma di perdita di *chance*, sempre a patto di puntuale allegazione e prova, sorretta da evidenze empiriche (resta di fondamentale importanza quanto illustrato nel 2013 dalla Commissione UE nella «Comunicazione sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 o 102 Tratt. FUE [2013/C 167/07]», cui è annessa una «Guida pratica», come da §§ 10-16 della Comunicazione stessa). Neppure può escludersi un danno all'immagine, ove ad es. l'esclusione dal mercato di riferimento abbia influito negativamente sulla reputazione dell'impresa vittima dell'abuso escludente.



peo viene completamente meno in tema di risarcimenti ultra-compensativi o punitivi. Mentre infatti *Manfredi* (in particolare §§ 92-94, sopra riportati) aveva mostrato una qualche apertura, per lo meno alla luce e nei limiti del principio europeo di equivalenza, l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, attuativo dell'art. 3, comma 3, dir. 2014/104/UE, è perentorio nell'escludere risarcimenti esorbitanti l'ammontare allegato e provato dalla vittima<sup>55</sup>.

Ne discende che, per lo meno nell'area delle violazioni *antitrust*, il diritto italo-europeo allo stato non accoglie la risarcibilità maggiorata, ma solo strettamente compensativa del danno occorso alla vittima<sup>56</sup>. Sarà pure una norma di settore, per quanto settore importante, ma è una norma che rispecchia precise scelte legislative di contrasto ad opposto – o per lo meno diverso – orientamento giurisprudenziale, un contrasto che fatalmente scende dal piano europeo a quello nazionale<sup>57</sup>.

Può darsi che divenga una tendenza degli anni a venire: aperture giurisprudenziali timide, cui fanno da eco chiusure legislative più risolte, nella comune convinzione che il trapianto non possa mai essere acritico o completo; su altro versante, una dottrina divisa tra chi anela ad un innesto forte e chi deplora qualsiasi ingerenza dei *punitive damages*, ma una dottrina sempre tesa alla ricerca del punitivo latente nel sistema, ora per legittimare il trapianto ora per dire che se ne può fare a meno.

Il libro s'insinua in questo panorama con abilità, lo conosce palmo a palmo e vuole trascenderlo, per dare nuovo impulso a studi che sul continente – parrà forse eccessivo – sono ancora ai primordi, per lo meno da quando s'è deciso di prendere i danni punitivi sul serio.

---

<sup>55</sup> In realtà l'idea della sovra-compensazione, come s'esprime l'art. 1, comma 2, d.lgs. 3/2017, non fu estranea ai lavori preparatori della dir. 2014/104/UE, al punto che il Libro Verde (a p. 7) l'aveva espressamente annoverata fra le opzioni possibili, salvo scomparire del tutto dal successivo Libro Bianco (cfr. S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolatenti"*, in *Corr. giur.*, 2007, 648 ss.).

<sup>56</sup> Però il giudizio sul d.lgs. 3/2017 – e su quel che l'ha preceduto, in Italia e in Europa – non dev'essere sminuzzato pezzo per pezzo, ma deve puntare al quadro complessivo: vero è infatti che il citato art. 1, comma 2, d.lgs. n. 3/2017 esplicita *tout court* un divieto di sovra-compensazione; vero è anche però che altre norme salienti, come gli artt. 12, comma 2, e 14, comma 2, tendono a favorire la maggiore effettività possibile del risarcimento *antitrust*, se pure in direzioni diverse dal rigonfiamento del *quantum* (cfr., già prima dell'ingresso sulla scena del decreto-*antitrust*, S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust*, cit., 648 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 2015, 114 ss.). Che non sia questa la strada giusta? Più effettività, ma senza «pena» per il danneggiante? Ecco una nuova ipotesi di retroazione del diritto secondo sul diritto primo, della normativa speciale su quella generale.

<sup>57</sup> Fra gli altri, M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità*, cit., 57 ss.; F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti*, cit., 193 ss.; A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, cit., 62 ss.; di recente, F. MEZZANOTTE, *Effettività delle tutele e funzioni della responsabilità civile (dalla prospettiva del 'danno antitrust')*, in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI, S. ORLANDO (a cura di), *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, in *www.personaemercato.it*, 2022, 2305 ss.



LUCIANO OLIVERO

Professore associato – Università degli Studi di Torino

## LA VITA (PRIVATA) DEI MORTI: MEMORIE FAMILIARI E RISERVATEZZA DOMESTICA

SOMMARIO: 1. La casistica giurisprudenziale e i problemi aperti. – 2. La risposta ereditaria e i suoi limiti. – 3. Le memorie familiari. – 4. La riservatezza affievolita nei rapporti domestici. – 5. I poteri gestori naturalmente funzionali all'andamento della vita familiare.

1. – Quattro lutti improvvisi, quattro account da forzare. Quattro istanze di accesso di stretti congiunti. Tutte esaudite: una dal tribunale di Roma, a favore di una vedova decisa a recuperare dal telefono del marito immagini e video di famiglia, nell'interesse delle figliolette<sup>1</sup>; un'altra dal tribunale di Bologna, a beneficio di una madre ansiosa di accedere al profilo del figlio adolescente, morto suicida<sup>2</sup>; un'altra ancora, recentissima, dal tribunale di Milano, adito da una donna alla ricerca di foto e pensieri d'addio del coniuge defunto<sup>3</sup>; e l'ultima (ma prima in ordine di tempo) dallo stesso tribunale milanese, a cui si erano rivolti i genitori di un giovane chef tragicamente scomparso per recuperare le ricette archiviate nell'i-cloud del figlio e farne un libro di cucina in sua memoria<sup>4</sup>.

Un lutto si colma come si può. Ma c'è un altro vuoto da colmare: quello lasciato dall'assenza di una disciplina puntuale per un fenomeno che da tempo fa parlare di eredità e morte "digitali"<sup>5</sup>: formule che evoca-

<sup>1</sup> Trib. Roma, ord. 9/10 febbraio 2022, in [www.civile.it](http://www.civile.it) con segnalazione di V. SPATARO nonché in [dirittodiinternet.it](http://dirittodiinternet.it) con segnalazione di G. CASSANO. Si veda altresì il commento di D. BIANCHI, *Privacy e defunti: le 'ragioni familiari' prevalgono sul contratto del gestore web*, in *D&G*, 2022, f. 39, 1 ss.

<sup>2</sup> Trib. Bologna, 25 novembre 2021, per esteso nelle *banche dati De Jure*; ordinanza edita altresì in [www.osservatoriofamiglia.it](http://www.osservatoriofamiglia.it), con segnalazione di V. CIANCIOLO. Si veda altresì il commento di M. FELEPPA, *L'accesso ai dati del defunto conservati su smartphone: soluzioni emergenti e problemi aperti*, in *Dir. inform.*, 2022, 1, 25 ss.

<sup>3</sup> La notizia di tale provvedimento ([https://www.ansa.it/amp/lombardia/notizie/2022/07/07/eredita-digitale-alla-moglie-password-marito-defunto\\_7e73f44a-bc70-4f50-9dbf-920415ea08d9.html](https://www.ansa.it/amp/lombardia/notizie/2022/07/07/eredita-digitale-alla-moglie-password-marito-defunto_7e73f44a-bc70-4f50-9dbf-920415ea08d9.html)) è giunta quando queste pagine erano ormai pressoché ultimate. In attesa di leggere le motivazioni della decisione, di essa si sa quanto riportato dai siti di informazione: una moglie, agendo anche nell'interesse dei figli minori, aveva chiesto al tribunale di Milano l'autorizzazione ad ottenere da Apple, Microsoft e Meta Platform (in riferimento al sistema di messaggistica WhatsApp) le password di accesso del marito defunto, allo scopo di recuperare le foto dei bambini insieme al loro papà ed eventuali pensieri e lettere d'addio di quest'ultimo. Tale istanza, in linea con la giurisprudenza inaugurata dallo stesso tribunale ambrosiano, è stata accolta. Cfr. M. SAVINI, *L'eredità è anche digitale: le password degli account vanno agli eredi*, in [www.rainews.it](http://www.rainews.it) del 7 luglio 2022.

<sup>4</sup> Trib. Milano, ord. 9/10 febbraio 2021, per esteso nelle *banche dati Foro it.* (ove l'ordinanza è però datata 16 febbraio). Per un commento all'ordinanza cfr. S. OCCHIPINTI, *Esiste un'eredità digitale dei dati custoditi in cloud?*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com) e A. SPANGARO, *La successione digitale: la permanenza post mortem di aspetti della personalità*, in *Giur. it.*, 2022, 1365 ss.

<sup>5</sup> Molti sono i contributi che la dottrina italiana ha dedicato al tema. Tra quelli consultati per comporre queste note si vedano, ol-





no temi universali (giacché tutti abbiamo un account e tutti saremo un giorno *de cuius*), di cui però il legislatore europeo ha scelto, fin qui, di non curarsi col noto ‘considerando’ 27 del G.D.P.R., il quale dispone che: «Il presente regolamento non si applica ai dati personali delle persone decedute». Poco importa, ora, discettare se ciò dipenda dal rispetto per le discipline successorie statali<sup>6</sup>, dalla fiducia riposta nei familiari quali protettori naturali dei dati dei defunti, o dall’indifferenza verso chi, non potendo più consumare, non va più difeso perché non sarà più incalzato ad acquistare, profilato, trattato<sup>7</sup>. Importa invece rimarcare che di tali dati possono occuparsi – per lo stesso ‘considerando’ – i legislatori nazionali, se vogliono. E quello italiano ha voluto.

Il d.lgs. n. 101/2018, in effetti, ha inserito nel codice privacy l’art. 2-terdecies, dedicato ai *diritti riguardanti le persone decedute*. Erede della disposizione già abbozzata nell’art. 9, comma 3, d.lgs. n. 196/2003<sup>8</sup>, la norma più recente prevede che «i diritti di cui agli art. da 15 a 22 del Regolamento» – e cioè del citato G.D.P.R. 2016/679<sup>9</sup> – «riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell’interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione». A meno che – precisa il comma 2 – tale esercizio sia escluso dalla legge o sia stato vietato in vita dal diretto interessato, con una dichiarazione scritta presentata al titolare del trattamento, da cui emerga una proibizione non equivoca e puntuale (comma 3); la quale è sempre modificabile (comma 4), e non può comunque «produrre effetti pregiudizievoli per l’esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell’interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi» (comma 5 e ultimo).

Occorre premettere che in nessuna delle quattro vicende in esame era emerso un simile divieto<sup>10</sup>, e neppure l’esistenza di una qualche forma di pianificazione successoria, sia tradizionale che digitale, da parte dei

---

tre a quelli già citati, C. CAMARDI, *L’eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inform.*, 2018, 1, 65 ss.; M. CINQUE, *La successione nel “patrimonio digitale”: prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 2, 645 ss.; EAD., *L’eredità digitale” alla prova delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1, 72 ss.; S. DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 460 ss.; A. MAGNANI, *Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria*, in *Vita not.*, 3, 2019, 1281 ss.; A. MANIACI, A. D’ARMINIO MONFORTE, *L’eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione negoziale*, in *Corr. giur.*, 2020, 11, 1367 ss.; A.A. MOLLO, *Il diritto alla protezione dei dati personali quale limite alla successione “mortis causa” nel patrimonio digitale*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 430 ss.; G. RESTA, *La “morte” digitale*, in *Dir. inform.*, 2014, 6, 891 ss.; V. SPATUZZI, *Patrimoni digitali e vicenda successoria*, in *Not.*, 2020, 4, 402 ss.; S. STEFANELLI, *Destinazione “post mortem” dei diritti sui propri dati personali*, in *MediaLaws*, 2019, 1, 136 ss.; M. TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell’identità personale*, in questa *Rivista*, 2014, 10, 316 ss.; F. TROLLI, *La successione mortis causa nei dati personali del defunto e i limiti al loro trattamento*, *ivi*, 2019, 4, 313 ss.; A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni on line. Note in tema di eredità digitale*, *ESI*, 2020; A. ZACCARIA, *La successione mortis causa nei diritti di disporre di dati personali digitalizzati*, in *Studium iuris*, 2020, 11, 1368 ss. Per una prospettiva non giuridica: D. SISTO, *La morte si fa social. Immortalità, memoria e lutto nell’epoca della cultura digitale*, Bollati Boringhieri, 2018.

<sup>6</sup> Cfr. F. TROLLI, *op. cit.*, 318.

<sup>7</sup> Personalmente, trovo più convincente questa spiegazione disincanta. Sul punto v. altresì T. PERTOT, *Successione digitale e dati personali*, relazione presentata nel quadro dei *Colloqui torinesi di diritto civile*, in data 16 giugno 2022 al Campus Einaudi di Torino.

<sup>8</sup> Prima ancora si veda l’art. 13, comma 3, della l. n. 675/1996 (su cui TROLLI, *La successione mortis causa nei dati personali*, cit., 319. In base a tale disposizione, i diritti riferiti ai dati di persone decedute potevano essere esercitati «da chiunque vi ha interesse». Sarà appunto il d.lgs. n. 196/2003 – nota ancora F. TROLLI, *op. cit.*, 320 – a introdurre apertamente, tra i legittimati ad accedere ai dati del defunto, i portatori di “ragioni familiari meritevoli di protezione”.

<sup>9</sup> Vale a dire i diritti di: accesso, rettifica, oblio, limitazione di trattamento, notifica, portabilità, opposizione, non sottoposizione a processo decisionale automatizzato. Per una breve rassegna cfr. F. TROLLI, *La successione mortis causa nei dati personali*, cit., 328.

<sup>10</sup> La storia, anche giurisprudenziale, non è avara di precedenti in cui si è discusso della liceità di pubblicazioni *post mortem* di carte private di personaggi pubblici i quali, in vita, avevano espresso il desiderio di non dare in pasto al pubblico i loro scritti. Cfr. M. RICCA-BARBERIS, *Pubblicazione vietata dal defunto*, nota a Trib. Torino, 16 novembre 1956, in *Foro it.*, 1957, I, 684 ss. (la vicenda riguardava il contratto di edizione per la pubblicazione delle lettere del maresciallo De Bono, il cui testamento conteneva però un



defunti (anche a causa della loro giovane età e delle modalità dei decessi, sopraggiunti per una disgrazia o all'esito di malattie fulminanti)<sup>11</sup>; sicché l'attenzione dei giudici ha potuto concentrarsi sull'accertamento di un "interesse proprio" o di una "ragione familiare" in grado di sorreggere le pretese dei ricorrenti. Ma quali sono gli interessi e le ragioni di cui parla l'art. 2 *terdecies*? La norma, più allusiva che prescrittiva, non lo chiarisce. Così come non chiarisce molti altri punti, a partire dal dilemma se i diritti "riguardanti" il defunto vengano acquistati dai terzi *mortis causa* o spettino loro *iure proprio*<sup>12</sup>. L'accento alla legittimazione di «chi ha un interesse proprio» potrebbe deporre per la seconda ipotesi. Il richiamo ai «diritti patrimoniali che derivano dalla morte» evoca invece una successione all'antica. Resta nondimeno incerto il perimetro di questi diritti patrimoniali; e si può anzi dubitare che un perimetro esista davvero, vista la dilagante mercificazione delle informazioni quale larvato compenso dei servizi erogati via web, che rende in teoria ogni dato suscettibile di valutazione economica<sup>13</sup>.

---

espresso divieto al riguardo: «*Desidero che mai i miei scritti siano resi pubblici*»). Oltre al mondo politico, anche quello dell'arte, e della letteratura in specie, è una miniera di spunti. «*Mère, Vève* – scrisse il poeta Mallarmé, la notte stessa in cui morì, alla moglie Marie (Mère) e alla figlia diletta Geneviève (Vève) su di un foglio intitolato "Recommandations quant à mes Papiers" – *il terribile spasmo che pocanzi m'ha quasi soffocato potrebbe ripresentarsi nella notte e avere la meglio su di me. Non stupitevi, dunque, se penso alla pila dei miei appunti ammonticchiati in mezzo secolo, che diventerà per voi solo una seccatura [...]. Bruciate tutto, dunque, piccole mie [...]* e sottraetelo ad ogni ingerenza di amici o di curiosi» (il testo integrale si può leggere in AAVV, *La dernière lettre – Anthologie des derniers mots des grands hommes*, Seuil, 2017). Le donne, tuttavia, disubbidirono al poeta. Non è, peraltro, un caso isolato: si dice che anche Virgilio, non potendo portare a perfezione l'Eneide prima di morire, avesse chiesto ai suoi amici di bruciarla. E così pure Fenoglio, sul letto di morte, avrebbe inutilmente chiesto la distruzione di tutti i suoi scritti, ad eccezione di un paio di racconti. Cfr. G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti*, Utet, 2017, che ricorda anche i casi di Bulgakov, Hemingway e Kafka: in tutte e tre le ipotesi gli eredi presero a conservare i documenti dei tre scrittori. Riporto, in particolare, le inequivoche volontà espresse da Franz Kafka all'amico Max Brod, suo esecutore testamentario: «*Carissimo Max, la mia ultima richiesta: tutto ciò che lascio dietro di me in termini di diari, manoscritti, lettere (miei e altrui), schizzi e così via, [deve] essere bruciato e non letto*» (<https://blog.philosophica.wordpress.com/2021/11/19/kafka-der-prozess/>). Come anticipato, l'amico non obbedì. Si direbbe che – almeno per gli scrittori – la via più sicura sia il fai-da-te, evitando di mettersi nelle mani dei vivi: come decise, purtroppo, Gogol, quando gettò nel fuoco la seconda parte delle "Anime morte", privandocene per sempre.

<sup>11</sup> Secondo una casistica tipica dei casi di successione digitale, che anche sotto questo punto di vista – come osserva M. CINQUE, *L'eredità digitale*, cit., 74 – impone un rovesciamento di prospettiva rispetto al paradigma della successione tradizionale, legata a un patrimonio fisico lasciato da un *de cuius* (sempre più) anziano.

<sup>12</sup> Così anche SPANGARO, *La successione digitale*, cit., 1369 in riferimento all'ordinanza milanese del 2021. Rileva con divisibilmente l'autrice che la disciplina dell'art. 2-*terdecies*, non facendo alcun riferimento agli "eredi", ma evocando l'esistenza di interessi propri o familiari o la qualità di mandatario della persona defunta, sembra allontanarsi dal modello proprietario e adottare «una prospettiva che dunque si fa più fiduciaria che successoria» (ivi, 1368). Ad una dimensione "fiduciaria", legata alla comunione di vita e di affetti connessa al rapporto di parentela, si richiama nondimeno anche chi ammette l'acquisizione *mortis causa* dei diritti personali e personal-patrimoniali: v. A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Cedam, 1988, 92.

<sup>13</sup> Come scrive R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Giappichelli, 2020, 151 «le nuove tecniche di profilazione pubblicitaria [...] rendono i dati personali dei naviganti una risorsa preziosissima, tanto che come è noto spesso non è previsto il pagamento di un corrispettivo da parte degli utenti: i fornitori dei servizi infatti fondano il proprio *business model* sulla commercializzazione di attività di profilazione dell'utenza». Il fenomeno induce a riflettere sul rischio di consensi frettolosamente prestati sotto la preoccupazione di non accedere ai servizi on line e, quindi, sul basso grado di libertà e consapevolezza con cui gli utenti autorizzano il trattamento dei propri dati: situazione che mette a nudo i limiti della stessa «logica del consenso» quando entra in gioco il diritto alla riservatezza collegato ai dati personali scambiati in rete: sul punto rinvio alle riflessioni di M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale*, in questa *Rivista*, 2021, 1, 9. La cessione dei dati s'inquadra nella più generale tendenza alla "commodification", ossia alla riduzione di ogni bene a merce di scambio, che a suo modo offre un argomento a sostegno della successione *mortis causa* negli stessi diritti della personalità: e ciò perché – scrive M. TESCARO, *La tutela postmortale*, cit., 323 – «anche qualora si continuasse a considerare la successione un fenomeno strettamente patrimoniale, si dovrebbe finire per estenderne sempre più i confini». In generale, sul libero flusso delle informazioni in base al diritto europeo, e sui modelli contrattuali inerenti ai dati (personali e non) sviluppatasi grazie alle nuove tecnologie v., per tutti, C. PERLINGIERI, *Data as the object of a contract and contract epistemology*, in *The Italian Law Journal*, 2019, 2, 613 ss.



Benché lasci indefiniti molti contorni – e, anzi, proprio grazie all’ampiezza di certe sue formule – l’art. 2-terdecies si rivela perfettamente acconcio a risolvere vicende come quelle portate all’attenzione dei nostri giudici, tanto più quando la tutela invocata sia, come nella specie, di tipo cautelare. I familiari, infatti, non hanno faticato granché a rappresentare l’esistenza di un *periculum in mora*, consistente nel rischio della perdita definitiva dei dati a causa dell’inattività protratta dell’account. Mentre per il *fumus boni iuris* ai giudici è bastato rilevare che, nei luttuosi frangenti in cui si erano attivati, i ricorrenti avevano agito spinti da valide «ragioni familiari», bene o male ricondotte all’idea di un conforto al dolore cercato rovistando nei cassetti virtuali del defunto, nella speranza di trovarvi ricordi e messaggi capaci di ristabilire un contatto troppo presto e troppo bruscamente interrotto da una morte improvvisa.

La dimensione emotiva dei casi concreti mostra così tutto il suo peso, esercitato sia nell’orientare la decisione favorevole dei giudici, sia nel distogliere le società convenute da atteggiamenti inutilmente ostili. Va infatti rilevato che l’iniziale ritrosia degli operatori ad accedere alle richieste dei ricorrenti, più che segnare l’avvio di aspre contese giudiziarie come quelle talvolta registrate all’estero<sup>14</sup>, era servita soltanto a spingere i familiari a rivolgersi ai tribunali, essendo l’emissione di un ordine giudiziale indispensabile per le policy aziendali delle stesse convenute<sup>15</sup>. Le quali, va da sé, non si erano poi opposte alla pronuncia dei provvedimenti invocati, né avevano risparmiato attestati di vicinanza ai familiari dei loro clienti defunti. Col che si potrebbe pensare a vicende chiuse in un clima di mestizia, certo, ma di concorde presa d’atto del quadro giuridico di riferimento, senza dubbi e senza lasciare problemi aperti. Non è così, perché le maggiori incognite, teoriche e pratiche, iniziano proprio lì dove si fermano i provvedimenti citati, nei quali si riflettono le stesse ambiguità già riscontrate nella norma su cui poggiano.

In effetti, il diritto che essi accordano ai familiari non è la *proprietà* dei beni digitali né il *subingresso nel contratto* facente capo al defunto (secondo la soluzione accolta, ad esempio, dalla giurisprudenza tedesca)<sup>16</sup>,

<sup>14</sup> Si pensi al caso del giovane marine morto in Iraq e alla causa che, negli Stati Uniti, oppose Yahoo e i genitori del ragazzo per l’accesso alla sua casella di posta elettronica. Il caso è ricordato, tra gli altri, da G. RESTA, *La “morte” digitale*, cit., 897 ss. e da M. CINQUE, *La successione nel “patrimonio digitale”*, cit., 648.

<sup>15</sup> In effetti, solo la prima delle ordinanze del tribunale di Milano, quella del caso del giovane cuoco, è stata emessa nella contumacia di Apple; mentre nelle successive procedure la costituzione in giudizio delle società convenute si è accompagnata alla “non opposizione” all’adozione del provvedimento richiesto nei loro riguardi. A ben vedere, data l’esistenza dell’art. 2 *terdecies* e di una interpretazione sempre più univoca in ordine ai diritti degli stretti congiunti, la pretesa che costoro si muniscano di un ordine giudiziario appare un inutile aggravio, di cui i tribunali dovrebbero tenere conto in sede di liquidazione delle spese processuali, evitando troppo ecumeniche compensazioni. Come nota giustamente BIANCHI, *Privacy e defunti*, cit. (in riferimento ad Apple; ma la situazione appare simile per gli altri gestori), la richiesta di un provvedimento giudiziale è avanzata per «sbloccare» i limiti che il gestore stesso si è auto-imposto con le condizioni generali di contratto, e dunque sarebbe più lineare consentire ai familiari l’accesso senza bisogno di tale “autorizzazione”. Piuttosto, si direbbe che la pretesa di un ordine giudiziale miri a disincentivare in partenza un certo numero di domande di accesso. Sotto questo punto di vista, restano condivisibili le osservazioni di M. CINQUE, *La successione*, cit., 649, allorché osservava, con particolare riguardo alle politiche di Yahoo e dei provider di posta elettronica, che la resistenza a dare corso alle richieste degli eredi «è determinata più da interessi propri, che dal desiderio di tutelare la privacy degli utenti defunti; infatti, prevedere – come regola – il diritto degli eredi di accedere all’account, o di ottenere copia delle email del defunto, comporterebbe costi aggiuntivi, come quello di destinare dipendenti al controllo della documentazione che attesta la morte del titolare dell’account e la legittimazione di chi presenta domanda».

<sup>16</sup> Cass. civ. tedesca, 12 luglio 2018, n. 183/17, su cui si veda R. MATTERA, *La successione nell’account digitale. Il caso tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 703 ss. Il caso riguardava la richiesta dei genitori di accesso all’account di una giovane, tragicamente deceduta nella metropolitana di Berlino. La Corte tedesca, aderendo all’impostazione accolta in primo grado ma sconfessata in appello, accoglie la richiesta dei genitori: anche i beni immateriali e i dati personali entrano a comporre il patrimonio di una persona e sono dunque trasmissibili in via ereditaria; così come sono trasmissibili i diritti di fonte contrattuale. Tra questi, quelli derivanti dal contratto col gestore del social network. Subentrando come parti contrattuali – ragionano i giudici tedeschi – gli eredi hanno perciò il diritto di accedere all’account e a tutti i suoi contenuti digitali.



bensi l'accesso ai suoi dati personali; e tale accesso dovrebbe tradursi nel log-in all'account orfano, attraverso "la consegna delle credenziali" (come indicato dal tribunale romano) o la messa a disposizione di un account "clone", in cui riversare i contenuti di quello originario (secondo la soluzione prospettata dall'ordinanza bolognese)<sup>17</sup>. In un modo o nell'altro, però, simili accessi dovrebbero esaurirsi nella presa d'atto dei contenuti, nella conoscenza degli elementi salienti del trattamento (finalità, categorie di dati trattati, destinatari a cui saranno comunicati, tempo di conservazione e simili), nella richiesta di cancellazione dei dati obsoleti o erronei e al più nella richiesta di una copia, come prevede l'art. 15 G.D.P.R. al par. 3. Ma tutto ciò dovrebbe lasciare impregiudicata la questione dell'appartenenza di quanto rinvenuto negli spazi virtuali del defunto<sup>18</sup>.

Tocca invece constatare che nei provvedimenti in esame il confine tra conoscenza e appartenenza svapora e la «richiesta di accesso» coincide, di fatto, col «diritto di *acquisire* i dati riferibili al defunto» (così l'ordinanza romana; ma la situazione non è diversa nelle altre, nelle quali l'assistenza chiesta al gestore per entrare nell'account risulta inscindibilmente diretta a «recuperare» tutto quanto vi è contenuto, per poi disporne a piacere<sup>19</sup>. In questo modo il discorso si sposta dal piano della *legittimazione* all'accesso al piano della *titolarità* dei beni e dei dati rinvenuti negli account, dovendosi stabilire se e per quale ragione i soggetti di cui discutiamo (riconducibili – si ripete – ai membri stretti della famiglia nucleare) vantino una pretesa che si traduce nell'appropriazione e, quindi, in una sorta di diritto dominicale sulle foto, i messaggi e le altre memorie lì custodite. Detto altrimenti, si tratta di dare una base legale meno vaga a quell'«interesse proprio» e a quelle «ragioni familiari meritevoli di protezione» a cui si rifà l'art. 2-*terdecies* e che i provvedimenti in commento lasciano a loro volta nel vago; e anzi relegano – come già detto – su un piano che attiene più alla pietà che al diritto, esaurendosi nell'idea di un conforto al dolore cercato alla rinfusa nei ricordi del defunto<sup>20</sup>.

2. – Una prima risposta alla ricerca di questa base legale potrebbe trovarsi nella qualità di eredi legittimi che avevano, in tutti i casi, gli attori. Dell'eredità, in effetti, possono far parte anche i beni immateriali<sup>21</sup>; e la dottrina si è impegnata da tempo a declinare casi e modi in cui può aversi il subingresso degli eredi nei contenuti digitali riferibili al *de cuius*<sup>22</sup>. Il che non sorprende, se solo si pensa a quanti beni, anche di primaria

---

<sup>17</sup> Trib Bologna, 25 novembre 2021, cit. il quale ordina ad Apple di fornire tutta l'assistenza necessaria per il recupero dei dati, «anche creando un nuovo account Apple ID e trasferendo su questo nuovo account i dati del sig. S. disponibili su iCloud, fornendo le password di questo nuovo account alla odierna ricorrente».

<sup>18</sup> In effetti, come rileva giustamente SPATUZZI, *Patrimoni digitali e vicenda successoria*, cit., 406, «consentire l'accesso ad una risorsa fisica od *online* non necessariamente equivale ad intervenire sui rapporti giuridici, dominicali o d'altra natura, di cui sono oggetto i materiali che la risorsa stessa custodisce».

<sup>19</sup> Va detto che tale commistione è rafforzata dalla compresenza, tra i diritti che l'art. 2 *terdecies* estende ai terzi, di pretese che implicano un potere dispositivo che sfocia in una signoria sul dato (si pensi al diritto all'oblio esercitato attraverso la sua cancellazione, oppure si pensi alla portabilità dei dati: cfr. artt. 17 e 20 G.D.P.R. rispettivamente). Ma un conto, si ripete, è l'accesso finalizzato a pendere atto dei contenuti digitali lasciati dal defunto. Altro è accedere alle foto o alle ricette o a «quant'altro presente sul cellulare» (come si legge in uno dei provvedimenti citati) al fine di scaricarlo e di usarlo a piacere, *uti dominus*.

<sup>20</sup> In altri termini: si tratta di trovare una norma o un principio latente su cui poggiare queste "ragioni familiari"; e magari vedere se, invertendo il binomio, la "familiarità" in sé sia una "ragione" per ingerirsi, entro certi limiti, nelle questioni personali dello stretto congiunto.

<sup>21</sup> Lo ricorda, tra gli altri, MAGNANI, *Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria*, cit., 1281.

<sup>22</sup> Si veda, in particolare, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-2, *Le successioni*, Giuffrè, 2022, 164 ss., che distingue tra documenti digitali, dati digitali e contenuti digitali. Per i documenti e i contenuti memorizzati nell'hard disk di un dispositivo di proprietà del de-



rilevanza economica, potrebbero celarsi in un account (dall'inedito di un libro di un autore famoso alla password di un conto corrente on line). Ma non si tratta solo di questo. Gli interpreti, rileggendo in termini critici i principi di unitarietà e patrimonialità della successione<sup>23</sup>, si sono infatti spinti a evidenziare che anche i diritti extrapatrimoniali, come i diritti della personalità o i dati personali intesi quali beni mobili *sui generis*, potrebbero essere oggetto di successione a causa di morte. Certo, una successione governata da principi speciali e da regole adattate alla peculiare natura dei beni in esame, che inducono a parlare – in Italia e non solo – di vocazioni “anomale”<sup>24</sup>.

Si deve però considerare che in diversi casi è la risposta ereditaria *in sé* a rivelarsi problematica. Intanto perché certi beni digitali – come si fa notare<sup>25</sup> – non diventano mai propriamente “vacanti” alla morte del titolare, come invece avviene nella fisiologia della successione *mortis causa*. A quest'ultima, inoltre, si procede per quote, e le quote si fanno sulla scorta del valore dei beni; mentre quando parliamo di foto, lettere, memorie il valore oggettivo è del tutto oscurato da considerazioni di tipo morale. E tali considerazioni, almeno in alcuni frangenti, si oppongono alla divisione di certi insiemi di beni. Infine, e soprattutto, per molti di questi “beni” appare implausibile un passaggio di mano. Si pensi ai messaggi scambiati dal defunto con terzi: si può ipotizzare che gli eredi subentrino in tali conversazioni?<sup>26</sup> Al più, come si è già detto, potrebbero succedere nel contratto col gestore, ma le conversazioni del *de cuius* resterebbero “sue”: oggetto di affetto e curiosità, magari; ma non di eredità in senso proprio. E ancor più irragionevole appare una devoluzione delle mere cronologie di navigazione e dei download<sup>27</sup>, perché esse, che pure hanno un valore di scambio per le ragioni già ricordate, morto l'interessato perdono, di norma, tale qualità e regrediscono a quello che erano in partenza: puri dati che fotografano fatti. Fatti che, ancora una volta, si può avere la curiosità (forse legittima) di conoscere, ma non il diritto di ereditare.

Proprio il caso delle cronologie mette bene in luce come molte delle incertezze che si agitano intorno al tema in esame originino da un dualismo irrisolto tra due entità che s'intrecciano e si compenetrano, ma non si esauriscono per intero l'una nell'altra: il “dato personale” e il “bene digitale”. L'uno posto a fondamento dalla disciplina della privacy, quale «ultima e più importante barriera allo straripare della società digita-

---

funto – rileva l'autore – non si pongono particolari problemi ad ammettere il trasferimento agli eredi. Più complicato è il caso in cui i documenti, i dati e i contenuti digitali siano accessibili mediante un operatore terzo: se si tratta di dati, documenti e contenuti di carattere non strettamente personale, può aversi il subingresso degli eredi nei relativi contratti; mentre tale soluzione – conclude Bianca – non è predicabile nel caso in cui si tratti di contratti strettamente personali, i cui contenuti possono presentare profili di riservatezza e segretezza, come, in particolare i contratti aventi a oggetto un indirizzo di posta elettronica o un profilo su un social network.

<sup>23</sup> Sulla crisi del dogma della patrimonialità della successione v., ad esempio, M. TESCARO, *La tutela postmortale*, cit., 322.

<sup>24</sup> In Italia resta fondamentale lo studio di A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, cit. Sulle tipologie di successioni anomale secondo la dottrina francese, v. ad esempio C. VERNIÈRES, *Succession anormales*, in *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2021, cap. 235, 551 ss. Benché ogni successione anomala sia regolata in modo peculiare, sarebbero comunque delineabili alcuni principi generali; e, tra questi, quello «che riserva l'esercizio del diritto ai familiari (con la specificazione che le facoltà positive debbono essere esercitate congiuntamente)»: così, ancora, A. ZACCARIA, *La successione mortis causa nei diritti di disporre di dati personali digitalizzati*, cit., 1370.

<sup>25</sup> Lo rileva S. DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, cit., 468.

<sup>26</sup> Sul tema G. RESTA, *La “morte” digitale*, cit., 912, il quale mette in guardia contro la tentazione di una frettolosa equiparazione tra la disciplina della corrispondenza tradizionale e i messaggi di posta elettronica: «la mole delle informazioni personali acquisibili attraverso il controllo della corrispondenza elettronica di un individuo non è per nulla comparabile alla ben limitata invasività della posta cartacea. La posta elettronica svolge oggi una funzione per molti aspetti assimilabile quella del telefono, permettendo un rapido e continuo scambio di opinioni tra molteplici interlocutori e dando vita, quindi, a un fitto flusso di informazioni in entrata e in uscita. Tali informazioni possono essere pertinenti alla sfera professionale, ma possono anche toccare gli aspetti più intimi della personalità, rivelando profili dell'identità o della vita relazionale che l'individuo vorrebbe mantenere celati, anche e in taluni casi soprattutto nei confronti dei propri eredi».

<sup>27</sup> Sul problema della ereditabilità dei dati digitali generati dai rapporti on line cfr. C. CAMARDI, *L'eredità digitale*, cit., sub § 3.2.





le»<sup>28</sup>. L'altro impiegato dagli interpreti per riempire di contenuto il concetto di "eredità digitale": «formula ellittica, brachilogica e meramente descrittiva» di una realtà eterogenea<sup>29</sup>, che è a sua volta il mezzo per recuperare alle regole del diritto successorio almeno una parte della galassia dei dati personali prodotti persona quand'era in vita.

Esiste però una terza prospettiva, che rischia di essere schiacciata tra diritto successorio e disciplina della privacy, ed è quella che induce a guardare a questi problemi secondo i principi del diritto di famiglia e le regole di buon senso morale che molto spesso li animano e che affiorano, per paradosso, proprio dalla stringatezza delle argomentazioni dei provvedimenti in esame e dalla convergenza di valutazioni che li accomunano. Oggetto di tale convergenza sono due punti di fondo su cui può essere utile svolgere qualche breve riflessione. Essi rappresentano l'implicito logico dei quattro provvedimenti e possono così fissarsi: a) il carattere condiviso e familiare, anzi "familiarissimo" di certi beni si ripercuote necessariamente sul regime di appartenenza e circolazione degli stessi; b) l'intimità della vita domestica su cui si fonda la famiglia nucleare si ripercuote necessariamente sulla privacy che si può ragionevolmente predicare tra stretti congiunti, sia in vita sia, dunque, dopo la morte.

3. – Rispetto al primo punto, occorre rimarcare con la dottrina che molti dei beni digitali che si trovano sui nostri account, sugli i-cloud, nelle memorie di un cellulare sono "condivisi"<sup>30</sup>; e non di rado sono condivisi – va aggiunto – proprio con altri familiari: si pensi alle foto e ai video della vicenda romana, che ritraevano il papà defunto insieme alle figliette. Anche quando non sono condivisi, essi potrebbero implicare in altro modo i familiari, ad esempio indirizzandosi a loro (si pensi all'eventuale lettera d'addio cercata dalla moglie dell'ultima decisione milanese). Più in generale, anche quando non sono apertamente condivisi o indirizzati ad altri congiunti, questi beni possono includere un valore affettivo, simbolico, commemorativo e, più in generale, appunto "familiare" che per una regola spontanea ed antica, che non saprei definire altrimenti se non *consuetudinaria*<sup>31</sup>, li sottrae alle regole ordinarie: sono le cosiddette "memorie di famiglia", o "souvenirs de famille" per dirla coi francesi, a cui si deve con tutta probabilità il maggior numero di contributi e riflessioni sul tema a partire da alcune celebri vicende (come il lascito della spada di Napoleone)<sup>32</sup> e da un fortunato lavoro di René Demogue<sup>33</sup>, seguito negli anni da molti altri articoli e da una giurisprudenza singolarmente continua e relativamente copiosa<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> Così F. PIZZETTI, *Privacy e diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, I, Giappichelli, 2016, 8.

<sup>29</sup> Così A. MANIACI, A. D'ARMINIO MONFORTE, *L'eredità digitale*, cit., 1370.

<sup>30</sup> Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La «comunione» di dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in *Dir. inform.*, 2009, 5 ss. nonché G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., 912 s.

<sup>31</sup> Agli "usages" è solita richiamarsi la dottrina francese citata più avanti nel testo. Anche i legislatori, nei casi in cui si sono cimentati nella disciplina delle memorie familiari, non hanno mancata di riferirsi agli usi. Cfr. l'art. 613 c.c. svizzero, i cui commi 2 e 3 recitano: "Gli scritti e gli oggetti che rappresentano ricordi di famiglia non possono essere alienati senza l'accordo di tutti gli eredi. In caso di disaccordo fra i coeredi, l'autorità competente decide se e come le dette cose debbano essere alienate od attribuite, con o senza imputazione, tenuto calcolo dell'uso locale, e in difetto di questo, delle condizioni personali degli eredi".

<sup>32</sup> Celebre fu la questione della spada di Napoleone, che l'imperatore morente a Sant'Elena affidò in custodia ad alcuni compagni d'esilio, perché a sua volta la lasciassero al figlio, Napoleone II, il c.d. "Re di Roma". Morto anzitempo anche costui, nacque la questione se tale bene mobile appartenesse alla nazione francese, alla madre di Napoleone II, Maria Luisa d'Asburgo Lorena, e quindi all'odiata Austria oppure ai parenti superstiti dell'imperatore, "selon l'usage" in quanto "souvenirs de famille". La vicenda è narrata in F.-M. PATORNI, *L'Épée de Napoléon, mémoire à consulter*, Imprimerie Herhan, 1833.

<sup>33</sup> R. DEMOGUE, *Les souvenirs de famille et leur condition juridique*, in *Revue trim. droit civ.*, 1928, 27 ss.

<sup>34</sup> Si vedano, ad esempio, i seguenti lavori e gli ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza a cui rimandano: J. ROBICHEZ,



Il contenuto morale di cui questi beni sono “saturni” – scriveva appunto Demogue – si oppone a che essi soggiacciano al regime di proprietà individuale, alle normali regole di successione, divisione, esecuzione forzata, inadatte a onorare l’essenza di tali ricordi. Essi vanno invece ricondotti ad una «*propriété collective de famille*»<sup>35</sup>, ossia ad un regime di pluriappartenenza ai familiari in quanto tali. O, secondo la teoria più classica, alla famiglia quale associazione, libera di conferire, di volta in volta, a questo o a quel suo componente la «*garde*» dei beni. Beni rigorosamente mobili e di valore essenzialmente morale (o rispetto ai quali «*la valeur symbolique et morale supplante la valeur vénale*»<sup>36</sup>), il cui connotato saliente è appunto quello di evocare, in modo speciale, la storia della famiglia e dei suoi membri, delle loro vicende grandi e piccole, eccezionali oppure ordinarie. E ciò perché i “*souvenirs*” – la cui prima elaborazione dovette avvenire in ambiente gentilizio e apparire un tutt’uno con le prerogative che gli usi assegnavano alla primogenitura<sup>37</sup> – assai presto ha preso a includere non solo gli oggetti gloriosi dei casati blasonati (decorazioni, diplomi, ritratti), ma anche i beni ordinari di gente semplice («*une modeste médaille accordée au de cujus, une correspondance entre deux personnes peu connues hors de leur milieu*»)<sup>38</sup>. Così com’è degno di nota che la flessibilità della categoria le abbia permesso, in tempi recenti, di offrire un quadro giuridico a tipologie di beni originariamente non inclusi in essa, come le urne cinerarie<sup>39</sup>.

Trovo utile precisare che tale categoria non ha mancato di fare capolino anche in Italia<sup>40</sup>; e proprio in Italia trova un addentellato (oltre che nella disciplina dei sepolcri di famiglia), nell’art. 93 della legge sul diritto d’autore, il quale, per la pubblicazione di corrispondenze epistolari e memorie familiari e personali del de-

---

*Les critères de qualification de la notion de souvenir de famille*, in *Recueil Dalloz*, 1999, 624 ss.; J. PATARIN, *Règles dérogatoires applicables aux souvenirs de famille: opposition à un acte de disposition de l’héritier détenteur, retour aux règles dérogatoires après application du droit commun*, in *RTD civ.*, 1995, 663 ss.; M. GRIMALDI, *Les souvenirs de famille peuvent ne pas être soumis aux règles habituelles du partage*, in *Recueil Dalloz*, 1993, 222 ss.; F. RINGEL, E. PUTMAN, *Après la mort...*, in *Recueil Dalloz*, 1991, 241 ss.; S. D’HUART, *Une intéressante jurisprudence à propos des papiers de famille*, in *La Gazette des archives*, 1971, 195 ss.

<sup>35</sup> Ancora R. DEMOGUE, *op. cit.* Di «véritable copropriété indivise familiale» parla C. VERNIERES, *Successions anormales*, cit., 567.

<sup>36</sup> Così C. BRENNER, *Partage: droit commun*, in *Répertoire droit civil*, Dalloz, ottobre 2020, sub n. 76.

<sup>37</sup> È infatti plausibile che la regola originaria, di natura consuetudinaria, devolvesse automaticamente carte e titoli di famiglia al figlio maschio primogenito: v. S. D’HUART, *Une intéressante jurisprudence à propos des papiers de famille*, cit., 195. Si trattava di una particolare declinazione del principio del maggiorascato, in linea con le tradizioni delle famiglie nobili, al cui interno si era evidentemente posta da subito la questione della trasmissione dei venerati cimeli del casato. Come si precisa nel testo, tuttavia, secondo la dottrina e la giurisprudenza attuali le memorie di famiglia non si esauriscono nei fondi d’archivio e nei ritratti degli avi delle famiglie blasonate. In assenza di discipline puntuali, le regole operative fatte proprie dalla giurisprudenza francese sottraggono tali beni «aux règles de la dévolution successorale et de partage établies par le code civil pour être remis à celui des membres de la famille que les tribunaux estiment le plus qualifié»: così BRENNER, *Partage*, cit., e giurisprudenza ivi citata.

<sup>38</sup> DEMOGUE, *op. loc. cit.*

<sup>39</sup> Sulle spoglie mortali come possibile oggetto di *comproprietà familiare* secondo la giurisprudenza sui souvenirs de famille: X. LABBÉ, *La dévolution successorale des restes mortels*, in *AJ Famille*, 2004, 123 ss.

<sup>40</sup> Sul punto rinvio, per una trattazione più approfondita, a quanto riportato da M.N. BEMBO, *Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, in *Trattato dir. successioni e donazioni*, a cura di G. BONILINI, I, *La successione ereditaria*, Giuffrè, 2009, 782 s. Ciò che emerge è che, senza arrivare a personificare il gruppo familiare, anche da noi vi è chi ha sostenuto teorie che sono pervenute a risultati non dissimili da quelle affermatesi Oltralpe. Ispirandosi alla disciplina dei sepolcri familiari, si è infatti sostenuto – e il riferimento è all’insegnamento di F. Santoro Passarelli – che i ricordi di famiglia andrebbero ricondotti ad una sorta di comunione collettiva; con l’effetto che alla morte di uno dei partecipanti non si avrebbe propriamente una vocazione ereditaria, ma semplicemente l’estinzione della quota del defunto e l’accrescimento di quelle dei superstiti. Mentre chi ha affrontato la questione in chiave successoria, non ha potuto comunque esimersi dal considerare che i ricordi di famiglia, a causa della loro connotazione personale, ed anzi personal-patrimoniale, sfuggono alla disciplina ordinaria del libro II del codice civile, dando vita ad una vocazione anomala (su cui cfr. *retro* al punto 9), di cui beneficerebbero solo i familiari, a prescindere dalla circostanza di essere al contempo eredi: per tale posizione v. per tutti, A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione*, cit., 236 ss. Sul regime di vocazione anomala dei ricordi di famiglia secondo il modello compendiato dall’art. 93 legge aut., v. altresì G. RESTA, *op. cit.*, 906.



funto, esige «il consenso del coniuge e dei figli o, in loro mancanza, dei genitori» (e, in ulteriore subordine, dei fratelli e delle sorelle o, infine, dei parenti fino al 4° grado). Dunque – si direbbe – dei familiari in quanto tali in ordine di prossimità; e non in quanto specifici proprietari di quelle carte. Le quali parrebbero perciò cadute in una sorta di comunione, non così lontana dalla «*propriété collective*» evocata dai francesi, secondo meccanismi che – descrittivamente – ricordano la comunione *de residuo* tra coniugi. Nel senso che una foto di famiglia memorizzata sul cellulare può essere cancellata dal proprietario del dispositivo, perché egli ne è l'autore e, finché vive, ne ha la piena disponibilità (come il coniuge in comunione ha la disponibilità dei propri redditi da lavoro); e lo stesso può ripetersi per un video postato on-line o per i contenuti di una mail. Ma se alla morte quella foto o quel video ancora esistono; se quell'epistolario elettronico non è stato cancellato; e se tali beni attengono alla sfera privata e il loro valore confidenziale e affettivo è tale da sommergere il valore economico pur assegnabile ad una foto ben riuscita o ad una ricetta di cucina; se tutte queste condizioni sono soddisfatte, allora tali beni – che già lo erano in potenza – sono attratti definitivamente nella categoria dei ricordi di famiglia.

Bisogna inoltre convenire che le regole per gestire tali beni – che appartengono al costume e sono più facili da intuire che descrivere col metro di norme puntuali<sup>41</sup> – sembrano trovare in un ambiente digitale modalità più fluide di attuazione, capaci di sveltire le farraginosità collegate alla gestione corale di un bene. In effetti, se il depositario dei souvenirs – per riprendere ancora il modello francese – li deve conservare e ne deve assicurare il libero accesso ai congiunti<sup>42</sup>, non è difficile immaginare accorgimenti per condividere tra più legittimati una cartella di file. Non solo, ma proprio la natura dei beni digitali e la loro facile replicabilità potrebbe dare nuovo corso a soluzioni già abbozzate e poi dismesse; come quella escogitata nel 1846 dal tribunale della Senna in una decisione divenuta celebre, allorché ordinò ai tre eredi Devilliers – che si disputavano i ritratti di famiglia – di commissionare a un pittore due copie per ciascun dipinto; di formare tre lotti con una miscellanea di copie e di originali; e di tirarseli a sorte<sup>43</sup>.

In tutti i casi, un primo dato utile appare acquisito ai nostri fini: poiché è quasi fisiologico che nella memoria di un pc o di un cellulare si trovino beni ascrivili alla categoria dei beni familiari, sarà appunto la loro ricerca, finalizzata all'estrazione, a fornire una base giuridica a quell'«interesse proprio» e a quelle «ragioni familiari» da cui siamo partiti e che valorizzano la qualifica di congiunto in quanto tale, anche a prescindere dal titolo di erede. E però – si potrebbe obiettare – non tutto ciò che si trova dietro la porta di una password, nella memoria di un pc o di un cellulare, può ascrivere alla categoria delle “memorie”, la quale, per non diventare inservibile, non può essere dilatata oltremisura. Esiste, allora, un titolo ulteriore che giustifichi non solo l'accesso, ma il diritto di prendere conoscenza di tutti i contenuti dell'account, anche se non si tratti di memorie di famiglia? Il quesito ci porta al secondo dei temi prima indicati, e cioè al grado di riservatezza che è sensato pretendere nei rapporti di famiglia. E giunti a questo punto la questione si fa terribilmente semplice e complicata. Quale livello di privacy esiste, realisticamente, tra coniugi, tra uniti civilmente, tra genitori e figli?

---

<sup>41</sup> In realtà, questo è vero anche al di fuori dei particolari beni qui considerati. Il regime giuridico dei beni mobili all'interno della famiglia, specie quando il loro valore economico è modesto e si tratta di beni di consumo, segue regole spontanee che appare a volte artificioso inquadrare nella disciplina codicistica della proprietà privata. Ma davvero sulla bottiglia d'acqua posta al centro del tavolo, qualcuno dei familiari, ancorché in regime di separazione dei beni, potrebbe un giorno a pranzo pretendere di esercitare le facoltà di godimento pieno ed esclusivo di cui parla l'art. 832 c.c.?

<sup>42</sup> Di «libre accès» agli altri membri della famiglia parla C. VERNIÈRES, *op. cit.*, 567.

<sup>43</sup> Trib. de la Seine, 25 febbraio 1846, in *Jour. Palais*, 1846, 2, 716. La ricorda R. DEMOGUE, *op. cit.*, 35.



4. – Se si vuole cercare una risposta, occorre partire dai rapporti tra vivi; perché sarebbe implausibile immaginare che da morti si abbia verso i congiunti una riservatezza maggiore di quella che si aveva in precedenza. E poi si deve partire dall'ovvio, perché se il proprietario di un dispositivo può rifiutarsi di ostendere chat e messaggi, se può cancellare le cronologie di navigazione e fare di tutto per escludere il coniuge dalla propria vita privata, è altrettanto certo che il suo atteggiamento non resterà senza effetti nei rapporti di coppia. Il suo rifiuto sistematico potrebbe, in effetti, rappresentare una violazione dei doveri di lealtà e trasparenza, impliciti tra le voci tipiche degli obblighi coniugali. Così come, a rovescio, il continuo ficcanasare di una parte può diventare, per l'altra, motivo di irritazione; e l'irritazione può sfociare nell'intollerabilità della convivenza. Anche se qui è più difficile immaginare la violazione di uno specifico dovere; a meno che l'eccesso di curiosità non traligni in angherie e nella pretesa di soffocare la personalità altrui in un rapporto di coppia non fondato sul rispetto, ma sulla prevaricazione, com'era fisiologico nei tempi andati della potestà maritale.

Molto prima che si iniziasse a parlare di privacy, in effetti, i poteri di direzione domestica assegnati al marito avevano portato a riconoscergli una serie di poteri di sorveglianza sulla vita privata della moglie, che si traducevano, ad esempio, nella possibilità di controllarne sistematicamente la corrispondenza epistolare e telefonica e anche nel diritto di vietarle certe frequentazioni e le attività extradomestiche (a lui) sgradite<sup>44</sup>. A maggior ragione, simili forme di controllo apparivano naturali nei riguardi dei figli, in nome dei poteri di educazione dei genitori e dello *ius corrigendi* del padre. È quasi inutile dire che tali regole operative, specie nei rapporti con la moglie, dovevano entrare in aperta collisione col principio di eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi dell'art. 29 Cost.; anche se – com'è a tutti noto – si dovrà attendere la riforma del diritto di famiglia del 1975 per veder cadere, insieme al marito-capo, la giustificazione di ogni possibile ingerenza oppressiva di un coniuge sulle attività dell'altro; così da permettere alla famiglia di aprirsi – è stato scritto – all'«applicazione dello *ius commune* in tema di riservatezza e tutela della vita privata»<sup>45</sup>, senza possibilità di estendere bidirezionalmente i poteri di ingerenza prima accordati al solo marito<sup>46</sup>.

Occorre nondimeno rilevare che, al di là di tutto, anche dopo il '75 ha continuato a valere un dato in sé innegabile: e cioè che una cosa è leggere una lettera indirizzata al coniuge e tutt'altra è aprire la corrispondenza di un estraneo; e che oltre un certo limite sarebbe falsificante predicare gli stessi standard di alterità e segretezza valevoli verso i terzi all'interno di una compagine fisiologicamente votata alle forme di più esclusiva intimità<sup>47</sup>. Per quali ragioni sposarsi, dopotutto, se non per rinunciare a buona parte della propria riser-

---

<sup>44</sup> Su queste ipotesi di ingerenza del marito nella sfera di riservatezza della moglie cfr. P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, nel *Trattato di dir. privato*, diretto da P. RESCIGNO, III-2, Utet, 1982, 50 (nota 44) e 54 ss.

<sup>45</sup> *Ivi*, 54.

<sup>46</sup> *Ivi*, 55.

<sup>47</sup> Più realistica, anche se affidata ad una formula alquanto elastica, è la posizione della dottrina che parla di necessaria "conformazione" dei diritti della personalità, tra cui la riservatezza, per adattarli alle peculiarità del rapporto familiare. Sul punto cfr., per tutti, L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Giuffrè-Francis Lefevre, 2021, 444: «Altri diritti fondamentali, in particolare la riservatezza della vita privata, sono invece *conformati*, piuttosto che limitati, poiché si configurano in un modo alquanto diverso che fra estranei. È fuor di dubbio che non è ammissibile un potere generale del marito di controllare le condotte della moglie o la sua corrispondenza, che il diritto previgente gli attribuiva in quanto capo della famiglia; né si può attribuire alla moglie un analogo diritto, in nome dell'eguaglianza. È proprio davanti al dovere di lealtà e sincerità accennato sopra che il generale diritto alla riservatezza viene conformato. Ciascun coniuge non solo non ha il diritto di mantenere un totale riserbo verso l'altro, ma è anche tenuto a comunicargli tutte le circostanze di importanza significativa per la vita matrimoniale; e non solo durante il matrimonio, ma anche prima, in previsione di contrarlo. Ciò pure se si tratta di dati sensibili: anzi, a maggior ragione, perché sono proprio i dati sensibili quelli che possono assumere più importanza nel rapporto matrimoniale».



vatezza? Quale che sia la risposta, è indubbio che anche le posizioni più rigide a sostegno della privacy devono deflettere – almeno in parte – quando dalla fisiologia della vita di coppia si passa ad analizzarne la patologia; e soprattutto si compulsa la giurisprudenza in tema di addebito. La quale ammette come prove anche i risultati di indagini condotte sulla vita privata dell’altro (ad esempio le fotografie di un’agenzia investigativa o i tabulati telefonici)<sup>48</sup>, o le confessioni maldestramente postate sui social<sup>49</sup>; oppure ancora afferma – senza mezzi termini – che la prova dell’adulterio del coniuge può fondarsi su messaggi rinvenuti «casualmente» (sic) dall’altro sul suo cellulare, essendo l’inviolabilità della corrispondenza «recessiva» rispetto al diritto di difesa in giudizio<sup>50</sup>.

Ricordo, in verità, che la prevalenza sulla privacy del diritto alla difesa ancora non risolve tutti i problemi, dovendosi prima sciogliere il dilemma se certi modi (più o meno “casuali”...) di reperire prove, poi riversate in un processo di separazione o divorzio, rendano le acquisizioni stesse inservibili in nome di un principio generale che non si rassegna a pensare che ciò che è stato *male captum* possa poi essere *bene retentum*<sup>51</sup>. Tuttavia, è proprio sul perimetro della prova illecita che occorre intendersi. In effetti, non è detto che una prova illegalmente acquisita in un procedimento civile tra estranei, lo sia altrettanto se entrano in gioco i rap-

<sup>48</sup> Cfr. Garante protez. dati personali, delibera 13 dicembre 2005, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 175: «La divulgazione da parte di uno dei coniugi, nelle forme della produzione nell’ambito di un procedimento civile di separazione personale, di documentazione contenente dati personali relativi all’altro coniuge, raccolta per il tramite di investigatori privati, non comporta violazione della disciplina di protezione dei dati personali, impregiudicata restando la valutazione da parte dell’a.g.o. in ordine alla validità, efficacia ed utilizzabilità della stessa nell’ambito del procedimento anzidetto». Sul punto vedi LENTI, *op. ult. cit.*, 710 e giurisprudenza ivi citata. In materia di assegno, risultano poi fondamentali gli accertamenti reddituali. A tale riguardo si è ritenuto che un coniuge, parte di un giudizio di separazione personale, possa chiedere all’Agenzia delle entrate di accedere ai dati relativi alla situazione reddituale e patrimoniale dell’altro: Tar Campania, 2 ottobre 2018, n. 5763, in *banche dati Foro it.* Dalla motivazione: «Nella fattispecie, non vi è dubbio che si tratti di dati personali di un terzo (il coniuge), ciò nondimeno l’accesso si giustifica, ai sensi del comma 7 dell’art. 24 della L. n. 241 del 1990 [...], dalla necessità di “curare e difendere i propri interessi giuridici”».

<sup>49</sup> Per un campionario (non esaustivo), si vedano le seguenti pronunce di merito, quasi tutte riferibili a Facebook e tutte consultate per esteso nelle *banche dati De Jure*: Trib. Rimini, 1 febbraio 2021; Trib. Palmi, 7 gennaio 2021; Trib. Bari, 6 agosto 2020; Trib. Prato, 28 ottobre 2016; Trib. Torre Annunziata, 24 ottobre 2016; Trib. Roma, 12 gennaio 2016. Di «schermate dei profili social versate in atti» ma inidonee a fondare una pronuncia di addebito, in quanto successive alla crisi coniugale v da ultimo Trib. Brescia, 20 maggio 2022.

<sup>50</sup> Si trattava, nella specie, di messaggi nei quali la moglie aveva dichiarato di essersi imbattuta “casualmente” venendo in possesso del telefono del coniuge. Coniuge che si era con fermezza opposto alla produzione di simili prove. Invano: Trib. Roma, 17 maggio 2017, in *banche dati Foro it.*, con nota di richiami di G. CASABURI. Dalla motivazione: «La difesa A. ha contestato decisamente la produzione dei messaggi appena sintetizzati, ritenendoli illegittimamente acquisiti dalla moglie e come tali non utilizzabili. Va ribadito al contrario (Cass. n. 21612 del 20 settembre 2013, Foro it., Rep. 2012, voce Persona fisica, n. 96) che in tema di trattamento di dati personali il diritto all’inviolabilità della corrispondenza risulta recessivo rispetto al diritto di difesa in giudizio, in virtù del generale principio di cui all’art. 51 c.p. (riguardante l’esimente dell’esercizio di un diritto), nonché delle più specifiche norme del codice dei dati personali (art. 24 d.leg. 30 giugno 2003 n. 196) e degli art. 93 e 94 l. 22 aprile 1941 n. 633, in tema di diritto d’autore, norme queste ultime secondo cui la corrispondenza, allorché abbia carattere confidenziale o si riferisca all’intimità della vita privata, può essere divulgata senza autorizzazione quando la conoscenza dello scritto sia richiesta ai fini di un giudizio civile o penale».

<sup>51</sup> A tale riguardo si veda R. MARINI, *Tutela della privacy nel rapporto coniugale: in tema di prova dell’infedeltà coniugale*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 1910 ss., dichiaratamente contrario alla utilizzabilità delle prove che, pur rilevanti per l’accertamento dei fatti, siano state acquisite con mezzi illegittimi o in violazione di diritti costituzionalmente protetti. Va detto che molte delle incertezze che aleggiano intorno all’utilizzabilità di simili prove nascono dall’assenza, nel codice di procedura civile, di una norma analoga a quella (art. 191 c.p.p.) che in penale si oppone all’utilizzo delle prove acquisite illecitamente. Sicché da tale lacuna originano tesi diverse che contrappongono chi ritiene acquisibili le sole prove rispettose del principio di legalità e chi invece ammette, in assenza di espresse divieti, la producibilità dei documenti comunque ottenuti. Entrambe le tesi rischiano però di peccare di eccessivo formalismo, specialmente nei procedimenti in materia di famiglia, per le ragioni ben illustrate da A. MORACE PINELLI, *Infedeltà coniugale e ammissibilità delle cosiddette prove illecite*, in *Foro it.*, 2018, I, 2209.





porti tra coniugi (e lo stesso potrebbe ripetersi per l'unione civile e in parte per la convivenza)<sup>52</sup>. E ciò – appunto – perché la comunanza di vita può determinare «un affievolimento della sfera di riservatezza di ciascun coniuge e la creazione di un ambito comune nel quale vi è un'implicita manifestazione di consenso alla conoscenza di dati e comunicazioni di natura anche personale», con la conseguenza che la scoperta di messaggi su un cellulare lasciato incustodito o di e-mail, chat e immagini, presenti su un PC della casa familiare, sprovvisto di password, non potrebbe ritenersi illecita»<sup>53</sup>.

Il punto, come dicevo, è della massima importanza; e non solo perché tratteggia l'effettività dei rapporti di coppia in modo assai più realistico di quanto non facciano gli algidi schemi della disciplina della privacy. È la privacy – questo è il tema – ad assumere un carattere “recessivo” fin dalla fisiologia della vita familiare, e quindi a prescindere da ogni esigenza di difesa in procedimenti che già appartengono alla sua crisi. Se ciò è vero, e se dunque esiste in famiglia uno spazio per la condivisione dei propri dati riservati e per la loro permeabilità al cospetto dei congiunti, allora una permeabilità non minore deve ammettersi dopo la morte: sia nei rapporti tra le parti che componevano la coppia, sia nei rapporti tra genitori e figli (e ulteriori parenti) secondo l'ordine di prossimità desumibile, anche qui, dall'art. 93 legge aut. inteso quale punta di emersione di un principio generale sotteso. Il quale trova poi conferma in quelle linee evolutive del diritto di famiglia che, sia pure in contesti diversi, evidenziano la cedevolezza della privacy alla morte dell'interessato dinanzi ai controinteressi dei vivi (si pensi al diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini, e alla giurisprudenza che in tema di parto anonimo ammette l'accesso alle informazioni relative alla madre quando costei sia ormai morta e non possa più essere interpellata per dare o negare il proprio assenso)<sup>54</sup>.

5. – Tuttavia, si potrebbe sollevare ancora un'obiezione per quanto riguarda i rapporti interni alla famiglia, a partire da quelli tra coniugi. Se la disponibilità alla trasparenza è una manifestazione particolare della lealtà e la lealtà è la formula che racchiude buona parte dei diritti-doveri nascenti dal matrimonio, tali doveri e diritti, e quindi la lealtà e la trasparenza, non potrebbero sopravvivere allo scioglimento del vincolo che la morte invariabilmente determina. E qualcosa di simile potrebbe replicarsi cercando di ancorare la trasparenza tra genitori e figli a qualcuno dei precetti legali a cui sono formalmente tenuti a obbedire, come il dovere di assistenza dei primi verso i secondi o il dovere di rispetto dei secondi verso i primi.

Una simile obiezione, tuttavia, riprecipiterebbe il discorso nei formalismi da cui si è cercato di uscire allorché si è evidenziato come la privacy, nella famiglia nucleare, debba necessariamente plasmarsi secondo le

---

<sup>52</sup> Sul tema cfr. FELEPPA, *L'accesso ai dati del defunto conservati su smartphone*, cit., la quale si chiede se le “ragioni familiari” meritevoli di protezione ravvisate dalla giurisprudenza a favore del coniuge possano valere anche per la figura del convivente. I precedenti del Garante per la protezione dei dati personali – rileva l'autrice – parrebbero suggerire una risposta positiva.

<sup>53</sup> Così, in modo del tutto condivisibile, A. MORACE PINELLI, *op. loc. cit.*, il quale si richiama – nella prima parte riportata in corsivo all'interno della citazione virgolettata – ad un passaggio di Trib. Roma, 30 marzo 2016, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it). Sul tema del bilanciamento tra esigenze di giustizia e tutela dei dati personali di un defunto (in una vicenda relativa, però, all'accertamento giudiziale della paternità attraverso l'utilizzo di vetrini citologici conservati da un ospedale e oggetto di una c.t.u.) cfr. Cass., 5 maggio 2020, n. 8459 e, in riferimento ad essa, i commenti di F.P. MICOZZI, *Il trattamento dei dati personali per fini di giustizia “post mortem”*, in *Foro it.*, 2021, I, 273 ss.

<sup>54</sup> Cass., 21 luglio 2016, n. 15024 e Cass., 9 novembre 2016, n. 22838, in *banche dati De Jure*, le quali hanno statuito che non osta all'accoglimento della domanda del figlio diretta a conoscere le generalità della madre il fatto che costei (che si era a suo tempo avvalsa della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio poi dato in adozione) sia nel frattempo defunta e non abbia quindi potuto essere interpellata ai fini dell'eventuale revoca di tale dichiarazione, secondo la soluzione introdotta dalla Corte cost. con la nota decisione n. 278/2013.



peculiarità di una comunità unita da stretti legami di coabitazione e affetto. In questo senso, anche il suo affievolimento appare l'esito di quella maggiore compenetrazione tra le sfere giuridiche che naturalmente si realizza tra congiunti che hanno consuetudine di vita, e che si manifesta in una fitta serie di poteri di amministrazione (in senso lato), i quali si collocano a metà strada tra una vera rappresentanza e una sorta di gestione d'affari (al contempo *propri e altrui*). Tali poteri si trovano a volte espressi in norme puntuali (si pensi all'art. 8 cod. civ. che consente di agire in giudizio anche a chi non porta il nome contestato o indebitamente usato, ma ha un interesse alla sua difesa per *ragioni familiari*), e altre volte emergono sottotraccia grazie all'interpretazione, come il potere di assumere obbligazioni nell'interesse della famiglia, impegnando, a date condizioni, anche gli altri componenti; o come i mille rivoli attraverso cui i familiari di un malato possono essere coinvolti nel processo di cura, e così concorrere a far emergere il suo consenso informato e, più in generale, a rendere superflua l'apertura di misure di protezione. La stessa privacy dei morti e i problemi dell'eredità digitale, dopotutto, possono essere affrontati con gli schemi della rappresentanza (si pensi al cosiddetto mandato *post mortem* e al "mandatario" di cui parla il citato art. 2-terdecies del codice privacy)<sup>55</sup>.

Riesce difficile, in conclusione, immaginare la famiglia priva di questa fitta rete di poteri gestori e di minute ingerenze reciproche che rappresentano la sua essenza quotidiana, anche se il loro perimetro non può tracciarsi con un compasso preciso, ma solo con l'ausilio di alcune norme sparse, lette secondo lo spirito delle relazioni familiari quale si evince dal sistema e dalla realtà dei rapporti sociali. Di tale reticolo di poteri e interferenze la morte fa solo parzialmente *tabula rasa*, e lascia al contempo emergere nuove forme di ingerenza e gestione. Di alcune si è detto nelle pagine che precedono (dai cimeli di famiglia ai poteri previsti dalla legge sul diritto d'autore)<sup>56</sup>, ma molte altre sono sparse nel sistema (dalla legittimazione a presentare querela per le offese alla memoria del defunto<sup>57</sup> al diritto di reclamare i plichi a lui indirizzati presso gli uffici postali<sup>58</sup>); e tutte insieme rappresentano la naturale appendice di interessi che già erano comuni, e la cui cura continua, dopo la morte, in forme diverse.

---

<sup>55</sup> Sul mandato *post mortem exequendum*, anche per maggiori notazioni bibliografiche, v. A. MANIACI, A. D'ARMINIO MONFORTE, *op. cit.*, 1376 s.

<sup>56</sup> A tale riguardo merita di essere ricordato anche l'art. 23 della l. n. 633/1941, che dopo la morte del diretto interessato conferisce ai suoi familiari la protezione dei diritti sull'opera e la difesa della personalità dell'autore.

<sup>57</sup> Cfr. l'art. 597 cod. pen., su cui v. V. ZENO-ZENCOVICH, *La «comunione» di dati personali*, cit., 12.

<sup>58</sup> Cfr. l'art. 35, n. 1), lett. c), d.P.R. n. 655/1982.



ANDREA CAPRARA

Professore associato di Diritto commerciale – Università degli Studi di Verona

## PER UNA DEFINIZIONE DI IMPRESA FEMMINILE, TRA DISCIPLINA VIGENTE E PROPOSTE LEGISLATIVE. ALCUNE CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL PROGETTO DI LEGGE AC 3250\*

SOMMARIO: 1. Il crescente interesse per l'impresa femminile: l'oggetto e le finalità dell'indagine. – 2. La proposta di legge AC 3250 nel complesso quadro delle recenti iniziative legislative proposte e attuate. – 3. Una conclusione intermedia: la disorganicità degli interventi attuati e proposti e la conseguente esigenza di coordinamento. – 3.1. Rilievi con riguardo al diritto vigente: le due nozioni di impresa femminile riconducibili al Codice pari opportunità e, rispettivamente, alla disciplina dell'autoimprenditorialità. Tendenze ricavabili dall'attuazione del PNRR. – 3.2. Rilievi sulle proposte di legge. – 4. La proposta di legge AC 3250 come concreta opportunità di delineare un quadro giuridico organico e generale dell'impresa femminile a cui ricondurre le speciali declinazioni settoriali. – 4.1. La definizione di imprenditrice e di impresa femminile anche in relazione alla modalità di esercizio (individuale o collettiva) dell'attività. – 4.1.1. Segue. L'impresa femminile in forma di società per azioni e società a responsabilità limitata. – 4.1.2. Il disegno di legge AC 3250 come risposta all'esigenza di una disciplina generale dell'impresa femminile. Il tema delle fattispecie atipiche: dai contratti di rete di imprese femminili all'azienda coniugale e all'impresa familiare femminile. – 4.2. L'istituzione della sezione speciale nel registro delle imprese per l'individuazione delle imprese femminili legittimate ad accedere ai benefici. – 4.3. Le modalità di supporto all'impresa femminile. – 4.4. L'impresa femminile: tra cultura e valore d'impresa. – 5. Considerazioni conclusive: più luci che ombre.

1. – Gli artt. 52-55 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246, d.lgs. n. 198/2006 (di seguito anche: Codice pari opportunità), che compongono il Capo I Azioni positive per l'imprenditoria femminile della Parte II dedicata alle Pari opportunità nell'esercizio dell'attività d'impresa, non offrono una definizione di impresa femminile, ma si limitano ad individuare alcuni "soggetti" a cui si rivolgono i "principi in materia di azioni positive per l'imprenditoria femminile". L'art. 53, in particolare, dà un'indicazione generica e imprecisa dalla quale emerge, tra l'altro, che, nell'esercizio collettivo dell'impresa, la partecipazione femminile debba essere rappresentata in modo consistente tanto nel capitale quanto nella gestione<sup>1</sup>.

\* Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team F.I.L.M. 4.0 (Finanza, Impresa, Lavoro, Mercato) nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona *Diritto, Cambiamenti e Tecnologie* e, in particolare, nello specifico progetto di ricerca *Officina delle imprese veronesi: insieme per lo sviluppo* (APIndustria CONFIMI Verona, in collaborazione con l'Università degli Studi di Verona, co-finanziato dalla Camera di Commercio, Industria e Artigianato di Verona – Progetto di Sviluppo Economia Locale), 2022.

<sup>1</sup> La dottrina giuscommercialistica, anche nelle sue analisi più recenti dedicate alle declinazioni della figura di imprenditore (cfr., ad esempio, E.R. DESANA, *L'impresa fra tradizione e innovazione*, Giappichelli, Torino, 2018), ha per lo più trascurato il tema dell'impresa femminile (e giovanile) che trova solo alcune note descrittive e minimali in opere trattatistiche (cfr. G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, I, diretto da G. COTTINO, Cedam, Padova, 2001, 534 s.) o i contributi su temi di confine o tangenti (cfr., ad esempio, M. TOLA, *Donne e impresa a cent'anni dall'abolizione dell'autorizzazione maritale*, in



Peraltro, anche a livello europeo manca una nozione generale e condivisa di impresa femminile<sup>2</sup>, con la conseguenza che le risorse stanziare a sostegno dell'imprenditoria femminile dall'UE saranno in concreto assegnate alle imprese che il singolo Stato qualifica come impresa femminile, creando, quindi, un potenziale spazio per una concorrenza tra ordinamenti.

È quindi urgente disporre di una fattispecie generale che consenta di orientare l'allocazione delle risorse in modo razionale e adeguato. Se, sul piano statistico, si registra una contrazione della crescita delle imprese femminili che è stata fortemente accentuata dalla crisi sanitaria<sup>3</sup>, sul piano finanziario, la l. n. 178/2020, art.

---

*Riv. dir. comm.*, 2020, I, 651 ss.; ID., *Disciplina dell'impresa e nuovi assetti familiari*, Giuffrè, Milano, 2021). Sono invece presenti studi di carattere economico dove, ad esempio, muovendo dall'art. 53 Codice pari opportunità, si è elaborato l'"algoritmo per l'impresa femminile" (cfr. V. MARINO, *L'imprenditoria femminile. Analisi strutturale, condizioni di vitalità e strategie di sopravvivenza*, ES, Napoli, 2011, 39 ss.) o si sono sviluppate riflessioni sulle declinazioni del tema generale (v. ad esempio: P. PAOLONI, M. VALERI, *Verso prospettive di consolidamento dell'imprenditoria femminile immigrata in Italia*, in *Esperienze d'impresa*, 2016, 101 ss., N. ZITO, *Le BCC per l'imprenditoria femminile: il contributo del Credito cooperativo*, in *Credito cooperativo*, 2015, 12, 23 ss.; M. PERROTTA, S. GHERARDI, *Le forme del sapere pratico: percorso d'apprendimento nell'imprenditoria artigiana femminile*, in *Quaderni di ricerca sull'artigianato*, 2015, 1, 25 ss.; S. BERTOLINI, V. GOGLIO, *L'imprenditoria femminile come strumento di innovazione per lo sviluppo locale*, in *Sociologia del lavoro*, 2011, 206 ss.), anche in una prospettiva di contesto territoriale (v. M.C. CINICI, T. ABBATE, *Imprenditorialità femminile, innovazione e radicamento al territorio: un approccio fenomenologico all'analisi del settore vitivinicolo in Sicilia*, in *Esperienze d'impresa*, 2014, 1 79 ss.; C. TERENCE, *Friuli Venezia Giulia, contributi ai progetti di imprenditoria femminile*, in *Finanziamenti & credito*, 2012, 3, 21 ss.). Per un recente contributo nel campo del diritto dell'economia cfr. C. GOLINO, *Prospettive per una nuova valorizzazione della libertà di iniziativa economica di giovani e donne nel framework legislativo europeo e nazionale*, in *Federalismi.it*, 3/2018, 1 ss.

<sup>2</sup> Anche se non mancano tentativi in tal senso. Cfr. già la Proposta di Risoluzione del Parlamento Europeo, *Sull'imprenditorialità femminile nelle piccole e medie imprese* (2010/2275(INI)), del 31 maggio 2011, che, alla lettera I, definisce l'imprenditrice "come una donna che ha creato un'attività della quale possiede una quota maggioritaria e che si interessa attivamente al processo decisionale, all'assunzione del rischio e alla gestione corrente". V., più recentemente, la Proposta di Risoluzione del Parlamento Europeo, *Sulla necessità di favorire l'imprenditoria femminile* (B9-0474/2021), del 21 settembre 2021, con la quale, "considerando che non risulta a livello europeo una definizione ufficiale univoca dell'imprenditoria femminile e che, pertanto, molte imprese a conduzione femminile sono svantaggiate, o addirittura impossibilitate, ad accedere a bonus, incentivi e sgravi, perdendo interessanti possibilità di finanziamento", si "incoraggia la Commissione a definire chiaramente il concetto di imprenditoria femminile così da semplificare l'accesso ai finanziamenti e ad altre forme di sostegno, superando gli ostacoli burocratici, garantendo una parità tra uomini e donne nell'accesso al capitale per i lavoratori autonomi e le PMI". Per l'orientamento dell'Unione europea per l'imprenditorialità giovanile e femminile v. C. GOLINO, *Prospettive per una nuova valorizzazione della libertà di iniziativa economica di giovani e donne nel framework legislativo europeo e nazionale*, cit., 14 ss. La mancanza, nelle fonti europee, di una definizione di impresa femminile non implica tuttavia che manchino riferimenti alla stessa nella disciplina europea dell'impresa. Cfr., nei documenti programmatici più recenti, la Comunicazione della Commissione, *Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale*, del 9 dicembre 2021, COM(2021) 778 final, nonché la Comunicazione della Commissione, *Una visione a lungo termine per le zone rurali dell'UE: verso zone rurali più forti, connesse, resilienti e prospere entro il 2040*, del 30 giugno 2021, COM(2021) 345 final (e il relativo allegato). Peraltro già la Comunicazione della Commissione, *Piano d'azione imprenditorialità 2020*, del 9 gennaio 2013 COM(2012) 795 final, nella «Linea d'azione 3 – Modelli di ruolo e coinvolgimento di gruppi specifici», dedicava particolare attenzione alle donne sottolineando che le stesse rappresentano «un ampio bacino di potenzialità imprenditoriali in Europa. All'atto di creare e gestire un'impresa le donne si trovano ad affrontare maggiori difficoltà degli uomini, essenzialmente per quanto concerne l'accesso ai finanziamenti, alla formazione, alle reti e la conciliazione tra azienda e famiglia» (p. 24, enfasi nell'originale).

<sup>3</sup> Nei primi nove mesi del 2021, dopo un periodo di stallo, si parla di un incremento di 7.000 imprese femminili, rispetto all'anno precedente, con un tasso di crescita molto inferiore rispetto a quanto si registrava ante pandemia. Cfr. per i dati e la loro analisi Unioncamere, IV Rapporto Impresa Femminile (27 luglio 2020) e il comunicato dell'Osservatorio sull'Imprenditoria femminile di Unioncamere e InfoCamere del 15 novembre 2021. Peraltro occorre avvertire che l'Osservatorio di Unioncamere, dal primo gennaio 2009, nella rilevazione dei dati utilizza un algoritmo che considera femminile l'impresa in possesso di alcune caratteristiche: per le società di capitali si richiede una partecipazione al capitale da parte di donne superiore al 50% "mediando le composizioni di quote di partecipazione e cariche attribuite"; per le società di persone e le cooperative richiede che oltre il 50% di soci sia donna; per le imprese individuali è necessario che la titolare sia donna; infine per le «altre forme giuridiche: si definisce impresa femminile quella con oltre il 50% di "Amministratori" donna» (cfr. <https://www.unioncamere.gov.it/imprenditoria-femminile/osservatorio-imprenditoria-femminile>, da dove è tratta la precedente citazione). I parametri utilizzati conducono ad una definizione di impresa femminile dai con-



1, comma 97-106 (legge di bilancio 2021) – seguendo lo stesso percorso segnato dalla l. n. 160/2019, art. 1, comma 25 ss. (legge finanziaria 2020)<sup>4</sup> – ha stanziato 20 milioni di euro per l’anno 2021 e altrettanti per il 2022. Si è infatti istituito l’apposito “Fondo a sostegno dell’impresa femminile” presso il Ministero dello Sviluppo economico per “promuovere e sostenere l’avvio e il rafforzamento dell’imprenditoria femminile, la diffusione dei valori dell’imprenditorialità e del lavoro tra la popolazione femminile e massimizzare il contributo quantitativo e qualitativo delle donne allo sviluppo economico e sociale del Paese”. Con tale fondo potrà essere finanziata una serie di iniziative<sup>5</sup>, adottando specifici interventi di supporto<sup>6</sup>.

A ciò si aggiunga che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)<sup>7</sup>, ha previsto risorse aggiuntive

---

torni diversi e meno restrittivi rispetto a quelli ricavabili dall’art. 53 Codice pari opportunità; parametri molto più prossimi a quelli che, come si vedrà, emergono dal d.lgs. n. 185/2000 sugli incentivi all’autoimprenditorialità.

<sup>4</sup> La l. n. 160/2019 interviene su diversi profili. Innanzitutto, è istituito presso il MEF un fondo da ripartire tra gli anni 2020-2023 con una dotazione di 470 milioni di euro (art. 1, comma 85 ss.) e l’autorizzazione il per il Ministro dell’economia e delle finanze ad intervenire attraverso la concessione di una o più garanzie, a titolo oneroso “al fine di sostenere programmi specifici di investimento e operazioni, anche in partenariato pubblico-privato e anche realizzati con l’intervento di università e organismi privati di ricerca, finalizzati a realizzare progetti economicamente sostenibili e che abbiano come obiettivo (...) il supporto all’imprenditoria giovanile e femminile (...)”. In secondo luogo, si consente l’integrazione degli interventi agevolativi previsti per l’autoimprenditorialità giovanile e femminile dal d.lgs. n. 185/2000, “con una quota di finanziamento a fondo perduto, concesso con procedura a sportello, in misura non superiore al 20 per cento delle spese ammissibili a valere su risorse dei fondi strutturali e d’investimento europei (fondi SIE)” (art. 1, comma 90, lett. d). In terzo luogo, si contemplan misure per favorire l’accesso al credito da parte delle imprese femminili che operano in agricoltura (art. 1, comma 504 ss.).

<sup>5</sup> Il Fondo a sostegno dell’impresa femminile supporta: “a) interventi per sostenere l’avvio dell’attività, gli investimenti e il rafforzamento della struttura finanziaria e patrimoniale delle imprese femminili, con specifica attenzione ai settori dell’alta tecnologia b) programmi e iniziative per la diffusione della cultura imprenditoriale tra la popolazione femminile c) programmi di formazione e orientamento verso materie e professioni in cui la presenza femminile deve essere adeguata alle indicazioni di livello dell’Unione europea e nazionale” (art. 1, comma 98, l. n. 178/2020). Le linee di indirizzo per l’utilizzo delle risorse del Fondo potranno essere attualizzate anche grazie alle indicazioni del Comitato impresa donna (istituito con decreto interministeriale del 27 luglio 2021, recante *Composizione e modalità di nomina del “Comitato Impresa donna”, di cui all’articolo 1, comma 106, della legge 30 dicembre 2020, n. 178*).

<sup>6</sup> Gli strumenti di intervento si distinguono a seconda che siano diretti a sostenere l’avvio e il rafforzamento della struttura finanziaria, patrimoniale dell’attività (lett. a) dell’art. 1, comma 98, l. n. 178/2020) o gli altri settori di intervento (lett. b) e c) art. 1, comma 98, l. n. 178/2020. Infatti, l’art. 1, comma 99, l. n. 178/2021 prevede, per i primi: a) “contributi a fondo perduto per avviare imprese femminili, con particolare attenzione alle imprese individuali e alle attività libero-professionali in generale e con specifica attenzione a quelle avviate da donne disoccupate di qualsiasi età b) finanziamenti senza interesse, finanziamenti agevolati e combinazione di contributi a fondo perduto e finanziamenti per avviare e sostenere le attività di imprese femminili c) incentivi per rafforzare le imprese femminili, costituite da almeno trentasei mesi, nella forma di contributo a fondo perduto per l’integrazione del fabbisogno di circolante nella misura massima dell’80 per cento della media del circolante degli ultimi tre esercizi d) percorsi di assistenza tecnico-gestionale per attività di marketing e di comunicazione durante tutto il periodo di realizzazione degli investimenti o di compimento del programma di spesa, anche attraverso un sistema di *voucher* per accedervi e) investimenti nel capitale, anche tramite la sottoscrizione di strumenti finanziari partecipativi, a beneficio esclusivo delle imprese a guida femminile tra le start-up innovative di cui all’articolo 25 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e delle piccole e medie imprese innovative di cui all’articolo 4 del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2015, n. 33, nei settori individuati in coerenza con gli indirizzi strategici nazionali f) azioni di comunicazione per la promozione del sistema imprenditoriale femminile italiano e degli interventi finanziati attraverso le norme dei commi da 97 a 106”. Per i secondi, invece, l’art. 1, comma 100, l. n. 178/2020 contempla: a) “iniziative per promuovere il valore dell’impresa femminile nelle scuole e nelle università b) iniziative per la diffusione di cultura imprenditoriale tra le donne c) iniziative di orientamento e formazione verso percorsi di studio nelle discipline scientifiche, tecnologiche, ingegneristiche e matematiche d) iniziative di sensibilizzazione verso professioni tipiche dell’economia digitale e) azioni di comunicazione per diffondere la cultura femminile d’impresa e promuovere i programmi finanziati ai sensi dei commi da 97 a 106”.

<sup>7</sup> Si fa riferimento all’allegato alla decisione del Consiglio dell’Unione europea n. 10160 del 6 luglio 2021. Come è noto, il Consiglio europeo con decisione del 17-21 luglio 2020, ha adottato lo strumento denominato Next Generation EU, con il quale sostenere, mediante specifici programmi, la ripresa economica e sociale degli Stati membri colpiti dagli effetti della crisi pandemica per porre le fondamenta per una crescita verde, digitale e resiliente. Nell’ambito del Next Generation EU si definisce il Dispositivo per la ripresa





per il citato Fondo nell'ambito del programma di investimento M5-C1-I.1.2 *Creazione di imprese femminili*, per ulteriori 400 milioni di euro.

L'esigenza di disporre di un quadro giuridico adeguato spiega altresì il fermento normativo che è testimoniato non solo da provvedimenti che si rifanno all'imprenditoria femminile, ma anche da plurime proposte di legge che hanno ad oggetto o prevedono specifiche tutele per agevolare l'avvio e lo sviluppo di imprese femminili. A partire dal 2019 – come si è anticipato – sono stati introdotti, e in parte attuati, da un lato, interventi di sostegno a favore dell'impresa agricola *amministrata e condotta* da donne (art. 1, comma 504 ss., l. n. 160/2019)<sup>8</sup> e, dall'altro, proposte legislative che riguardano sia l'impresa agricola femminile che la più generale fattispecie a cui si rivolge il Codice pari opportunità.

Tra le diverse iniziative in campo, merita particolare attenzione la proposta di legge AC 3250, recante *Modifiche al capo I del titolo II del libro III del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, in materia di azioni positive per l'imprenditoria femminile*, assegnata alla X Commissione Attività produttive in sede Referente l'11 ottobre 2021. Diversamente dalle altre iniziative legislative, qui si propone una nozione di impresa femminile che si connota per un tendenziale svilimento del criterio della detenzione di quote di capitale sociale rispetto alla partecipazione alla gestione dell'impresa.

In questa premessa si spiegano non solo l'oggetto ma anche le finalità dell'indagine che è diretta a verificare la rilevanza sistematica della proposta di legge AC 3250 e, quindi, il ruolo che la stessa potrebbe assumere anche alla luce delle richiamate disposizioni e sollecitazioni di carattere settoriale.

2. – La l. 25 febbraio 1992, n. 215 disciplinava l'imprenditoria femminile nell'ambito delle azioni positive<sup>9</sup>. Il Codice pari opportunità riordina quel materiale normativo collocandolo negli artt. 52-55. Il testo oggetto della proposta di legge AC 3250, che ambisce a novellare parte di questi ultimi articoli, è quindi una misura di diritto speciale non tanto per la fonte che lo introduce, quanto per le finalità che persegue. Da questa prima considerazione si possono già trarre talune direttrici interpretative. In particolare, si può affermare che la proposta di legge AC 3250:

*i)* riguarda tutte le imprese a prescindere dalla natura dell'attività (commerciale, industriale, agricola e sociale) e dallo schema organizzativo prescelto (impresa individuale o collettiva nelle figure delle società di persone, di capitali e cooperative);

*ii)* non ha carattere eccezionale perché, pur selezionando caratteri e strumenti per perseguire specifiche finalità, si radica in due principi cardine enunciati già oggi nell'art. 52 Codice pari opportunità, ossia "l'uguaglianza sostanziale e le pari opportunità tra uomini e donne nell'attività economica e imprenditoriale";

---

e la resilienza (Recovery and Resilience Facility), con l'obiettivo di sostenere, per gli anni 2021-2026, le riforme e gli investimenti proposti dagli Stati membri descritte in appositi Piani nazionali di ripresa e resilienza per contenere l'impatto socio-economico della pandemia e rendere le economie degli Stati più sostenibili, resilienti e pronte alle sfide e alle opportunità della transizione ecologica e di quella digitale.

<sup>8</sup> Peraltro occorre ricordare che la presenza femminile nella direzione dell'impresa agricola è un fenomeno che comincia ad assumere rilevanza a partire dagli anni ottanta del secolo scorso. Cfr. per alcune riflessioni in proposito N. LOMBARDI, L. BARTOLI, M. DE ROSA, *Innovazione e modelli di agricoltura sostenibile nelle imprese a conduzione femminile*, in AA.VV., *Per un'educazione alla sostenibilità nell'Università*, a cura di D. DE VINCENZO, A. RIGGIO, Edizioni Università di Cassino, 2021, 87 ss.

<sup>9</sup> In argomento v. D. GOTTARDI, voce *Imprenditoria femminile*, in *Digesto disc. piv.*, Sez. comm., *Aggiornamento*, I, Utet, Torino, 2000, 354 ss.



iii) ha una valenza speciale: l'aggettivo "femminile" non è diretto a qualificare l'attività, ma – come accade per l'impresa "giovanile" – a individuare il soggetto a cui la stessa è imputabile e, quindi, il destinatario delle tutele<sup>10</sup>. Volendo favorire il pieno esercizio della libertà d'impresa (non solo femminile) tutelata nell'art. 41 Cost. e proclamata anche dall'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, viene in considerazione l'esigenza di tutelare imprese che abbiano reali possibilità di confrontarsi nel tempo e con strumenti adeguati nel mercato competitivo<sup>11</sup>. In altri termini, dovrebbero considerarsi illegittimi gli interventi a supporto di imprese che si connotano solo per il fatto di avere un capitale sociale sottoscritto da donne e/o perché la gestione è affidata a donne. È sempre necessario, quindi, che le azioni di supporto si ricolleghino, da un lato, ad una serie di attività finanziabili e, dall'altro, a strumenti per la realizzazione delle stesse. La libertà di impresa va intesa, infatti, come "garanzia di tutela, nell'ordinamento, di quel particolare tipo di organizzazione sociale che è l'impresa (capitalistica), con le sue esigenze di efficienza, che devono essere rispettate da tutti coloro che, nell'ambito di questa organizzazione, si trovino ad operare, in vari ruoli"<sup>12</sup>. L'obiettivo, in conclusione, è che tutti, anche le persone socialmente svantaggiate, siano poste nella condizione di scegliere liberamente se esercitare l'impresa<sup>13</sup>;

iv) razionalizza gli obiettivi di intervento. L'art. 1 della proposta di legge AC 3250 novella l'art. 52 Codice pari opportunità elidendo il richiamo al "favorire la qualificazione imprenditoriale e la gestione delle imprese familiari da parte di donne" (art. 52 lett. d), testo vigente). Si tratta di una finalità, quella indicata nel testo vigente che, per un verso, è di scarso significato giuridico se riferita alla reale portata dei fenomeni so-

<sup>10</sup> Su un piano diverso si colloca l'impresa familiare (artt. 230-bis e 230-ter cod. civ.) in cui la tutela è diretta a salvaguardare non tanto l'attività svolta dall'impresa nel mercato, quanto il familiare (o convivente) che collabora nell'impresa. Se si muove dall'idea che l'impresa familiare non solo non è una tipologia di impresa collettiva (v. già F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1984, 208), ma un istituto a tutela della parte debole della famiglia che collabora nell'esercizio dell'attività economica in quanto legato all'imprenditore da vincoli familiari, tale istituto ha, nella disciplina dell'art. 230bis cod. civ. (ma lo stesso si può dire oggi con riguardo all'art. 230ter cod. civ. seppur con le ulteriori incertezze interpretative che la disposizione introduce: v. L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1787; L. GHIDONI, *Unione civile e impresa familiare: la disarmonia di una mera estensione normativa*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 701 ss.) una connotazione residuale (in argomento v. ora, anche per i riferimenti, M. TOLA, *Disciplina dell'impresa e nuovi assetti familiari*, cit., 38 ss., ID., *Impresa familiare e convivenze*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 705 ss.). L'impresa familiare è quindi un complesso di norme che opera in mancanza di un "diverso rapporto" (principalmente un contratto di lavoro o societario), che ha avuto una fortuna legata soprattutto a ragioni di carattere fiscale. Si è consentita infatti la ripartizione (per lo più solo formale, senza cioè che a questo corrispondesse un reale coinvolgimento dei familiari nell'impresa) dei redditi di impresa tra il titolare e familiari (a partire dal coniuge). Sono queste ragioni che hanno guidato le scelte delle imprese, che si dichiarano "familiari" prescindendo dal genere del titolare e dalla promozione effettiva della donna nell'impresa. Cfr. D. GOTTARDI, voce *Imprenditoria femminile*, cit., 354 ss.

<sup>11</sup> In argomento v., per tutti, M. LIBERTINI, *La costituzione economica. Libertà d'impresa ed economia sociale di mercato*, in AA.VV., *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita. Atti del convegno del 9 e 10 settembre Università di Catania*, a cura di S. LICCIARDELLO, Giappichelli, Torino, 2018, 3 ss.

<sup>12</sup> Così testualmente M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 5 ss., in part. 7, ma v. già ID., *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, 2019, 1255 ss.

<sup>13</sup> Si discute, in dottrina, sulla portata della libertà di impresa con riguardo, in particolare, al come la stessa deve essere organizzata. Cfr. E. GINEVRA, C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 cod. civ.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1209 ss., in part. 1222 s., per i quali «non può che essere infatti l'imprenditore a stabilire quale è il "proprio mercato", quale e quanta domanda intercettare. Una volta però operata una tale scelta, non è altrettanto libera la determinazione del privato circa il come questa venga a essere attuata, dovendosi appunto rispettare a tale proposito l'inverso pervasivo comando di poterla porre in esecuzione soltanto per il tramite di "assetti organizzativi, amministrativi e contabili" che a un siffatto mercato possano considerarsi congrui». Per la critica a tale opinione e i profili ricostruttivi sia consentito il rinvio ad A. CAPRARA, *I principi di corretta amministrazione. Struttura, funzioni e rimedi*, Giappichelli, Torino, 2021, 62 ss. In argomento v. altresì D. GALLETI, *Le politiche di gestione del rischio. Modelli giuridici per l'assunzione delle decisioni d'impresa*, ESI, Napoli, 2021, in part. 43 ss.



cio-economici a cui allude<sup>14</sup> e, per l'altro, fa riaffiorare, ma sotto una luce completamente diversa, la tipologia di azioni ammesse a sostegno dell'impresa femminile con riguardo alla diffusione della cultura imprenditoriale nel contesto dei passaggi generazionali (così l'auspicato novellato art. 54, comma 3, lett. b, Codice pari opportunità).

Già da queste considerazioni preliminari emerge la particolare rilevanza che la proposta di legge AC 3250 ambisce ad assumere sul piano sistematico, aspirando a porsi come fonte di una disciplina di vertice per l'attuazione dei principi costituzionali ed europei per la promozione e lo sviluppo dell'impresa femminile mediante azioni positive<sup>15</sup>. Un ruolo che merita di essere particolarmente sottolineato rispetto ai recenti interventi normativi introdotti o in discussione in Parlamento che per lo più si caratterizzano – se si esclude il già richiamato art. 1, commi 97-106, l. n. 178/2020 – per un approccio solo settoriale. Infatti, con riguardo alla disciplina vigente:

i) l'art. 1, comma 504, l. 27 dicembre 2019, n. 160, al fine di favorire lo sviluppo dell'imprenditoria femminile in agricoltura prevede che siano stabiliti, con decreto ministeriale, i criteri e le modalità di concessione di mutui a tasso zero per importi e tempi definiti “in favore di iniziative finalizzate allo sviluppo o al consolidamento di aziende agricole condotte da imprenditrici (...)”. Il d.m. del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, 9 luglio 2020, *Misure in favore dell'imprenditoria femminile in agricoltura* (in attuazione della l. n. 160/2019) circoscrive i citati benefici alle imprese che, tra l'altro, siano “amministrate e condotte da una donna, in possesso della qualifica di imprenditore agricolo o di coltivatore diretto come risultante dall'iscrizione nella gestione previdenziale agricola ovvero, nel caso di società, [...] composte, per oltre la metà numerica dei soci e delle quote di partecipazione, ed amministrate, da donne, in possesso della qualifica di imprenditore agricolo o di coltivatore diretto come risultante dall'iscrizione nella gestione previdenziale agricola” (art. 2, lett. c), d.m. 9 luglio 2020, cit.);

ii) il d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (recante *Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali*), convertito con modificazioni dalla l. 23 luglio

<sup>14</sup> In realtà, diversamente da quanto potrebbe in un primo momento apparire, è ragionevole ritenere che il dettato normativo faccia riferimento non già all'impresa familiare dell'art. 230-bis cod. civ. (e oggi anche ai diritti del convivente dell'art. 230-ter cod. civ.), bensì al più complesso e articolato fenomeno dei passaggi generazionali, al fine di incentivare la “continuazione” dell'impresa da parte di successori di genere femminile. È chiaro che, anche in mancanza di una simile indicazione normativa, nulla osterebbe a tale soluzione e che all'attività iniziata da parte dell'imprenditrice troverebbe applicazione il regime di tutele previste per l'impresa femminile. Rilevano nell'introduzione dell'imprenditoria femminile ad opera della l. n. 215/1995 un'ideale continuazione del “discorso iniziato con la riforma del diritto di famiglia attraverso l'impresa coniugale e familiare, trovando giustificazione nello stesso art. 37 della Costituzione” G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., 535.

<sup>15</sup> Le azioni positive, ai sensi dall'art. 42 del Codice pari opportunità, sono “dirette a favorire l'occupazione femminile e realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro”. Esse consistono “in misure volte alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità (...)”. Le azioni positive sono richiamate anche dal Trattato sul funzionamento dell'UE dove si prevede che allo “scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali” (art. 157, comma 4). La Corte costituzionale (sentenza n. 109/1993), intervenendo sulla questione di legittimità della l. n. 215/1992 rispetto alle competenze regionali esclusive, ha rilevato che le azioni positive, in generale, “sono il più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate (...) al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico”. Con riguardo all'impresa femminile le azioni positive “sono dirette a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale” (punto 2.2 del considerato in diritto).



2021, n. 106, con l'art. 68, comma 9, apporta modifiche all'art. 10-*bis*, lett. c), d.lgs. n. 185/2000, prevedendo una estensione dell'ambito di applicazione degli interventi ivi previsti al "fine di favorire l'imprenditoria femminile in agricoltura";

iii) l'art. 1, comma 523, lett. b, l. n. 234/2021 novella l'art. 10-*bis*, lett. c), d.lgs. n. 185/2000 dedicato agli incentivi all'autoimprenditorialità nella stessa direzione intrapresa dal d.l. n. 73/2021 e precisa – con l'art. 1, comma 523, lett. a) – la piena parificazione, a livello di principi, tra impresa giovanile e femminile.

Circa le proposte di legge in discussione si segnalano due iniziative dirette ad introdurre leggi delega:

i) il disegno di legge recante delega al Governo per la modifica del codice delle pari opportunità tra uomo e donna in materia di sostegno all'imprenditoria femminile, presentato il 23 febbraio 2022 (Atto Senato n. 2541) e assegnato alle commissioni riunite 1<sup>a</sup> (Affari Costituzionali) e 10<sup>a</sup> (Industria, commercio, turismo) in sede referente il 29 marzo 2022. La proposta, che riprende alcuni punti forti della proposta AC3250 su cui ci si soffermerà in seguito (quali la definizione di impresa femminile e di imprenditrice, nonché l'istituzione di un'apposita sezione del registro delle imprese) detta i seguenti principi e criteri direttivi:

“a) promuovere l'uguaglianza sostanziale e le pari opportunità per donne e uomini nell'attività economica e imprenditoriale mediante lo sviluppo dell'imprenditoria femminile, la formazione imprenditoriale e la professionalità delle donne imprenditrici nonché l'accesso al credito per le imprese a prevalente partecipazione o conduzione femminile;

b) favorire la presenza delle imprese a prevalente partecipazione o conduzione femminile, con specifica attenzione ai comparti più innovativi dei diversi settori produttivi;

c) definire la figura dell'imprenditrice e lo *status* – ossia una condizione accidentale (e quindi revocabile) e differenziale (anche rispetto all'imprenditore *tout court*) che giustifica l'applicazione di conseguenze giuridiche<sup>16</sup> – di impresa femminile ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2082 del codice civile nonché della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003;

d) istituire presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura un'apposita sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 del codice civile;

e) definire le azioni positive finanziate dal Fondo nazionale per l'imprenditoria femminile, di cui all'articolo 3, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 215, per sostenere l'avvio dell'attività, gli investimenti e il rafforzamento della struttura finanziaria e patrimoniale delle imprese femminili; per la realizzazione di programmi di formazione e di orientamento finalizzati al riequilibrio di genere nell'ambito dei processi di trasformazione tecnologica e digitale nonché di promozione del valore dell'impresa nelle istituzioni pubbliche e private, comprese quelle scolastiche e universitarie;

f) istituire il Comitato nazionale per l'imprenditoria femminile per il supporto alle azioni in materia di imprenditorialità femminile e in generale sui temi relativi alla presenza femminile nell'impresa e nell'economia”;

ii) il Disegno di legge nel testo unificato recante *Disposizioni per la promozione del lavoro e dell'imprenditoria femminile nel settore dell'agricoltura, delle foreste, della pesca e dell'acquacoltura* (XIII Commissione Permanente, Agricoltura)<sup>17</sup>. Lo stesso contiene una delega al Governo per disciplinare, tra l'altro,

<sup>16</sup> Sulla nozione di stato v. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, a cura di P. CIRILLO, Ipsa, Milano, 2000, 116 ss.

<sup>17</sup> A partire dal 2019 sono state presentate diverse proposte di legge per il riconoscimento e la tutela dell'impresa femminile e del lavoro femminile in agricoltura. Si fa riferimento alla proposta AC 2049 presentata il 1 agosto 2019, alla proposta AC 2930, presentata il 8 marzo 2021 e alla proposta AC 2992 presentata il 1 aprile 2021, confluite nel testo unificato adottato come testo base il 3 novembre 2021 (XIII Commissione permanente, Agricoltura).



la predisposizione, con cadenza triennale, di un *Piano nazionale di interventi*, finalizzato, per quanto pertinente all'imprenditoria femminile, a:

– “favorire la creazione e l'attività delle imprese a conduzione femminile” (art. 2, lett. a), “promuovere il ruolo femminile nell'agricoltura multifunzionale, basata su un modello gestionale in cui sia rilevante l'apporto del lavoro e nel quale il reddito derivi anche da un complesso di attività connesse a quelle agricole (...)” (art. 2, lett. b), “sostenere le imprese e il lavoro femminili (...)” (art. 2, lett. c), “tutelare la maternità e la genitorialità delle lavoratrici e delle imprenditrici agricole nonché (...) garantire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro attraverso la creazione di servizi alle famiglie e di politiche di welfare (...)” (art. 2, lett. d), “potenziare l'offerta formativa e l'aggiornamento professionale delle imprenditrici e delle lavoratrici agricole e sostenere la formazione del capitale umano nel quadro dello sviluppo di agricoltura 4.0 (...)” (art. 2, lett. g), “rafforzare i servizi di assistenza sanitaria e di cura nei territori rurali e costieri periferici, anche attraverso la realizzazione di strutture agrosanitarie (...)” (art. 2, lett. i), “promuovere l'installazione e l'utilizzo della banda larga e ultralarga nelle zone rurali, in particolare prevedendo agevolazioni fiscali per le imprese agricole femminili che utilizzano infrastrutture digitali” (art. 2, lett. m), “favorire l'economia agricola e ittica circolare in un'ottica di sostenibilità integrale dell'attività economica, di valorizzazione della biodiversità e del recupero di pratiche agro-ecologiche nelle imprese femminili” (art. 2, lett. n), “incentivare l'aggregazione dell'offerta agricola anche attraverso il sostegno e la creazione di reti di imprese femminili, di cui all'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, e di distretti del cibo, di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 18 maggio 2001 n. 228” (art. 2, lett. o), “promuovere la partecipazione delle donne all'impresa agricola familiare (...)” (art. 2, lett. p);

– istituire un ufficio per la promozione del lavoro, della formazione e dell'imprenditoria femminile nel settore dell'agricoltura, delle foreste, della pesca e dell'acquacoltura (art. 3) e la ricostituzione dell'Osservatorio nazionale per l'imprenditoria ed il lavoro femminile in agricoltura (art. 4);

– agevolare la costituzione e l'aggregazione di imprese a conduzione femminile nel settore dell'agricoltura, della silvicoltura, dell'itticoltura e dell'acquacoltura (art. 5) e le disposizioni per l'attuazione del principio della parità di genere “in sede di rinnovo delle cariche degli enti strumentali agricoli e delle società non quotate in mercati regolamentati controllate, ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, dal Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali e operanti nel settore agricolo (...)” (art. 6).

La suestesa rassegna dei testi normativi conferma, da un lato, la prevalente settorialità degli interventi, essendo le discipline (vigenti e in via di discussione in Parlamento) dirette a sostenere e favorire l'imprenditoria femminile per lo più nel limitato contesto dell'impresa agricola e, dall'altro, l'ambizione della proposta unificata *Disposizioni per la promozione del lavoro e dell'imprenditoria femminile nel settore dell'agricoltura, delle foreste, della pesca e dell'acquacoltura* di porsi come disciplina autonoma, sganciata dalla cornice del Codice pari opportunità che – salvo un fugace richiamo nell'art. 6 della proposta stessa – non viene nemmeno citato.

**3.** – Alla luce dell'analisi sin qui condotta si possono formulare delle prime considerazioni su due versanti: del diritto vigente e delle proposte di legge.





**3.1.** – Nel quadro normativo vigente sembra possibile disegnare un duplice scenario connotato da diverse nozioni di impresa femminile. Il primo trova le sue radici nella definizione ricavabile dal Codice pari opportunità, il secondo è riconducibile alla indicazione dei beneficiari delle misure previste dalla disciplina dell’autoimprenditorialità.

In particolare, nella prima direzione si colloca la l. n. 178/2020 (legge di stabilità 2021), commi 97-106, che istituisce il fondo a sostegno dell’imprenditoria femminile (fondo impresa femminile). L’impresa femminile, ai sensi dell’art. 1, lett. c), d.m. del Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro dell’Economia e delle Finanze e con il Ministro per le pari opportunità e la famiglia del 30 settembre 2021, è l’impresa “a prevalente partecipazione femminile, intesa come impresa che, in funzione della tipologia imprenditoriale, presenta le seguenti caratteristiche: i. la società cooperativa e la società di persone in cui il numero di donne socie rappresenti almeno il 60 per cento dei componenti la compagine sociale; ii. la società di capitale le cui quote di partecipazione spettino in misura non inferiore ai due terzi a donne e i cui organi di amministrazione siano costituiti per almeno i due terzi da donne; iii. l’impresa individuale la cui titolare è una donna”. Pur non richiamando il Codice pari opportunità, la definizione che il d.m. 30 settembre 2021 offre è sostanzialmente sovrapponibile a quella presente nell’art. 53 del Codice.

Nella seconda direzione, la nozione di impresa femminile si “ricompon” a seguito dei ripetuti interventi normativi. In sostanza, l’impresa femminile si ricava per partenogenesi della definizione di *impresa giovanile* nel quadro normativo della disciplina dell’autoimprenditorialità. Il riferimento normativo iniziale è, infatti, il d.lgs. n. 185/2000 che contempla gli *Incentivi all’autoimprenditorialità e all’autoimpiego*. Nella sua versione storica, il d.lgs. cit. non fa cenno all’impresa femminile, ma, nell’art. 1, dedicato ai principi generali, vuole promuovere “l’uguaglianza sostanziale e le pari opportunità tra uomini e donne nell’attività economica e imprenditoriale” (art. 1, comma 1) e “la formazione imprenditoriale e la professionalità delle donne imprenditrici” (art. 1, comma 2, lett. e). Maggior attenzione è dedicata all’impresa giovanile che, oltre ad essere richiamata nei principi dell’art. 1<sup>18</sup>, è definita tra i soggetti beneficiari come l’impresa in forma societaria (anche cooperativa) “compost[a] esclusivamente da soggetti di età compresa tra i 18 ed i 35 anni, ovvero compost[a] prevalentemente da soggetti di età compresa tra i 18 ed i 29 anni che abbiano la maggioranza assoluta numerica e di quote di partecipazione, che presentino progetti per l’avvio di nuove iniziative nei settori” specificati dalla legge<sup>19</sup>.

Con l’art. 2 del d.l. n. 145/2013 (poi ulteriormente modificato con il d.l. n. 34/2019) si novellano varie disposizioni del d.lgs. n. 185/2000 e, in particolare per quanto qui interessa, l’art. 1, prevedendo che le “disposizioni del presente Capo [riguardante le “Misure in favore della nuova imprenditorialità nei settori della produzione dei beni e dell’erogazione dei servizi”, *nda*] sono dirette a sostenere in tutto il territorio nazionale la creazione di micro e piccole imprese *a prevalente o totale partecipazione giovanile o femminile* e a sostenerne lo sviluppo attraverso migliori condizioni per l’accesso al credito” (corsivo nostro). Inoltre, nell’art. 3 d.lgs. n. 185/2000, tra i soggetti beneficiari, alla lett. d), si indicano le imprese “in cui la compagine societa-

<sup>18</sup> Dove ci si propone di “agevolare l’accesso al credito per le imprese a conduzione o a prevalente partecipazione giovanile” (art. 1, comma 2, lett. c) e di “promuovere la presenza delle imprese a conduzione o a prevalente partecipazione giovanile nei comparti più innovativi dei diversi settori produttivi” (art. 1, comma 2, lett. d).

<sup>19</sup> La definizione è sostanzialmente riprodotta con riguardo alla nuova imprenditorialità nei settori della produzione dei beni e dei servizi alle imprese (art. 5), alle misure in favore della nuova imprenditorialità nel settore dei servizi (art. 7) e alle misure in favore della nuova imprenditorialità in agricoltura (art. 9). Il tema dell’età nell’esercizio dell’impresa è esaminata, in termini più estesi di quelli che pone la norma in questione, da M. TOLA, *Iniziativa economica ed età*, in AA.VV., *Soggetti vulnerabili nell’economia, nel diritto e nelle istituzioni*, a cura di P. CORRIAS, E. PIRAS, ESI, Napoli, 2021, 191 ss.



ria sia composta, per *oltre la metà numerica dei soci e di quote partecipazione*, da soggetti di età compresa tra i 18 ed i 35 anni ovvero *da donne*". In sostanza, si va componendo nel corso del tempo una nozione di impresa femminile che – essendo appiattita su quella dell'impresa giovanile – è basata esclusivamente sulla maggioranza femminile (a prescindere dall'età) in termini numerici o di partecipazione al capitale. La tendenza non solo è confermata, ma per certi versi, portata a sistema con la l. n. 160/2019 (legge di stabilità 2020) e la l. n. 234/2021 (legge di stabilità 2022). La prima, all'art. 1, comma 90, lett. d), ha introdotto la possibilità di integrare i finanziamenti agevolati contemplati tra le *"Misure in favore della nuova imprenditorialità nei settori della produzione dei beni e dell'erogazione dei servizi"* (Capo 01 del d.lgs. n. 185/2000), con una quota a fondo perduto. In sostanza (anche) le imprese femminili che rientrano nella definizione che fa perno sulla partecipazione prevalente (numerica o al capitale) di donne potranno beneficiare di un contributo aggiuntivo a fondo perduto<sup>20</sup>. La seconda, la l. n. 234/2021 (l. stabilità 2022), con l'art. 1, comma 523, lett. a ha disposto la modifica dell'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 185/2000 (dedicato ai principi), con il quale si apre il capo dedicato alle *"Misure in favore dello sviluppo dell'imprenditorialità in agricoltura e del ricambio generazionale"*, come novellato dal d.l. n. 91/2014, con l'aggiunta delle parole "o femminile" che seguono, nella individuazione dei soggetti a cui è finalizzato l'intervento normativo, la locuzione "a prevalente o totale partecipazione giovanile". Il farraginoso percorso di emersione della nozione di impresa femminile, si completa con l'ulteriore modifica dell'art. 10-bis, lett. c), del d.lgs. n. 185/2000 (prima, come detto, ampliato nella sua portata a favore delle donne dall'art. 68, comma 9, d.l. n. 73/2021 e poi) integralmente novellato dall'art. 1, comma 523, lett. b), l. n. 234/2021. Con il fine di "favorire l'imprenditoria femminile in agricoltura", si prevede, infatti, che i beneficiari delle misure agevolative riservate alle imprese che "subentrino nella conduzione di un'intera azienda agricola" siano "amministrate e condotte da un giovane imprenditore agricolo di età compresa tra i 18 e i 40 anni o da una donna o, nel caso di società, *siano composte, per oltre la metà delle quote di partecipazione*, da giovani di età compresa tra i 18 e i 40 anni o *da donne*" (corsivo nostro). L'impresa a prevalente partecipazione femminile è parificata all'impresa a prevalente partecipazione giovanile in tutti i campi di intervento del d.lgs. n. 185/2000.

Sul duplice scenario (e sulle relative nozioni di impresa femminile) ora tratteggiato di sviluppa la disciplina delle misure attuative del PNRR. Con riguardo alle disposizioni relative all'impresa femminile occorre rilevare che le stesse non si limitano ad implementare le risorse nel contesto degli scenari normativi esistenti, ma operano una (forse indebita) compressione del primo scenario con un conseguente scivolamento delle relative fattispecie verso il secondo. Per convincersene è sufficiente prendere in considerazione la Circolare MISE 4 maggio 2022, n. 168851, recante *Attuazione dell'Investimento 1.2 "Creazione di imprese femminili" previsto nella Missione 5 "Inclusione e coesione", Componente 1 "Politiche per l'occupazione", del Piano nazionale di ripresa e resilienza nell'ambito delle misure «Nuove imprese a tasso zero» e «Smart&Start Italia»*. La circolare ricorda che il PNRR per sostenere gli investimenti nell'impresa femminile opera su entrambi i versanti fin qui considerati: quelli che hanno come punto di riferimento la l. n. 178/2020 (che, all'art. 1, comma 97 ss., istituisce il fondo a sostegno dell'impresa femminile) e quello composito previsto

<sup>20</sup> In attuazione del d.lgs. n. 185/2000, come modificato delle misure previste dalla l. n. 160/2019, il d.m. 4 dicembre 2020 del Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze MISE 4 dicembre 2020, *Ridefinizione della disciplina di attuazione della misura in favore della nuova imprenditorialità giovanile e femminile di cui al titolo I, capo I, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 185* – che attua, tra l'altro, la ricordata l. n. 160/2019 (l. stabilità 2020), art. 1, comma 90, lett. d), all'art. 5, lett. d) – indica, tra i soggetti beneficiari, le imprese "in cui la compagine societaria sia composta, per oltre la metà numerica dei soci e di quote di partecipazione, da soggetti di età compresa tra i 18 ed i 35 anni ovvero da donne".



dal più volte modificato d.lgs. n. 185/2000. Versanti che, come si è visto, fanno capo a due diverse nozioni di impresa femminile. Eppure la Circolare 168851/2022, nell'art. 2, dedicato alle definizioni, per impresa femminile, alla lettera b, intende "l'impresa a prevalente partecipazione femminile, come individuata per la misura ON – Nuove imprese a tasso zero dall'articolo 5, comma 1, lettera d), del decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, 4 dicembre 2020, vale a dire l'impresa in cui la compagine societaria sia composta, per oltre la metà numerica dei soci e di quote di partecipazione, da donne". In sostanza, le due diverse linee definitorie si vanno ricomponendo con l'appiattimento verso quella che si connota per l'utilizzo di un criterio (la prevalenza numerica o nella partecipazione al capitale), senza peraltro formalmente modificare la nozione prevista dal Codice pari opportunità. Ne consegue che quest'ultimo resta svuotato di significato, così come il d.m. MISE, del 30 settembre 2021, emanato di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con il Ministro per le pari opportunità e la famiglia, in attuazione della l. n. 178/2020 (l. stabilità 2021), che, come si è visto, all'art. 1, lett. c), sostanzialmente si rifaceva a quella nozione del Codice pari opportunità.

Si possono delineare, in conclusione, due rilievi critici che operano:

- i) nell'ambito della relazione tra i due filoni di norme che fanno capo alle distinte definizioni di impresa femminile *supra* delineate;
- ii) sul piano sistematico, con riguardo al rapporto tra la disciplina dell'impresa femminile in agricoltura e che emerge dal PNRR.

Nel primo senso si deve rilevare che non solo vi sono definizioni che si compongono su criteri diversi (la sola partecipazione al capitale sociale piuttosto che degli organi di gestione) e modulano lo stesso criterio (la partecipazione al capitale) su soglie differenti, ma altresì che, con la Circolare MISE 4 maggio 2022, n. 168851, si agisce consapevolmente su un terreno (quello delineato dalla l. n. 178/2020) già attuato attingendo a strumenti definitori diversi. Infatti, nelle premesse 1.2 della Circolare si precisa che dal "punto di vista strumentale, il PNRR prevede, al fine di sostenere gli investimenti per l'imprenditoria femminile, l'utilizzo del nuovo Fondo a sostegno dell'impresa femminile istituito dall'articolo 1, comma 97, della legge 30 dicembre 2020, n. 178"; fondo per il cui accesso, tuttavia, il d.m. MISE 30 settembre 2021, cit. aveva previsto requisiti diversi e più stringenti coerenti con la definizione di impresa femminile ricavabile dall'art. 53 Codice pari opportunità. Sorgono quindi dubbi sulla legittimità della circolare che è attuativa dell'art. 4 del d.m. MISE di concerto con il Ministro per le pari opportunità e la famiglia del 24 novembre 2021. Quest'ultimo d.m. non introduce norme a modificazione del d.m. 30 settembre 2021, né, in particolare, introduce modifiche ai requisiti di accesso al fondo a sostegno dell'impresa femminile. Infatti, il d.m. 24 novembre 2021, cit. si limita semplicemente a richiamare, nelle premesse, tanto il "Fondo a sostegno dell'impresa femminile", istituito dall'art. 1, comma 97, della l. 30 dicembre 2020, n. 178 come strumento distinto dalle altre misure già esistenti "Nuove imprese a tasso zero" e "Smart&Start Italia" (primo "considerato"), quanto il decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per le pari opportunità e la famiglia, del 30 settembre 2021 (settimo "visto") che dà attuazione alla disciplina legislativa. Ne consegue che la omogeneizzazione dei requisiti per l'accesso alle misure contemplate dalla Circolare MISE 4 maggio 2022, n. 168851 con appiattimento verso i più ampi parametri previsti per l'accesso alle misure previste dal d.lgs. n. 185/2000 conduce nei fatti a ricomporre indebitamente i due scenari che fanno capo alle distinte definizioni di impresa femminile che si sono in precedenza segnalate.

Nel secondo senso, anche in considerazione di quanto precede, si profila una possibile e ingiustificata



disparità di trattamento nella messa a disposizione delle risorse e degli strumenti per le imprese, specie se collettive, in cui le donne hanno una presenza determinante nel capitale e nella gestione in relazione alla tipologia di attività esercitata (agricola o meno). Nel d.m. del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, 9 luglio 2020, *Misure in favore dell'imprenditoria femminile in agricoltura*, che dà attuazione l'art. 1, comma 504, della l. 27 dicembre 2019, n. 160 con cui si è istituito nello «stato di previsione del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali del capitolo n. 7723 “Fondo rotativo per favorire lo sviluppo dell'imprenditoria femminile in agricoltura”», si fa riferimento ad una nozione ancora più ristretta di impresa femminile. L'art. 2, lett. c), richiede, infatti, che si tratti di imprese “amministrate e condotte da una donna, in possesso della qualifica di imprenditore agricolo o di coltivatore diretto come risultante dall'iscrizione nella gestione previdenziale agricola ovvero, nel caso di società, essere composte, per *oltre la metà numerica* dei soci e delle *quote di partecipazione*, ed *amministrate*, da donne, in possesso della qualifica di imprenditore agricolo o di coltivatore diretto come risultante dall'iscrizione nella gestione previdenziale agricola” (corsivi nostri). In altri termini, questa nozione di impresa femminile, oltre ad introdurre un ulteriore requisito (l'amministrazione affidata a donne) rispetto a quelli richiesti dal d.lgs. n. 185/2000, art. 9 ss. (che riguardano solo la maggioranza numerica o di quote di capitale, salvo che si tratti di impresa individuale in cui si richiede, ovviamente, che l'impresa sia condotta da donne)<sup>21</sup> si colloca parzialmente fuori dal perimetro delle risorse a disposizione del PNRR. Infatti, nel d.m. del Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con il Ministro per le pari opportunità e la famiglia del 30 settembre 2021, all'art. 9, si considerano ammissibili le agevolazioni dirette a sostenere iniziative che prevedono “programmi di investimento per la costituzione e l'avvio di una nuova impresa femminile, relativi: a) alla produzione di beni nei settori dell'industria, dell'artigianato e della trasformazione dei prodotti agricoli; b) alla fornitura di servizi, in qualsiasi settore; c) al commercio e turismo”. In altri termini, da un lato, solo le imprese che si occupano “della trasformazione dei prodotti agricoli”<sup>22</sup>, non le imprese agricole femminili *tout court*, possono accedere alle risorse del PNRR e, dall'altro, solo le imprese agricole (femminili) che “presentino progetti per lo sviluppo o il consolidamento di aziende agricole, attraverso investimenti nel *settore agricolo* e in quello della *trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli*”, ma che esercitano “esclusivamente l'attività agricola ai sensi dell'art. 2135 del codice civile”<sup>23</sup>, possono accedere al fondo rotativo previsto dalla l. n. 160/2019 art. 1, comma 504 (art. 2 d.m. del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, 9 luglio 2020, *Misure in favore dell'imprenditoria femminile in agricoltura*, corsivi nostri).

<sup>21</sup> È tutt'altro che peregrino ipotizzare che il legislatore con l'art. 1, comma 504, l. n. 160/2019 volesse limitare il requisito della conduzione dell'impresa al solo caso si trattasse di imprese individuali, non già nell'ipotesi di società per le quali dovrebbe valere (come costantemente emerge nella disciplina di fonte primaria anteriore e successiva alla l. n. 160/2019) la maggioranza numerica o di quote di partecipazione al capitale. Peraltro, il dato letterale della l. n. 160/2019 conduce ad ammettere la soluzione prospettata dal d.m. del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, 9 luglio 2020, seppur rilevandone l'a-sistematicità e ponendo dubbi di costituzionalità con riguardo a questa (terza) definizione di impresa femminile.

<sup>22</sup> Il d.m. 30 settembre 2021, cit., definisce la trasformazione di prodotti agricoli come “qualsiasi trattamento di un prodotto agricolo in cui il prodotto ottenuto resta pur sempre un prodotto agricolo, eccezion fatta per le attività svolte nell'azienda agricola necessarie per preparare un prodotto animale o vegetale alla prima vendita” (art. 1, lett. i). Lo stesso d.m. per prodotti agricoli intende i “prodotti elencati nell'allegato I del trattato, ad eccezione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura elencati nell'allegato I del regolamento (UE) n. 1379/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013” (art. 1, lett. j).

<sup>23</sup> Come è noto, si fa riferimento alle attività di coltivazione del fondo, allevamento di animali e selvicoltura, nonché alle attività connesse. Sulla estensione di tali fattispecie sia consentito il rinvio ad A. CAPRARA, *Dall'attività agricola all'impresa agricola che opera nel mercato. Alcune considerazioni di ordine storico-evolutivo e sistematico*, in *Ambienteediritto.it*, 3/2022, 1 ss.



**3.2.** – Sul piano delle proposte di legge, affiorano criticità, ma anche opportunità. Circa le criticità emergenti dalla proposta di testo unificato del 30 novembre 2021 sull’impresa femminile in agricoltura si segnala:

*i)* la mancanza di coordinamento tra le proposte riguardanti l’impresa e il lavoro femminile in agricoltura e le vigenti regole in materia di azioni positive per l’impresa femminile;

*ii)* a parte le previsioni dirette a dare attuazione all’art. 48 Codice pari opportunità, la portata della l. 12 luglio 2011, n. 120 (la c.d. “legge Golfo-Mosca”) e del d.P.R. 30 novembre 2012, n. 251 è limitata alle sole società “controllate, ai sensi dell’articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, dal Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali e operanti nel settore agricolo”. Tale disposizione appare, per un verso, ridondante (v. art. 3, l. n. 120/2011) e, per l’altro, ingiustificatamente riduttiva, considerato che un simile intervento deve riguardare anche le società controllate da altri Ministeri;

*iii)* il riferimento alle “reti di imprese femminili”, come forme di aggregazione di imprese, è totalmente sfornito di definizione con le intuibili criticità che tale concetto rischia di generare, anche in considerazione delle già note problematiche che pone la nozione di contratto di rete in agricoltura<sup>24</sup>;

*iv)* la perdurante carenza di attenzione circa i profili già messi in rilievo con riguardo ai precedenti progetti di legge in materia come, ad esempio, la previsione di realizzare strutture agrosanitarie e, più in generale, attuare iniziative attinenti alle materie di competenza concorrente Stato-regioni (art. 117 Cost.)<sup>25</sup>.

D’altro canto non vanno trascurate le opportunità che possono derivare dal coordinamento tra la proposta di legge AC 3250 e la proposta unificata in materia di impresa femminile in agricoltura, costruendo, tra i due provvedimenti, un rapporto da genere a specie<sup>26</sup>. In questo ordine di idee ha poco senso, ad esempio, caricare la disciplina di settore (impresa femminile in agricoltura) dell’onere di recepire discipline europee di carattere generale, come la direttiva 210/41/EU del 7 luglio 2010 *sull’applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un’attività autonoma*, che si estende addirittura oltre il confine dell’impresa, includendo il lavoro autonomo, trascurando, invece, la Comunicazione della Commissione, *Una visione a lungo termine per le zone rurali dell’UE: verso zone rurali più forti, connesse, resilienti e prospere entro il 2040*, del 30 giugno 2021, COM(2021) 345 final.

Dalle superiori considerazioni trova conferma l’esigenza di disporre non solo di una definizione di impresa femminile che abbia portata generale per tutte le iniziative dirette ad agevolare la rimozione degli ostacoli che pregiudicano la piena parità di genere e la piena libertà di esercizio dell’impresa, ma anche un approccio legislativo unitario, coerente e sistematicamente soddisfacente. Un’esigenza a cui potrebbe – e perciò dovrebbe – rispondere il Codice pari opportunità e, quindi, la proposta di novella AC 3250.

---

<sup>24</sup> Da ultimi v. N. LUCIFERO, *Le reti di impresa e le relazioni di filiera nel sistema della filiera agroalimentare*, in *Dir. agroal.*, 2021, 355 ss., G.G. D’ANGELO, *Le reti di imprese in agricoltura: originalità civilistica e profili fiscali*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 346 ss., che qualifica il contratto di rete come una “forma moderna di contratto di compartecipazione agraria” (pp. 348 e 357 ss.).

<sup>25</sup> Cfr. la Conferenza delle Regioni e delle Provincie autonome, *Posizione in merito alle “Disposizioni per la promozione dell’imprenditoria e del lavoro femminile nel settore agricolo, della pesca e dell’acquacoltura” (c 2049; c 2930 e c 2992)*, del 17 giugno 2021. Peraltro, il rapporto Stato-regioni era già emerso nella vigenza della l. n. 215/1992, tant’è che era intervenuta la Corte costituzionale. Cfr. D. GOTTARDI, voce *Imprenditoria femminile*, cit., 354 ss.

<sup>26</sup> Del resto il tema non è nuovo, solo che si consideri che al momento dell’entrata in vigore della l. n. 215/1992 operavano già altre leggi speciali per l’imprenditoria femminile, come ricorda D. GOTTARDI, voce *Imprenditoria femminile*, cit., 354 ss.





4. – La proposta di legge AC 3250 ambisce a riscrivere la cornice giuridica generale nel frastagliato e disorganico quadro normativo sull'impresa femminile. Fissati i principi ispiratori e le finalità di tutela – come già nel vigente Codice pari opportunità – la proposta di legge AC 3250 segue una tecnica regolatoria e di impostazione originale, offrendo una dettagliata indicazione degli elementi che connotano l'impresa femminile. Inoltre, sul piano del metodo per l'attribuzione delle risorse, si supera la logica “sogettiva” per accedere ad un approccio oggettivo, coerente con la disciplina del mercato, diretto a favorire il corretto orientamento delle risorse pubbliche per favorire determinate tipologie di attività mediante precisi strumenti di intervento (v. *infra* § 4.3). In sostanza, i profili di maggior rilievo su cui la proposta di legge AC 3250 va ad incidere e su cui ci si dovrà intrattenere riguardano:

- i) la definizione di impresa femminile e di imprenditrice;
- ii) l'istituzione di una apposita sezione nel registro delle imprese;
- iii) la definizione (con un elenco non tassativo) degli strumenti e della tipologia degli interventi che possono essere utilizzati a sostegno dell'iniziativa economica femminile;
- iv) la promozione della cultura d'impresa come motore per l'avvio e lo sviluppo di attività economiche che ambiscano ad operare durevolmente nel contesto competitivo.

4.1. – L'art. 53 Codice pari opportunità, nella formulazione vigente, si limita ad indicare i destinatari delle azioni positive, ossia, innanzitutto, “le società cooperative e le società di persone, costituite in misura non inferiore al 60 per cento da donne, le società di capitali le cui quote di partecipazione spettino in misura non inferiore ai due terzi a donne e i cui organi di amministrazione siano costituiti per almeno i due terzi da donne, nonché le imprese individuali gestite da donne, che operino nei settori dell'industria, dell'artigianato, dell'agricoltura, del commercio, del turismo e dei servizi” (art. 53, lett. a), Codice pari opportunità).

Possono inoltre beneficiare delle risorse per realizzare le azioni positive “le imprese, o i loro consorzi, le associazioni, gli enti, le società di promozione imprenditoriale anche a capitale misto pubblico e privato, i centri di formazione e gli ordini professionali che promuovono corsi di formazione imprenditoriale o servizi di consulenza e di assistenza tecnica e manageriale riservati per una quota non inferiore al settanta per cento a donne” (art. 53, lett. b), Codice pari opportunità).

L'art. 2 della proposta di legge AC 3250, che dovrebbe novellare l'art. 53 del Codice pari opportunità, opera su un duplice piano: definitorio e pubblicitario. Definitorio, enunciando le nozioni di *imprenditrice* e di *impresa femminile*, declinando le stesse alla luce dei modelli organizzativi adottati per l'esercizio (individuale o collettivo) dell'attività economica. Pubblicitario, istituendo una sezione speciale del registro delle imprese a cui le imprese che possono definirsi femminili debbono iscriversi per accedere alle provvidenze concesse dalla legge (v. *infra* § 4.2).

In particolare si precisa che l'imprenditrice è “la donna che svolge attività imprenditoriale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2082 del codice civile, che possieda i requisiti indicati dal comma 2 del presente articolo e che sia iscritta nella sezione speciale del registro delle imprese di cui al comma 3 del presente articolo”.

Per impresa femminile si intende “l'attività economica organizzata ai sensi dell'art. 2082 del codice civile che, in forma individuale o collettiva, possieda i requisiti indicati dal comma 2 del presente articolo e che sia iscritta nella sezione speciale del registro delle imprese di cui al comma 3 del presente articolo”.



Le definizioni di impresa femminile e di imprenditrice sono poi articolate – oltre che con riferimento al profilo dimensionale, dovendo trattarsi di piccole e medie imprese<sup>27</sup> – in relazione allo schema legale utilizzato per l'esercizio dell'impresa: dalle cooperative, alle società di persone e di capitali. I criteri (partecipazione al capitale e allo scambio mutualistico, nonché potere di assumere decisioni in merito alle scelte di impresa), solo abbozzati nel testo vigente dell'art. 53 Codice pari opportunità, vengono tratteggiati nella proposta di legge AC 3250 in modo puntuale.

Se per l'impresa individuale ci si rimette ad un criterio formale di imputazione dell'impresa per il quale è imprenditore colui al quale è riferibile l'attività in relazione a quanto indicato nel registro delle imprese (art. 53, comma 2, lett. e, nel testo novellato dalla proposta di legge AC 3250), per le cooperative si è dato peso non tanto al capitale, quanto alla figura del socio che scambia con la cooperativa (il socio cooperatore)<sup>28</sup> e alla composizione dell'organo amministrativo. Si considerano, infatti, imprese femminili “le società cooperative che abbiano tra i soci cooperatori almeno il 51 per cento di donne, ovvero siano amministrate da un consiglio di amministrazione la cui maggioranza sia costituita da donne” (art. 53, comma 2, lett. a), nel testo novellato dalla proposta di legge AC 3250). Il primo requisito diventa rilevante anche per favorire operazioni societarie dirette a salvaguardare il valore dell'impresa. Si pensi, ad esempio, in caso di crisi di un'impresa con un elevato tasso di occupazione femminile, alla possibilità, da parte delle dipendenti, di rilevare l'azienda, avvalendosi delle misure di sostegno previste, in particolare, dalla l. n. 49/1985. Riguardo all'organo amministrativo, lo stesso dovrà essere composto, ai sensi dell'art. 2542 cod. civ., da almeno tre soggetti, la maggioranza dei quali dovrà essere altresì socio cooperatore o persona fisica indicata dai soci cooperatori persone giuridiche (art. 2542, commi 2 e 3, cod. civ.).

Nelle società di persone, per definirsi impresa femminile, si richiede il ricorrere *congiunto* di tre condizioni<sup>29</sup>, ossia che:

- i) il capitale sociale sia, per almeno il 51 per cento, detenuto da donne;
- ii) tra gli amministratori vi sia almeno una donna;
- iii) sia previsto, nell'atto costitutivo, che almeno il 51 per cento degli utili sia destinato a soci di sesso femminile.

La combinazione dei tre requisiti consente di collocare le donne nei punti nevralgici delle scelte di impresa, senza per questo imporre che i requisiti si realizzino in capo alle stesse persone. Nulla esclude, ad esempio, che l'amministratrice sia una socia che – come subito si vedrà – non ha effettuato un conferimento di capitale.

Si può tuttavia introdurre una riflessione. La partecipazione come socio illimitatamente responsabile sembra, in tal caso, ricollegarsi alla rilevanza della compartecipazione della donna al rischio di impresa in sé, piuttosto che al potere, in quanto socio illimitatamente responsabile, di incidere con riguardo all'assunzione di scelte gestorie. Si prevede infatti, da un lato, che la maggioranza del capitale sia sottoscritto da donne illi-

---

<sup>27</sup> L'esigenza di limitare l'intervento alle PMI si rinviene nelle ragioni che hanno giustificato una procedura di infrazione al diritto europeo aperta già in occasione della l. n. 215/1992. Cfr. ancora D. GOTTARDI, voce *Imprenditoria femminile*, cit., 354 ss.

<sup>28</sup> Con la riforma delle società di capitali e delle cooperative del 2003 la contrapposizione tra socio cooperatore e finanziatore è particolarmente significativa anche per le disposizioni di diritto comune introdotte nel codice civile (art. 2511 ss.) che pongono al centro l'interesse dei soci cooperatori nella scelta e nell'attuazione della mutualità. Cfr. sul tema l'ampia trattazione di E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>29</sup> Il possesso congiunto e non alternativo dei requisiti sembra agevolmente ricavabile, sul piano letterale, dalla circostanza che è richiesto il “possesso almeno” dei requisiti ivi indicati.



mitatamente responsabili e, dall'altro, che l'amministrazione spetti ad almeno una donna (che necessariamente sarà socia illimitatamente responsabile)<sup>30</sup>.

Questa sensazione va, almeno in parte, fugata rileggendo congiuntamente i requisiti. In particolare, la partecipazione agli utili è valorizzata come criterio della *quota di interesse* nell'esercizio della gestione<sup>31</sup>. Come è noto, infatti, in caso di amministrazione disgiuntiva, che è la regola se non diversamente previsto nell'atto costitutivo (art. 2257 cod. civ.)<sup>32</sup>, sull'eventuale opposizione rispetto ad una decisione di amministrazione decidono i soci a maggioranza calcolata in relazione alla partecipazione agli utili. Pertanto, anche laddove vi fosse una sola amministratrice donna, in caso di operazioni decise dal singolo amministratore che agisce non declinando l'interesse delle socie in maniera coerente con le aspirazioni delle stesse, l'opposizione tempestiva di un qualsiasi amministratore devolverà la decisione sull'opposizione alla comunità dei soci che decideranno in base alla partecipazione agli utili<sup>33</sup>. Quest'ultimo è quindi il criterio per la decisione sull'opposizione e, quindi, per la risoluzione delle controversie tra amministratori sulle scelte di gestione. In sostanza, si sono volute probabilmente favorire quelle imprese a prevalente partecipazione femminile dove le donne contribuiscono con il lavoro manuale nell'impresa, esentando tutte le socie dall'assumere necessariamente anche ruoli direttamente gestori.

Questa conclusione non risolve tuttavia tutte le criticità e consente di proporre una soluzione alternativa. Con riguardo alle criticità, occorre rilevare che la formulazione attuale della proposta di legge non tiene conto del caso in cui i soci non effettuino conferimenti di capitale, ma solo d'opera o servizi<sup>34</sup>: soci illimitatamente responsabili e, quindi, aventi diritto di amministrare, salvo pattuiscano la limitazione di re-

<sup>30</sup> L'osservazione muove dalla premessa che l'amministrazione nelle società di persone, spetti di regola solo ai soci illimitatamente e solidalmente responsabili per le obbligazioni sociali (v. F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna, 2013, 62 ss., ove riferimenti).

<sup>31</sup> Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, Utet, Torino, 2015, 88 s.

<sup>32</sup> La diversa soluzione dell'amministrazione congiuntiva (art. 2258 cod. civ.) è già di per sé una tecnica di tutela adeguata rispetto all'esercizio del potere gestorio da parte delle donne, anche se non è esclusa un'ipotesi in cui si determini un sostanziale esautoramento delle donne dalle scelte gestorie. Infatti, l'amministrazione congiuntiva può operare secondo due modalità: all'unanimità o a maggioranza. Nel primo caso la decisione richiede il consenso di tutti gli amministratori, per cui ciascun amministratore ha, in quanto tale, un diritto di veto sulle proposte altrui. Se la amministrazione congiuntiva è a maggioranza la stessa si calcola sulla base del criterio della partecipazione agli utili dei soci amministratori. Nella pratica, l'amministrazione congiuntiva è di regola legata al coinvolgimento di tutti i soci (nel senso che di regola tutti i soci sono amministratori) e, quindi, poiché nella proposta di legge la partecipazione agli utili è a maggioranza femminile, il coinvolgimento delle donne nelle scelte di gestione sarebbe necessaria e decisiva. Tuttavia, nel caso (forse solo teorico e di scuola) in cui non vi fosse il coinvolgimento di tutti i soci nell'amministrazione, si potrebbe di fatto lasciare la gestione in mano ai soci amministratori di genere maschile. In tal caso se questi ultimi avessero, tra i soggetti coinvolti nell'amministrazione, la maggioranza nella partecipazione agli utili, di fatto sottrarrebbero alle socie ogni possibilità di incidere sulla gestione, ancorché le stesse siano socie illimitatamente responsabili, detentrici della maggioranza del capitale sociale e, rispetto alla totalità dei soci, della maggioranza nella partecipazione agli utili.

<sup>33</sup> La partecipazione agli utili può anche non coincidere con la partecipazione al capitale sociale (salvo il limite del patto leonino ex art. 2265 cod. civ.), al punto che può anche del tutto prescindere, come avviene nel caso del socio che conferisce la sola opera: pur non avendo una partecipazione al capitale sociale, lo stesso ha diritto, in quanto socio, alla partecipazione agli utili (v. art. 2263, comma 2, cod. civ.).

<sup>34</sup> Vi potrebbe essere, infatti, il caso in cui il capitale, nel momento costitutivo, non vi sia perché, ad esempio, i soci abbiano tutti conferito la sola prestazione d'opera. Cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 50. Peraltro va ricordato che si è sostenuta in dottrina una diversa opinione per la quale va superata la distinzione tra conferimenti di capitale e conferimenti di patrimonio (su cui v. F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2011, 101 ss.). Ad ogni buon conto la criticità esaminata nel testo potrebbe trovare una risposta se si ammettesse di dare rilievo alla sola qualità di socio (di regola illimitatamente responsabile), che deriva dalla conclusione al contratto di società (dalla quale discende l'obbligo di effettuare un conferimento), prescindendo dalle regole attraverso le quali si misura la consistenza del capitale e, quindi, della misura della partecipazione da parte del singolo socio.



sponsabilità<sup>35</sup> o comunque l'esclusione dall'amministrazione. Nella formulazione attuale, potrebbero probabilmente considerarsi femminili le imprese collettive in cui le donne detengano la maggioranza del capitale sociale o siano, in caso di soli conferimenti di opera o servizi o misti, numericamente maggioranza<sup>36</sup>, fermi, in ogni caso, gli ulteriori requisiti previsti dalla norma in merito alla partecipazione all'amministrazione e agli utili.

Una proposta alternativa al testo oggi depositato potrebbe essere quella di dare maggior peso alla donna nelle scelte di gestione. In altri termini, nelle società di persone, si potrebbe forse abbandonare definitivamente il requisito della partecipazione al capitale sociale, dando rilievo alla sola partecipazione femminile nell'amministrazione (che presuppone, a sua volta, la qualità di socio a responsabilità illimitata)<sup>37</sup> e la maggioranza della partecipazione alla divisione degli utili. In tal modo, valorizzando la contiguità tra l'impresa individuale e le società di persone come già propose un'importante dottrina<sup>38</sup>, si semplificherebbe la definizione dei requisiti e si supererebbe la questione della tipologia di conferimento nonché il tema della responsabilità limitata o illimitata dei soci<sup>39</sup>.

**4.1.1.** – Riguardo alle società di capitali, nel 2003 è stata introdotta una disciplina – totalmente trascurata dal Codice pari opportunità – profondamente diversa rispetto a quella fino ad allora vigente che consente, da un lato, nelle s.p.a. di adottare modelli alternativi di amministrazione e controllo e, dall'altro, di contrapporre la s.p.a. alla s.r.l. come modello più flessibile e aperto alle soluzioni anche fortemente personalistiche che l'autonomia privata può adottare. È quindi apprezzabile che nel progetto di legge AC 3250 si siano modellati in termini autonomi le definizioni di impresa femminile con riguardo tanto alla s.p.a. quanto alla s.r.l.

<sup>35</sup> Nulla escluderebbe infatti che sia prevista, a favore di alcuni soci, la limitazione di responsabilità *ex art.* 2267 cod. civ. (o *ex art.* 2291, comma 2, cod. civ.) o che vi siano soci accomandanti (art. 2320 cod. civ.). Tale limitazione convenzionale o legale sarà tuttavia preclusiva della possibilità di assumere il ruolo di amministratore. In argomento v. ora in S. PATRIARCA, *Sub 2267*, in S. PATRIARCA, I. CAPELLI, *Società semplice, Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Zanichelli, Bologna, 2021, 273, ove si rileva che “soltanto i soci non investiti a nessun livello della gestione della società possono avvalersi della clausola di limitazione (...)”.

<sup>36</sup> Resterebbe aperta la questione per i conferimenti che siano effettuati in parte mediante lavoro o servizi e in parte con denaro o beni in natura e crediti. Stante la precisa indicazione del 51 per cento del capitale sociale, salvo si acceda alla tesi *supra* richiamata della sostanziale capitalizzazione dei conferimenti di lavoro e servizi, dovrebbe aversi riguardo al valore di capitale sociale sottoscritto con i soli conferimenti di capitale. In sostanza, se vi fosse un solo socio di genere maschile che detiene il 51 per cento del capitale sociale, stante il dato letterale, sarebbe da escludere la possibilità di qualificare come femminile la società, anche se la maggioranza dei soci e la maggioranza degli utili spettasse a soci di sesso femminile.

<sup>37</sup> Per la tesi secondo cui l'amministratore potrebbe essere anche non socio v. I. CAPELLI, *Sub 2257*, in S. PATRIARCA, I. CAPELLI, *Società semplice, Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, cit., 153 ss. e S. PATRIARCA, *Sub 2266*, ivi, 257 ss. Nella manualistica v. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Utet giuridica, Milano, 2015, 153 ss. In giurisprudenza v. ora Trib. Roma, 25 agosto 2021, commentata da L. FARENGA, *Amministratore non socio nelle società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, II, 291 ss.

<sup>38</sup> Cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 2013, 62 s.

<sup>39</sup> In altri termini nel caso di società di persone, potrebbe considerarsi femminile l'impresa in cui vi sia almeno una socia illimitatamente e solidalmente responsabile che ricopra altresì il ruolo di amministratore unico e rappresentante della società o, in caso di amministrazione affidata a più persone, ricorrano congiuntamente i seguenti requisiti: *i)* presenza tra gli amministratori di almeno una donna che sia altresì socia solidalmente e illimitatamente responsabile; *ii)* previsione nell'atto costitutivo della distribuzione di almeno il 51 per cento degli utili a soci di sesso femminile; *iii)* previsione nell'atto costitutivo che operi il sistema di amministrazione congiuntiva ai sensi dell'articolo 2258 cod. civ. almeno con riguardo all'istituzione e modifica degli assetti di cui all'articolo 2086 cod. civ., alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari.



Nel caso di società per azioni, sono considerate imprese femminili quelle in cui solo la maggioranza del 51 per cento del capitale sia sottoscritta da donne, alle quali spetti *altresì* una posizione di potere in ordine alla organizzazione e/o alla gestione della società. È quindi femminile la s.p.a. in cui, ferma la detenzione della maggioranza del capitale, anche alternativamente<sup>40</sup>, le donne:

- abbiano la maggioranza del diritto di voto sulle materie di competenza dell'assemblea ordinaria;
- siano numericamente maggioranza negli organi di amministrazione o sia donna l'amministratore delegato (o la maggioranza nel comitato esecutivo) o l'amministratore unico oppure il direttore generale;
- siano numericamente maggioranza nel consiglio di gestione o nel consiglio di sorveglianza se a questo sono state attribuite competenze di alta amministrazione (art. 2409-*terdecies*, lett. f-*bis*), cod. civ.).

Circa il diritto di voto è evidente si sia voluto evitare che fosse consentito all'autonomia statutaria di disancorare la partecipazione al capitale dall'effettivo esercizio (del potere organizzativo) dell'impresa. Nella formulazione attuale, la previsione ha quindi solo un significato negativo, ossia di limite alla libertà statutaria<sup>41</sup> di rimodulare il diritto di voto in termini tali da consentire ai soci di genere maschile, detentori di una quota di minoranza, di disporre della maggioranza dei voti nelle materie in cui l'assemblea è chiamata ad assumere decisioni rilevanti per la sorte dell'impresa. All'assemblea ordinaria compete, infatti, tra l'altro, l'approvazione del bilancio, la nomina, la revoca e la promozione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori (art. 2364 cod. civ.).

Tuttavia si sarebbe potuto accentuare, anche in questo caso, la partecipazione all'impresa da parte delle donne, abbandonando il requisito della partecipazione al capitale sociale o rendendo indifferente la misura di partecipazione allo stesso. In tal modo, riconoscendo un significato anche positivo (e non solo negativo) all'autonomia statutaria, si potrebbe agevolare, altresì in ordine ai passaggi generazionali, il progressivo inserimento delle donne nella gestione attiva delle imprese senza l'attribuzione alle stesse della partecipazione minima necessaria al capitale sociale<sup>42</sup>. Il riferimento al "diritto di voto" attribuito alle socie, "anche attraverso apposite clausole statutarie", se slegato dalla partecipazione minima al capitale sociale, potrebbe consentire, infatti, di dare valore pieno e decisivo alla titolarità del diritto di voto, mediante la costituzione di categorie di azioni che consenta un rafforzamento, in sede di assunzione della delibera, del peso del genere femminile nella formazione della volontà sociale, ovvero, specularmente, che un depotenziamento dell'incidenza della volontà dei soci di genere maschile con l'attribuzione a questi ultimi di azioni senza diritto di voto o con diritto di voto limitato o scaglionato *ex art.* 2351 cod. civ. Naturalmente tali prescrizioni *potranno*

---

<sup>40</sup> Sul piano letterale non è espressamente previsto che le diverse condizioni operino alternativamente e non cumulativamente. Peraltro, tenuto conto della finalità della proposta di legge, è chiaro che le diverse ipotesi sono ciascuna equivalente all'altra e, quindi, reciprocamente alternative. Inoltre, talune fattispecie indicate nell'elenco contrassegnato con numeri arabi sono tra loro incompatibili, come quelle che fanno riferimento al sistema dualistico e quelle che riguardano la *governance* del modello tradizionale e monistico. Sul piano logico ne consegue che nulla osta a che, se compatibili, possano ricorrere più condizioni tra quelle elencate, ma che tale cumulo non possa essere considerato necessario ai fini dell'acquisizione dello *status* di impresa femminile.

<sup>41</sup> Probabilmente, più che di un limite alla libertà statutaria si dovrebbe parlare di un elemento costitutivo della fattispecie. In sostanza, la previsione normativa detta le condizioni necessarie perché trovi applicazione la particolare disciplina prevista per l'impresa che possa vantare lo *status* di impresa femminile e, ai fini dell'acquisizione dello stesso, è necessario vi siano quei requisiti che la legge impone nel delineare la fattispecie di impresa femminile.

<sup>42</sup> È evidente che tale soluzione si pone su una linea di politica legislativa speculare a quella che emerge soprattutto da uno dei due versanti che portano alla definizione di impresa femminile nell'attuale quadro normativo che valorizza in misura pressoché esclusiva la partecipazione al capitale sociale.





avere riflesso altresì sulla previsione di apposite limitazioni alla circolazione delle partecipazioni a titolo oneroso e gratuito<sup>43</sup>.

Tornando alla proposta di legge AC 3250, a maggior ragione saranno imprese femminili quelle in cui – ferma la partecipazione al capitale sociale del 51 per cento e a prescindere dall’esercizio del diritto di voto – l’organo che assume decisioni di (gestione e/o di amministrazione di) impresa sia prevalentemente composto da donne. In tal modo si vuole valorizzare non tanto la presenza di donne nei consigli di amministrazione (a cui è dedicata – come subito si vedrà – una apposita disciplina), quanto la centralità delle donne nei momenti decisionali che attengono ai profili strategici e operativi dell’impresa collettiva. Infatti, diversamente da quanto prevede la l. n. 120/2011<sup>44</sup>, con la quale si obbligano le società a controllo pubblico e le società quotate ad inserire donne nei consigli di amministrazione, nel progetto di legge in commento l’impresa può dirsi femminile se il potere di assumere scelte d’impresa spetta a donne. Ecco quindi l’importanza di avere la maggioranza dei voti negli organi collegiali in cui sono assunte scelte di impresa, ossia il consiglio di amministrazione o il consiglio di gestione, ma anche nel consiglio di sorveglianza – in caso di attribuzione allo stesso di decisioni in materia di operazioni strategiche e di piani industriali e finanziari (art. 2409-*terdecies*, lett. f-*bis*), cod. civ.) – o ancora nel comitato esecutivo o sia donna l’amministratore delegato. In mancanza di un organo di amministrazione collegiale, sarà sufficiente che sia donna l’amministratore unico o il direttore generale perché si possa parlare di impresa femminile.

Nel caso di adozione del modello normativo della s.r.l., l’impresa potrà qualificarsi come femminile se, ferma la condizione che la maggioranza del capitale sia posseduto da donne, si preveda (“in ogni caso”) nell’atto costitutivo che “l’organo amministrativo sia composto da un unico amministratore donna o in maggioranza da donne, che l’amministratore delegato sia una donna, che la maggioranza del comitato esecutivo sia costituita da donne o che il direttore generale sia una donna ovvero che, in caso di previsione dell’atto costitutivo che introduca modelli decisori collettivi diversi dal consiglio di amministrazione, alle donne spetti il consenso determinante in caso di decisioni su operazioni straordinarie e piani industriali” (art. 53, comma 2, lett. d, nel testo novellato dal progetto di legge AC 3250).

Il riferimento all’autonomia statutaria consente di mettere in evidenza due profili.

Innanzitutto, la proposta di legge, se ci si limita al dato testuale, introduce meccanismi diretti ad irrigidire la *governance* della s.r.l. rispetto alla s.p.a., poiché mentre nella disciplina di quest’ultima, al tempo del rin-

---

<sup>43</sup> La possibilità – non già la necessità – che si introducano clausole che assicurino la perdurante persistenza dei requisiti anche in sede di trasferimento della partecipazione si lega alla circostanza che la qualifica formale di impresa femminile deve considerarsi, come si è avvertito, uno *status*. Pertanto, il livello di blindatura giuridica di tale non può che essere riservato all’autonomia statutaria: la legge definirà infatti solo le condizioni necessarie per la fattispecie. Peraltro, l’introduzione di clausole di limitazione della circolazione delle partecipazioni non sarebbe neutra sul piano degli effetti che immediatamente ne conseguirebbero. Ai sensi dell’art. 2437, comma 2, lett. b, cod. civ. l’introduzione di vincoli alla circolazione delle partecipazioni legittima l’esercizio del diritto di recesso con possibili rilevanti effetti sull’equilibrio patrimoniale e finanziario della società sino al suo scioglimento (cfr. art. 2437-*quater* cod. civ.).

<sup>44</sup> Con riguardo al genere meno rappresentato in consiglio di amministrazione, con la l. n. 120/2011 (e il d.P.R. n. 251/2012) si sono introdotte regole puntuali per le società quotate e le società a controllo pubblico (v. ora l’art. 11, comma 4, d.lgs. n. 175/2016). La norma è ispirata anche a ragioni efficientistiche e quindi di impresa, non solo di riequilibrio di genere, particolarmente sentite sia per le società quotate che per le società a controllo pubblico. Cfr. L. CALVOSA, S. ROSSI, *Gli equilibri di genere negli organi di amministrazione e controllo delle imprese*, in *Osservatorio dir. civ. comm.*, 2013, 9 ss.; U. MORERA, *Sulle ragioni dell’equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 155 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *L’introduzione delle c.d. quote rosa negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 309 ss.; AA.VV., *Speriamo che sia femmina: l’equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell’esperienza italiana e comparata*, a cura di M. CALLEGARI, E.R. DESANA, M. SARALE, *Collane@unito.it*, 2021.



novo delle cariche sociali, i soci saranno liberi di nominare un organo amministrativo composto da sole persone di genere maschile (ancorché ciò determini la perdita dello *status* di impresa femminile), nel caso delle s.r.l. tale scelta implicherebbe, a monte, una modifica dell'atto costitutivo. La *ratio* del diverso trattamento potrebbe forse rintracciarsi nella circostanza che, mentre nelle s.p.a. la nomina è in ogni caso di durata limitata (massimo tre esercizi ai sensi dell'art. 2383, comma 2, cod. civ.), nelle s.r.l. la nomina dell'amministratore è, salvo diversamente disposto nell'atto costitutivo, senza limiti di tempo (v. art. 2475 cod. civ.). Peraltro, tale argomento appare – sul piano sistematico – piuttosto fragile e non sembra giustificato alla luce delle relazioni che il diritto societario pone tra i tipi sociali della s.p.a. e della s.r.l. Inoltre, la previsione della costituzione di un'apposita sezione nel registro delle imprese (su cui si tornerà *infra* § 4.2) è diretta a introdurre un meccanismo per assicurare la flessibilità nella attribuzione dello *status* di impresa femminile. In altri termini, la sezione speciale consente di *decidere* di essere, ai fini dell'accesso alle provvidenze di legge, temporaneamente e non strutturalmente impresa femminile.

Si potrebbe allora tentare di suggerire una diversa interpretazione del testo normativo proposto con il progetto di legge AC 3250 per rendere lo stesso più coerente con la duttilità della s.r.l. rispetto alla s.p.a. La chiave di volta, anche in questo caso, è costituita dalla svalutazione della rilevanza di una soglia di partecipazione al capitale sociale da parte delle donne. Il testo proposto consente di sviluppare un duplice ordine di considerazioni. Si potrebbe, infatti:

*i)* sganciare e porre come alternativa la partecipazione femminile al capitale piuttosto che alla gestione. In altri termini, si potrebbe considerare impresa femminile quella in cui il capitale sia detenuto per almeno il 51 per cento da donne “e, in ogni caso”, ossia anche a prescindere dalla partecipazione al capitale o comunque da una soglia minima di partecipazione, quella in cui le donne abbiano ruoli organizzativi e gestionali determinanti per le scelte di impresa. In questo caso si giustificerebbe l'inserimento di una “rigidità” statutaria che compensi la possibilità di avere società che possano qualificarsi come imprese femminili anche in assenza di partecipazione di donne al capitale sociale. Peraltro occorre anche ricordare che nella s.r.l. i soci possono interagire nelle scelte di gestione pur rimanendo estranei all'organo amministrativo. L'art. 2479 cod. civ. attribuisce infatti a uno o più amministratori o a un terzo dei soci il potere di devolvere ai soci le decisioni di competenza degli amministratori. È chiaro quindi che i soci che avessero la maggioranza del capitale sociale potrebbero non solo attribuirsi statutariamente la competenza a decidere su talune questioni rilevanti per la gestione, ma anche sottrarre agli amministratori il potere gestorio, intervenendo direttamente nella decisione di questioni strategiche decisive per l'impresa. Occorre tuttavia rilevare che, innanzitutto, una sistematica o non solo occasionale devoluzione ai soci delle competenze gestorie sarebbe da intendersi quale comportamento abusivo<sup>45</sup>. In secondo luogo, è possibile prevenire il fenomeno della devoluzione a favore dei soci delle decisioni gestorie con rigidi filtri statutari che limitino o eliminino tale potere devolutivo<sup>46</sup>;

*ii)* estendere la fattispecie facendo leva sui particolari diritti dei soci. Ai sensi dell'art. 2468, comma 3 e 4,

<sup>45</sup> In dottrina rileva l'illiceità della sistematica devoluzione ai soci delle competenze degli amministratori S. SANZO, *Le decisioni dei soci*, in AA.VV., *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. SERALE, Zanichelli, Bologna, 2008, 353.

<sup>46</sup> In dottrina la soluzione non è pacifica. A favore della possibilità di escludere il potere devolutivo con un'apposita clausola statutaria v. G. ZANARONE, *Sub art. 2479*, in *Della società a responsabilità limitata*, ne *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2010, 940, nonché N. ABRIANI, M. MALTONI, *Elasticità organizzativa e riparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *RDS*, 2007, 23 ss. *Contra* v. O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, V, 1, Cedam-WKI, Padova, 2014, 290.



cod. civ. è possibile prevedere che un socio si riservi particolari diritti riguardo l'amministrazione e la partecipazione agli utili. Ebbene è chiaro che se si ammette che, almeno nelle s.r.l., sia possibile, a certe condizioni, prescindere dalla partecipazione di donne ad almeno il 51 per cento del capitale sociale, potrebbe considerarsi femminile l'impresa che presenta i seguenti assetti di poteri:

a) con riguardo al versante *proprietario*:

– se il 51 per cento del capitale sociale è detenuto da donne;

– se anche una sola socia si è riservata nell'atto costitutivo particolari diritti che consentano di realizzare, seppur attraverso l'esercizio degli stessi, le medesime prerogative che il socio di maggioranza potrebbe realizzare. Si pensi alla nomina degli amministratori (anche se tutti di genere maschile) e alle decisioni (in particolare legate a competenze analoghe dell'assemblea ordinaria di s.p.a. (previste dall'art. 2364 cod. civ.), ma anche al diritto di attrarre a sé decisioni dei gestori ai sensi dell'art. 2479 cod. civ.<sup>47</sup>;

b) con riguardo al versante *gestorio*:

– se il consiglio è composto per la maggioranza da donne, o se è donna l'amministratore delegato, l'amministratore unico o il direttore generale;

– se un socio donna si riserva il diritto di essere amministratore unico della società o direttore generale della stessa;

– non limitando l'apertura statutaria alle sole ipotesi di adozione di modelli alternativi decisori non collegiali (ossia a forme di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva), ma a prescindere dal modello di amministrazione, se un socio donna si riserva il diritto particolare di veto in ordine alle decisioni di carattere strategico (relative cioè alle scelte di fondo che connotano l'impresa e la sua capacità di operare nella dinamica competitiva) o di approvazione del piano industriale<sup>48</sup>.

Come si vede dalle esemplificazioni elaborate approfittando degli spazi consentiti dal dato letterale del testo normativo proposto, dando peso alla partecipazione al capitale sociale, anche nella s.r.l. si potrebbe giungere a qualificare come femminile una impresa in cui il ruolo della donna rischia di essere non particolarmente rilevante sulle scelte di impresa. Ha quindi probabilmente molto più senso altresì per le s.r.l. eliminare o svilire il riferimento alla partecipazione al capitale sociale<sup>49</sup> che lo stesso legislatore ha depotenziato sul

---

<sup>47</sup> In dottrina si è ritenuto legittimo estendere il peso del potere devolutivo agevolando il suo esercizio con un abbassamento delle soglie previste dalla legge. Cfr. R. LENER, *Decisioni dei soci*, in AA.VV., *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A.A. DOLMETTA, G. PRESTI, Giuffrè, Milano, 2011, 789.

<sup>48</sup> Pur mancando una definizione univoca di piano industriale, il Codice di *Corporate Governance*, 2020, lo descrive come "il documento programmatico nel quale sono definiti gli obiettivi strategici dell'impresa e le azioni da compiere al fine di raggiungere tali obiettivi in coerenza con il livello di esposizione al rischio prescelto, nell'ottica di promuovere il successo sostenibile della società (...)". Quest'ultimo è definito dallo stesso Codice come l'«obiettivo che guida l'azione dell'organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società». Cfr. M. VENTORUZZO, *Il nuovo Codice di Corporate Governance 2020: le principali novità*, in *Società*, 2020, 439 ss., in part. 440 s.

<sup>49</sup> In sostanza si potrebbe riformulare la previsione relativa alla definizione di impresa femminile che adotta il modello societario della s.r.l. prevedendo che è da considerarsi impresa femminile la società a responsabilità limitata in cui l'atto costitutivo preveda, anche alternativamente, che: *i*) l'amministrazione sia affidata ad un amministratore unico donna o, in caso di amministrazione plurisoggettiva, l'organo amministrativo sia composto in maggioranza da donne o che l'amministratore delegato sia una donna o che la maggioranza del comitato esecutivo sia costituita da donne o, infine, che il direttore generale sia una donna; *ii*) ai sensi dell'articolo 2479 cod. civ., sia riservato ai soci, in maggioranza donne, almeno la competenza sulle operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari e il parere sulla istituzione degli assetti organizzativi di cui all'articolo 2086 cod. civ., ferma la competenza esclusiva degli amministratori circa la loro istituzione ai sensi dell'art. 2475 cod. civ.; *iii*) ai sensi dell'articolo 2468 cod. civ., i diritti, i poteri e le competenze indicati ai numeri 1 e 2 della presente lettera siano attribuiti, anche congiuntamente, a donne.



piano della funzione di garanzia (potendo essere pari anche ad un solo euro) e reso modellabile su quello della funzione organizzativa, con la deroga alla proporzionalità tra valore del conferimento e misura della partecipazione e tra questa e i diritti particolari dei soci<sup>50</sup>.

Nulla si dice, nella disciplina dedicata alla impresa femminile in forma di s.r.l., sulla possibilità di acquisire lo *status* in parola per effetto del riconoscimento della maggioranza dei voti in assemblea su determinate materie di competenza dei soci. Nelle s.p.a., come si è visto, è sufficiente che le donne dispongano, oltre ad almeno il 51 per cento del capitale sociale, della maggioranza del diritto di voto nell'assemblea ordinaria. Non sembra peraltro vi siano particolari ostacoli all'estensione analogica della norma, anche in considerazione della disciplina speciale che consente, nelle s.r.l. PMI, di creare categorie di quote<sup>51</sup>. In altri termini, pur essendo auspicabile una modifica espressa sul punto del progetto di legge AC 3250 potrebbe ipotizzarsi che possa considerarsi femminile una s.r.l. in cui, oltre alla maggioranza del capitale sociale, le donne dispongano della maggioranza dei diritti di voto su materie rilevanti per l'organizzazione e la gestione dell'impresa quali: l'approvazione del bilancio, la nomina (e la revoca) degli amministratori e l'approvazione di operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale ai sensi dell'art. 2479 n. 5 cod. civ.

**4.1.2.** – L'impostazione della disciplina contenuta nella proposta di legge AC 3250 permette di sviluppare alcuni momenti di riflessione. Innanzitutto sparisce, come si è anticipato, l'indicazione dei soggetti destinatari dell'azione positiva, facendo così cadere il limite soggettivo dell'accesso agli strumenti di supporto all'imprenditoria<sup>52</sup>, coerentemente con il peso finalistico dell'azione positiva che tende a realizzare i principi guida della rimozione degli ostacoli alla parità e del favore verso la libertà d'impresa. Come si vedrà (*infra* § 4.3), diventa centrale infatti l'idoneità del progetto presentato di realizzare tali fini nell'ambito delle azioni e degli strumenti previsti, non il soggetto che lo presenta.

In secondo luogo, concentrare l'attenzione sulla definizione di impresa femminile come attività economica esercitata dall'imprenditrice, consente di disegnare – sul piano sistematico – la figura dell'imprenditrice come di colei che assume su di sé la direzione d'impresa (art. 2086 cod. civ.) e la responsabilità (art. 2087 cod. civ.). Sarebbe coerente con tale impostazione affermare che la “proprietà”, ossia la partecipazione (minima) al capitale, non è più da considerarsi un criterio necessario per poter parlare di impresa femminile se non quando allo stesso si ricollega *necessariamente* il potere di gestire l'impresa, come (normalmente) accade nelle società di persone e come potrebbe accadere nelle s.r.l. che adottano una spiccata vocazione personalistica.

In terzo luogo, diversamente rispetto a quanto accade per i disegni di legge in materia di impresa femminile in agricoltura, la definizione che ricorre nell'art. 2 progetto di legge AC 3250 rafforza la centralità del Codice pari opportunità poiché lo stesso tornerebbe ad essere un punto di riferimento imprescindibile rispetto a tutte le discipline promozionali o incentivanti l'imprenditoria femminile. Inoltre, la novella realiz-

---

<sup>50</sup> Cfr., per tutti, G. ZANARONE, *Sub art. 2468*, in *Della società a responsabilità limitata*, ne *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2010, 516 ss.

<sup>51</sup> Cfr. O CAGNASSO, *S.R.L. aperta*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 1208 ss., in part. 1211 ss.

<sup>52</sup> Con riguardo alla definizione che figurava nella l. n. 215/1995, G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., 535, osservavano che la “fattispecie imprenditoriale” dell'impresa femminile è “distinguibile dagli altri modelli di impresa essenzialmente sotto il profilo soggettivo”.



zerebbe l'ulteriore obiettivo di tecnica legislativa di limitare il proliferare di nozioni e, quindi, le difficoltà interpretative. Si pensi, ad esempio, al significato da attribuire alla locuzione "amministrate e condotte", con riguardo alle imprese agricole potenzialmente beneficiarie di mutui agevolati (art. 2, lett. c), d.m. 9 luglio 2020, cit.): la presenza di una definizione come quella prevista dal progetto di legge AC 3250 sarebbe un valido riferimento interpretativo senza per ciò precludere la definizione di più stringenti criteri in funzione al carattere agricolo dell'attività, laddove tale diversa nozione si giustifichi rispetto a specifiche o speciali finalità di tutela.

In quarto luogo, le definizioni di impresa femminile e di imprenditrice consentono di poter beneficiare di criteri utili per individuare la fattispecie anche in presenza di modalità organizzative non richiamate nell'art. 2 proposta di legge AC 3250. Ferma l'opportunità di integrare la proposta di legge con la definizione, ad esempio, di contratto di rete di imprese (femminile), piuttosto che di impresa (femminile) familiare o di azienda (femminile) coniugale, è comunque possibile delinearne in via interpretativa la nozione. Con riguardo al contratto di rete di imprese potrà considerarsi femminile se la maggioranza delle imprese aderenti è, ai sensi delle definizioni *supra* esaminate, un'impresa femminile, nonché l'organo di gestione della rete è in prevalenza composto da donne. Peraltro, a tal ultimo proposito, ci si potrebbe spingere oltre considerando femminile, similmente a quanto si è proposto con riguardo alla s.r.l., anche la rete in cui il solo organo di governo della rete sia almeno in maggioranza costituito da donne. In ogni caso, non sembra necessario, ed anzi è probabilmente controproducente, prevedere che le imprese aderenti al contratto di rete siano tutte imprese femminili, in quanto ciò potrebbe portare ad una eccessiva chiusura rispetto alle opportunità di interazioni con altre imprese. Manca infatti una massa critica, in termini numerici ma anche (salve probabilmente solo poche eccellenze legate a beni di nicchia o prodotti realizzati da imprese innovative) di copertura di una significativa quota di mercato, per promuovere un fenomeno aggregativo di sole imprese femminili. A maggior ragione ciò dovrebbe valere nel contesto agricolo dove avrebbe molto senso, per favorire la nascita e lo sviluppo di imprese femminili, agevolare la costituzione di reti femminili (v. art. 5, comma 4, testo unificato sull'impresa femminile in agricoltura), che cumulerebbero, oltre alle azioni positive, i benefici derivanti dalla disciplina delle reti in agricoltura, in termini, ad esempio, di gestione del rapporto di lavoro subordinato (v. art. 30 e 31 all'art. 31 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276)<sup>53</sup> e di acquisizione "a titolo originario della quota di prodotto convenuta nel contratto di rete" (v. art. 1-bis, comma 3, d.l. n. 91/2014).

Più semplice è il caso di impresa familiare: la stessa sarà femminile se il titolare indicato nel registro delle imprese è donna. Diversamente per le aziende coniugali *ex art. 177, lett. d), cod. civ.* potrà considerarsi femminile l'impresa in cui alla donna è delegata la gestione ai sensi dell'art. 182, comma 2, cod. civ.

**4.2.** – L'istituzione della sezione speciale del registro delle imprese è strumentale a completare, sul piano della legittimazione all'accesso ai benefici di legge, la definizione dell'impresa femminile. Impresa femminile è tale se la stessa può vantare sia i connotati strutturali *supra* descritti che l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese.

---

<sup>53</sup> Nella circolare INAIL del 3 agosto 2022, avente ad oggetto *Comunicazioni dei rapporti di lavoro in regime di codatorialità. Modello Unirete. Decreto del Ministro del lavoro 29 ottobre 2021, n. 205. Inquadramento previdenziale e assicurativo. Indicazioni operative*, viene ricostruita la disciplina e si offrono utili indicazioni per delimitare, almeno ai fini delle comunicazioni INAIL, le fattispecie di rapporto di lavoro a cui si fa riferimenti nel testo.





L'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese ha dunque efficacia normativa nel senso che, come già accade per esempio per la società *start-up* innovativa (art. 25 d.l. n. 179/2012), consente l'applicazione della disciplina speciale che, in questo caso, è quella incentivante per l'avvio o il consolidamento dell'impresa. Ne consegue che lo *status* di impresa femminile può essere anche temporaneo e non strutturale. In tal modo, favorendo un meccanismo flessibile, si agevola la propensione ad acquisire i requisiti per l'iscrizione, consapevoli che non si tratta di una condizione irreversibile.

Si può quindi affermare che:

*i)* essere "impresa femminile" risponde ad una precisa volontà dell'imprenditore e si traduce in una strategia di impresa che può contare su risorse per finanziare determinate azioni. In altri termini, anche se l'impresa presenta i requisiti fattuali e giuridici richiesti per assumere lo *status* di femminile, tale non è in assenza di una precisa volontà che trova la sua formale e rilevante manifestazione nell'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese. Questa soluzione sembra coerente con la considerazione che l'impresa non ha genere: la libertà d'impresa impone di mettere chiunque nella condizione di esercitare l'attività economica nel mercato competitivo, superando le differenze socio-economiche o di genere che possono precludere il pieno esplicarsi della libertà;

*ii)* "impresa femminile" è uno *status*, non una caratteristica intrinseca dell'impresa o della tipologia di attività esercitata;

*iii)* "impresa femminile" è una condizione che può essere anche transeunte, non necessariamente permanente;

*iv)* diventa agevole – grazie all'iscrizione dell'impresa femminile (altresi) in un'apposita sezione del registro delle imprese – accertare la sussistenza dei presupposti per l'accesso alle misure premiali o agevolative anche in sede di verifica *ex post* delle condizioni per l'erogazione della misura di sostegno pubblico;

*v)* il meccanismo fondato sulla autocertificazione dei requisiti espone il dichiarante a responsabilità penali per dichiarazione falsa o mendace e l'impresa alla restituzione di quanto indebitamente percepito oltre, a titolo sanzionatorio, di quanto percepito nell'anno (solare) precedente.

**4.3.** – Ulteriore profilo di novità introdotto dalla proposta di legge AC 3250 è – come anticipato – il superamento dell'impostazione oggi accolta nell'art. 53 del Codice pari opportunità che si limita ad individuare i *soggetti* a cui si rivolgono "i principi in materia di azioni positive per l'imprenditoria femminile". Si è preferito, dunque, dare credito, da un lato, alla individuazione (dell'imprenditrice e) dell'impresa femminile e, dall'altro, valorizzando un approccio oggettivo, a progetti relativi alle attività finanziabili. Si prevede infatti (art. 3 proposta di legge AC 3250 che novella 54, comma 2 e 3, Codice pari opportunità) un "Fondo a sostegno dell'imprenditoria femminile", annualmente alimentato da stanziamenti a valere sia sulla legge di bilancio di previsione dello Stato (v. l. n. 178/2020, art. 1, comma 97 ss.) che sulle risorse messe a disposizione dal PNRR e, contestualmente, un elenco, da un lato, di attività finanziabili (art. 3 proposta di legge AC 3250 che novella 54, comma 1, Codice pari opportunità) e, dall'altro, di strumenti attraverso i quali il sostegno concretamente si potrà realizzare. Un modello normativo già previsto dalla l. n. 178/2020, art. 1, comma 97 ss.

Conseguenza del superamento della logica soggettiva è quella che potranno essere accolte proposte di supporto di attività finanziabili provenienti dalle stesse imprese femminili, ma anche da soggetti diversi, co-



me gli incubatori di impresa, le organizzazioni rappresentative, ma anche le Università o i centri di ricerca pubblici o privati.

Inoltre, entrambi gli elenchi (azioni finanziabili e strumenti di supporto) non sono tassativi, come dimostra l'inciso "tra l'altro" che li introduce<sup>54</sup>. Le attività finanziabili e gli strumenti saranno integrabili infatti sulla base di provvedimenti normativi attuativi dei principi de "l'uguaglianza sostanziale e le pari opportunità tra uomini e donne nell'attività economica e imprenditoriale".

L'importanza di ridare centralità alla definizione di impresa femminile emerge anche da un altro versante che attiene alle misure di sostegno al credito<sup>55</sup>, piuttosto che al capitale con il Fondo di sostegno al *venture capital*<sup>56</sup>, prevedendo appositi requisiti di composizione del capitale e partecipazione alla gestione. Anche in questi casi è essenziale una disposizione di carattere generale che definisca l'impresa femminile e operi altresì come elemento di raccordo o almeno di riferimento per la disciplina speciale e settoriale.

**4.4.** – Nella proposta di legge AC 3250 vi sono due termini particolarmente significativi per comprendere la portata dell'intervento normativo: cultura e valore. La prima è richiamata con riguardo alla "diffusione di una cultura imprenditoriale" come una delle finalità perseguibili con le risorse messe a disposizione dal *Fondo per il sostegno dell'imprenditoria femminile* (art. 3, che novella l'art. 54, comma 1, lett. b), Codice pari opportunità e art. 21 del d.m. MISE di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Fi-

<sup>54</sup> A tal proposito, il "Comitato nazionale per l'imprenditoria femminile", presso il Ministero dello sviluppo economico, tra l'altro, "contribuisce ad aggiornare le linee di indirizzo per l'utilizzo delle risorse del Fondo di cui al comma 1" (art. 3 proposta di legge AC 3250 che novella 54, comma 6 e 7, Codice pari opportunità).

<sup>55</sup> Si pensi al Fondo di garanzia PMI che comprende una Sezione Speciale "imprenditoria femminile", istituita (ai sensi del decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico del 26 gennaio 2012) con convenzione del 14 marzo 2013 stipulata tra la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Pari Opportunità, il Ministero dello Sviluppo Economico e il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Tale fondo partecipa alla copertura del rischio sulle operazioni di garanzia concesse a favore delle imprese femminili definite ai sensi art. 2, comma 1, lettera a) della l. n. 215/1992 (e quindi oggi all'art. 53, lett. a, Codice pari opportunità).

<sup>56</sup> Si pensi che la l. n. 198/2020, all'art. 1, comma 107, prevede l'assegnazione di risorse aggiuntive al Fondo di sostegno al *venture capital* (art. 1, comma 209, l. 30 dicembre 2018, n. 145), "finalizzate a sostenere investimenti nel capitale di rischio per progetti di imprenditoria femminile a elevata innovazione ovvero a contenuto di innovazione tecnologica (...) realizzati entro i confini del territorio nazionale da società il cui capitale è detenuto in maggioranza da donne". A tal proposito occorre ricordare che nella Comunicazione della Commissione, *Piano d'azione imprenditorialità 2020*, del 9 gennaio 2013 COM(2012) 795 final, si sottolinea l'importanza dei fondi di *venture capital* per l'impresa sociale. Successivamente sono stati approvati due regolamenti: il Regolamento 345/2013/UE, relativo ai fondi europei per il *venture capital* (EuVECA) e il Regolamento UE 346/2013/UE, relativo ai fondi europei per l'imprenditoria sociale (EuSEF). Nel primo si precisa che i fondi *venture capital* «stimolano la crescita economica, contribuiscono alla creazione di posti di lavoro e alla mobilitazione di capitali, favoriscono la creazione e lo sviluppo di imprese innovative, incrementano i loro investimenti in ricerca e sviluppo e favoriscono l'imprenditorialità, l'innovazione e la competitività, in linea con gli obiettivi della strategia Europa 2020, stabiliti nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 intitolata "Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" (Europa 2020)» (Considerando 1 reg. 345/2013/UE). Il secondo regolamento rientra nell'ambito dell'iniziativa per l'imprenditoria sociale istituita dalla Commissione nella sua comunicazione del 25 ottobre 2011 *Iniziativa per l'imprenditoria sociale – Costruire un ecosistema per promuovere le imprese sociali al centro dell'economia e dell'innovazione sociale*. Tale regolamento «stabilisce requisiti e condizioni uniformi per i gestori di organismi di investimento collettivo che intendono utilizzare la denominazione "EuSEF" in relazione alla commercializzazione di fondi qualificati per l'imprenditoria sociale nell'Unione, contribuendo così al corretto funzionamento del mercato interno» (art. 1 reg. 346/2013/UE). Le ultime modifiche ai citati regolamenti sono state recepite dal diritto italiano con il d.lgs. 2 agosto 2022, n. 113, recante *Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE)2017/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2017, che modifica il regolamento (UE) n.345/2013 relativo ai fondi europei per il venture capital e il regolamento (UE) n. 346/2013 relativo ai fondi europei per l'imprenditoria sociale*.



nanze e con il Ministro per le pari opportunità e la famiglia del 30 settembre 2021), mentre il secondo è contemplato tra le azioni per realizzare tali finalità, quando nel comma 3, lett. *a*, dello stesso articolo si parla di “promozione del valore dell’impresa nelle istituzioni pubbliche e private, comprese quelle scolastiche e universitarie”.

Il riferimento alla “cultura” non è isolato: il legislatore vi ricorre in diverse occasioni<sup>57</sup>, ma con riguardo all’imprenditoria femminile, vi sono già indicazioni, ad esempio, nella l. n. 178/2020, comma 97 ss. e nel testo unificato delle proposte di legge in materia di impresa femminile in agricoltura recante *Disposizioni per la promozione del lavoro e dell’imprenditoria femminile nel settore dell’agricoltura, delle foreste, della pesca e dell’acquacoltura* (art. 2, lett. *g*). Correlata al valore dell’impresa, la cultura assume significato specifico: l’impresa è un valore quando è esercitata in modo corretto, ossia disponendo di conoscenza e competenza. L’imprenditore deve disporre di una adeguata preparazione non solo per dialogare con i consulenti senza esserne succube, ma anche per assumere scelte gestorie connotate da un equilibrato approccio al rischio di impresa<sup>58</sup>. Il progetto di legge AC 3250 orienta le risorse verso le imprese che ambiscono a competere in modo durevole nel mercato anche grazie a strumenti intellettuali adeguati<sup>59</sup>. Nel mercato le imprese non si distinguono per genere, ma per capacità competitiva e lo Stato deve, anche con azioni positive, contribuire a rimuovere gli ostacoli (economici, ma anche culturali e sociali) che precludono alle buone imprese di nascere e operare. In altri termini, come già accade in tutt’altro contesto, ad esempio per gli appalti pubblici<sup>60</sup>, la disciplina speciale propone – e, per determinati operatori economici, impone – schemi normativi virtuosi che dovrebbero sollecitare, in questo caso, le imprese non femminili ad adottare le medesime soluzioni organizzative per continuare a competere nel mercato. In questo senso l’impresa femminile può costituire un modello di corretta gestione di impresa a cui anche le altre imprese dovranno tendere realizzando così, mediante l’intervento pubblico, un effetto ulteriore, generale ed espansivo delle azioni positive, con un conseguente generalizzato benessere per la collettività.

---

<sup>57</sup> Si pensi all’art. 25 d.l. n. 179/2012 che, introducendo l’“impresa startup innovativa”, precisa che le “disposizioni della presente sezione intendono (...) contribuire allo sviluppo di nuova cultura imprenditoriale (...)”. Ma lo stesso spirito è anche al fondo della rinnovata terminologia della disciplina della crisi, come conferma la relazione accompagnatoria al d.lgs. n. 14/2019.

<sup>58</sup> In argomento v. ora D. GALLETI, *Le politiche di gestione del rischio. Modelli giuridici per l’assunzione delle decisioni d’impresa*, cit., *passim*.

<sup>59</sup> È da condividere, infatti, alla luce del testo vigente, la critica mossa da C. GOLINO, *Prospettive per una nuova valorizzazione della libertà di iniziativa economica di giovani e donne nel framework legislativo europeo e nazionale*, cit., 28, per la quale in “mancanza di una strategia volta a valorizzare una azione imprenditoriale competitiva e concorrenziale di questi soggetti [giovani e donne, *nda*], immaginando di costruire delle riforme di tipo strutturale che prevedano, ad esempio, un vero e proprio sistema di educazione all’imprenditoria volto a far emergere la cultura dell’impresa attraverso una formazione dedicata e specifica, un sistema efficace di alfabetizzazione finanziaria e misure per facilitare l’accesso al credito bancario, misure che riportino ad un reale equilibrio tra le responsabilità familiari e professionali delle donne, misure di sostegno durante la vita dell’impresa, e non solo misure per il suo avvio, considerato che esiste a tutt’oggi un alto tasso di mortalità”.

<sup>60</sup> Quello dei contratti pubblici è un contesto normativo che il legislatore spesso utilizza per indurre le imprese a tenere comportamenti coerenti con finalità di carattere pubblicistico (ad esempio ambientale e sociale), favorendo (senza obbligarle) le imprese che volontariamente si adeguino (in argomento sia consentito il rinvio ad A. CAPRARA, *I principi di corretta amministrazione. Struttura, funzioni e rimedi*, cit., 295 ss., ove riferimenti). Recentemente lo stesso schema logico-normativo ha costituito il terreno per favorire anche la parità di genere con l’art. 47 d.l. n. 77/2021 (c.d. Decreto Semplificazioni 2021) su cui v., per un primo commento, I. GOBBATO, L. DE MENECH, *Le misure introdotte per la garanzia della parità di genere e il coinvolgimento dei lavoratori disabili, anche in relazione agli appalti pubblici e ai progetti del PNRR*, in *Lavoro Diritti Europa*, 4/2021, 1 ss.



5. – Dall'esame sin qui condotto sul testo del progetto di legge AC 3250 e dal confronto dello stesso con il vigente Codice pari opportunità e i provvedimenti normativi vigenti o anche solo integranti proposte di legge in materia di impresa agricola femminile su cui ci si è soffermati, si possono trarre alcune considerazioni di carattere generale. Innanzitutto, la proposta di legge AC 3250:

*i)* si colloca sistematicamente in una posizione di vertice rispetto ai provvedimenti che introducono misure di favore per l'avvio e lo sviluppo dell'impresa femminile; ne consegue che la proposta di legge AC 3250 non si pone in antitesi ad altri testi normativi settoriali, costituendo piuttosto una piattaforma giuridica suscettibile di essere declinata con provvedimenti di più accentuata specialità o settorialità. Il progetto di legge AC 3250 fissa, in sostanza, la massima dilatazione della fattispecie di impresa femminile, lasciando ai provvedimenti settoriali l'introduzione di limitazioni o criteri maggiormente restrittivi per accedere alle provvidenze via via previste. È singolare (e va superata) la povertà di riferimenti al Codice pari opportunità nei diversi provvedimenti settoriali o di portata generale sull'impresa femminile adottati o proposti negli anni più recenti;

*ii)* in quanto norma avente carattere generale rispetto alle finalità di rimozione degli ostacoli alla uguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.) e al pieno esercizio della libertà d'impresa (art. 41 Cost.), le definizioni contenute nella proposta di legge AC 3250 hanno una portata interpretativa ampia che si estende anche ad altre fattispecie che perseguono finalità di tutela analoghe;

*iii)* poteva probabilmente spingersi oltre, legando il concetto di impresa femminile alla sola gestione dell'impresa, individuale o collettiva, non già alla partecipazione con una soglia minima necessaria al capitale sociale. In altri termini, se si vuole veramente favorire l'esercizio dell'impresa da parte di donne si dovrebbe ancorare la nozione di impresa femminile alla presenza determinante di donne nei ruoli in cui si assumono decisioni di alta amministrazione o di gestione. La partecipazione al capitale è, infatti, un dato poco significativo perché può essere recessivo rispetto alla volontà di condurre l'impresa, come nel caso, ad esempio, che derivi da una comunione incidentale.

In secondo luogo, non si deve cogliere nel timore di possibili abusi un freno all'apertura della nozione di impresa femminile. È vero che il rischio di avere imprese "maschili" che collochino le donne fittiziamente in posizione di comando è concreto, ma si tratterebbe di situazioni marginali, tutto sommato piuttosto semplici da rilevare, per lo più caratterizzanti imprese in procinto di entrare nella fase di crisi alla ricerca di risorse finanziarie a fondo perduto o a basso costo. Il modello oggettivo di accesso alle risorse, inoltre, potrebbe essere in concreto congeniato in termini da scoraggiare il rischio di abusi, attraverso una verifica del concreto utilizzo delle stesse per realizzare programmi di avvio o di supporto all'impresa idonei a consentire all'attività economica di operare in modo durevole nel mercato competitivo.

Peraltro, la disciplina che si va delineando nel diritto vigente sembra orientarsi (anche in vista dell'attuazione del PNRR) verso una diversa soluzione per la quale diviene recessiva la rilevanza dell'assunzione di ruoli gestori da parte di donne rispetto alla mera loro numerosità o partecipazione (maggioritaria) al capitale. Questa prospettiva appare non solo poco coerente con l'idea di voler incrementare il numero delle donne che "facciano impresa", ma altresì poco efficiente. Infatti, pur con i necessari distinguo anche all'interno della categoria delle società di capitali, la mera partecipazione in qualità di socio, per un verso, è da intendersi come un'operazione di investimento (a favore di chi assume scelte di impresa e quindi gestisce le risorse investite) più che di coinvolgimento nell'impresa e, per l'altro, si presta, questo sì, a facili abusi da parte degli imprenditori che, per accedere ai benefici, coinvolgono solo nominalmente donne mediante la semplice "intestazione" di quote del capitale delle società.



# JUS CIVILE

In conclusione, sarebbe un'altra occasione persa quella di non approfittare della proposta di legge AC 3250 per creare un vero e proprio “statuto dell'impresa femminile”, fissando la definizione (generale) di impresa femminile e, razionalizzando il materiale normativo esistente, le tipologie di azioni e di strumenti a supporto del progetto di impresa – comprese le forme di agevolazione per l'accesso al credito e al *venture capital* – per l'attuazione effettiva della parità di genere e della libertà d'impresa.





MATTEO DE PAMPHILIS

Professore a contratto – Università degli Studi di Bologna

## DALLA CLASS ACTION ALLA MULTIDISTRICT LITIGATION: IL CASO “DIESELGATE” TRA U.S.A. E ITALIA

SOMMARIO: 1. Premessa: il “Dieselgate” come fenomeno globale. – 2. La disciplina della Class Action nordamericana nella sua evoluzione. – 3. Luci e ombre della Multidistrict Litigation e il dibattito sul futuro della Class Action. – 4. Cenni all’esperienza italiana. – 5. Questioni “satellitari”: risarcimenti sovracompensativi e costi del contenzioso. – 6. Il “Dieselgate” tra U.S.A. e Italia: strategie processuali (ed esiti) a confronto. – 7. Il danno da prodotto, un personaggio in cerca d’autore nel “romanzo Dieselgate”. – 8. Considerazioni conclusive.

1. – Il caso noto come *Dieselgate* ruota attorno all’installazione sui veicoli – da parte di alcune case automobilistiche<sup>1</sup> – di *software*<sup>2</sup> (i cosiddetti *Defeat Device*) in grado di ridurre le prestazioni del motore, allorché l’automobile veniva sottoposta ai test di omologazione, così generando un livello di emissioni inquinanti di gran lunga inferiore a quello registrato nella guida su strada, ove il *software* consentiva al motore di sprigionare appieno le sue prestazioni e, conseguentemente, di rilasciare nell’atmosfera una maggiore quantità di agenti inquinanti<sup>3</sup>. Tale pratica, portata alla luce da un trio di studenti (due indiani e uno svizzero) della *West Virginia*

<sup>1</sup> La vicenda U.S.A. ha riguardato primariamente il gruppo Volkswagen e il fornitore Bosch, ma le inchieste scaturite a livello globale hanno interessato numerosi marchi quali Audi, Daimler (Mercedes), Porsche, Seat, Skoda, Peugeot, Renault, FCA. Uno studio edito, nel 2018, dal MIT di Boston ha rilevato che, in Europa, dieci tra le maggiori case automobilistiche hanno prodotto, tra il 2000 e il 2015, automobili che generavano emissioni su strada a livelli sedici volte superiori a quelli rilevati nei test di omologazione, dunque superando nei fatti i limiti europei. Cfr. F. BERTELLI, *Profili civilistici del «dieselgate»*, ESI, 2021, 5 ss.; P. GUILLAUME *et al.*, *Country and manufacturer-level attribution of air quality impacts due to excess NOx emissions from diesel passenger vehicles in Europe*, in *Atmospheric Environment*, vol. 189, Sept. 2018, 89 ss.

<sup>2</sup> L’utilizzo di software in grado di influire sulle emissioni è recentemente tornato all’attenzione della Corte di Giustizia, seppur sotto una differente prospettiva. Con le decisioni Corte giust. UE, 14 luglio 2022, causa C-128/2020, *GSMB Invest GmbH & Co. KG c. Auto Krainer GesmbH*, Corte giust. UE, 14 luglio 2022, causa C-134/2020, *I.R. c. Volkswagen AG*, Corte giust. UE, 14 luglio 2022, causa C-145/2020, *D.S. c. Porsche Inter Auto GmbH Co. KG e Volkswagen AG*, tutte in *Curia* (<https://curia.europa.eu/>), la Corte ha infatti stabilito che il software installato su veicoli diesel che, a temperature ordinarie e per la maggior parte dell’anno, riduce l’efficacia del sistema di controllo delle emissioni inquinanti rappresenta un impianto di manipolazione vietato, la cui installazione da parte del produttore – non integrando un c.d. vizio minore – legittima l’acquirente a chiedere finanche la risoluzione del contratto di vendita del mezzo.

<sup>3</sup> L’enfatica formula di apertura dell’*Amended Consolidated Consumers Class Action Complaint*, l’atto introduttivo di una delle più significative iniziative collettive assunte dai consumatori statunitensi, recita: “Questo caso deriva da uno dei crimini aziendali più sfacciati nella storia, un racconto premonitore sulla vittoria a qualsiasi costo. Volkswagen si è fatta largo con l’inganno verso il vertice della catena alimentare automobilistica e non ha risparmiato nessuna vittima lungo la strada, prendendo di mira i suoi clienti, i regolatori statunitensi e stranieri e persino la stessa aria che respiriamo”. Il documento è consultabile all’indirizzo <https://cand.uscourts.gov/filelibrary/2821/Amended-Consolidated-Consumer-Class-Action-Com.pdf>.



*University* nel 2014<sup>4</sup>, ha prodotto conseguenze a livello globale, spingendo i legislatori a dettare nuovi standard tecnici per la rilevazione delle emissioni inquinanti delle automobili, in fase di omologazione<sup>5</sup>, nonché – per quanto di nostro specifico interesse – generando l’instaurazione di un nutrito contenzioso, individuale e collettivo, finalizzato tra l’altro a conseguire il risarcimento dei danni lamentati dai consumatori.

La portata globale dello scandalo consente di misurare l’incidenza e l’efficacia di tali iniziative nei diversi ordinamenti, dei quali ha messo repentinamente a nudo i principali punti deboli. Il *Dieselgate*<sup>6</sup> è anche un interessantissimo caso di studio su come gli incentivi e i disincentivi di cui il legislatore dissemina la disciplina della responsabilità del produttore e della tutela del consumatore influiscano sulle strategie giudiziali delle parti, anche a seconda degli strumenti di tutela giurisdizionale messi a disposizione dei danneggiati in ciascun sistema.

In questo studio, ci concentreremo sullo strumento dell’azione collettiva risarcitoria, osservata in particolare nel contesto statunitense e italiano, senza trascurare tematiche trasversali come i criteri di quantificazione dei risarcimenti e i meccanismi di anticipazione e ripartizione dei costi del contenzioso.

Un interessante dato di partenza può essere la comparazione dei preliminari esiti delle azioni collettive instaurate negli Stati Uniti e nel nostro Paese. L’iniziativa nordamericana – inquadrabile nel fenomeno “nuovo” della *Multidistrict Litigation* (MDL) – è stata definita in pochi mesi con un accordo (“*Settlement*”<sup>7</sup>), raggiunto anche grazie alla mediazione di un conciliatore nominato dalla corte e ratificato giudizialmente già a fine ottobre 2016<sup>8</sup>, mediante il quale a ciascun consumatore interessato è stato riconosciuto un risarcimento medio di circa trentamila dollari.

In Italia, l’azione collettiva risarcitoria introdotta da Altroconsumo nel 2016 è stata definita, in primo grado, dal Tribunale di Venezia, nel luglio 2021, con il riconoscimento di un risarcimento equitativamente quantificato in tremilatrecento euro per consumatore<sup>9</sup>.

Per comprendere tale evidente difformità di esito, sarà necessario, dapprima, ricostruire i caratteri della *Class Action* statunitense e degli ulteriori strumenti di concentrazione del contenzioso operanti in tale ordinamento, in rapporto alla disciplina italiana, per poi esaminare più da vicino il substrato giuridico delle pretese avanzate dai consumatori sulle due sponde dell’Atlantico, tenendo in considerazione altresì i profili della quantificazione del risarcimento e della ripartizione dei costi del contenzioso.

<sup>4</sup> V. P. OEHMKE, *Out of Nowhere: The Three Students Who Uncovered ‘Dieselgate’*, in *Spiegel International*, 2017, <https://www.spiegel.de/international/business/the-three-students-who-discovered-dieselgate-a-1173686.html>.

<sup>5</sup> Cfr. European Court of Auditors, *The EU’s response to the “dieselgate” scandal*, Briefing Paper, February 2019, in <https://www.eca.europa.eu/en/Pages/DocItem.aspx?did=49180>.

<sup>6</sup> Nella dottrina italiana, v. F. BERTELLI, *Dealing with the Dieselgate scandal in the US and EU*, in *It. Law J.*, 2021, 619; G.F. SIMONINI, *La Corte di giustizia analizza i dispositivi sul controllo delle emissioni degli autoveicoli alla luce di una interpretazione molto restrittiva offrendo nuove prospettive di lettura del c.d. scandalo Dieselgate*, in *Dir. comm. internaz.*, 2020, 567; R. CAPONI, *Ultime dall’Europa sull’azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il “Dieselgate”)*, in *Foro it.*, 2019, 332; I. GARACI, *Il “Dieselgate”. Riflessioni sul “private e public enforcement” nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 61; V. SELINI, *Emissioni di ossido d’azoto della Volkswagen e vaglio di ammissibilità della “class action” in Italia*, in *Danno resp.*, 2018, 219; E. RAJNERI, *Illeciti lucrativi, efficacia dissuasiva dei rimedi e responsabilità sociale d’impresa. Riflessioni a margine del “Dieselgate”*, in *Riv. crit. dir.*, 2017, 397; E. CAMILLERI, *Qualità pubblicizzate e affidamento del consumatore. spunti per il caso Dieselgate?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 707.

<sup>7</sup> La cui esecuzione è gestita attraverso un portale dedicato: <https://www.vwcourtsettlement.com/en/>.

<sup>8</sup> V. U. S. District Court, Northern District of California, *Order Granting Final Approval of Amended Consumer Class Action Settlement*, in <https://cand.uscourts.gov/filelibrary/2867/Order-Granting-Final-Approval-of-Consumer-Sett.pdf>.

<sup>9</sup> Trib. Venezia, Pres. Simone, Est. Bassi, 7 luglio 2021, in *Judicium*, 29 luglio 2021, <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2021/07/Trib.-Venezia-7-luglio-2021.pdf>, con nota di M.L. GUARNIERI, *Il Tribunale di Venezia si pronuncia sul caso Dieselgate: l’azione di classe approda alla condanna del gruppo Volkswagen*.



2. – Negli Stati Uniti, il passaggio dalla regola generale della necessaria evocazione in giudizio di tutte le parti interessate alla configurazione di uno strumento procedurale che consentisse di trattare unitariamente pretese a carattere collettivo<sup>10</sup> è stato scandito da considerazioni di equità, convenienza ed efficacia<sup>11</sup>. L'esigenza di fondo era quella di consentire a singoli o gruppi esponenti interessi collettivi di conseguire una decisione che potesse andare a vantaggio di tutti gli interessati, senza che fosse necessario estendere nei loro confronti il contraddittorio processuale. Tale meccanismo è stato dapprima ipotizzato per quelle casistiche nelle quali le potenziali parti fossero tanto numerose da rendere inverosimile una loro chiamata in giudizio, ovvero nelle quali si ponesse una questione di manifesto interesse generale, oppure ancora nelle quali le parti costituissero volontariamente un'associazione rappresentativa di diritti e interessi collettivi. In queste ipotesi, primariamente alla luce di un'istanza di giustizia sostanziale, è parso opportuno consentire alle parti interessate che non avessero preso parte attivamente al giudizio di aderire comunque alla decisione, di avvantaggiarsene o, in determinati casi, di impugnarla. Secondo un approccio assai pragmatico, i giudici nordamericani – tra l'ipotesi del rigetto della domanda per la non integrità del contraddittorio e l'accoglimento della pretesa, pur sacrificando il rigido rispetto della procedura introduttiva – hanno individuato in quest'ultimo il cosiddetto male minore, sempre purché ricorressero significative esigenze di trattazione collettiva<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Sulle origini e lo sviluppo della *Class Action*, anche in riferimento all'esperienza britannica, cfr. G. SCARCHILLO, *Class action: dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, Giappichelli, 2019, 13 ss.; ID., *La Class Action: profili di diritto comparato*, in G. ALPA, G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Cedam, 2007, 999 ss.; N. CEVOLANI, *Modelli e novità dell'azione di classe*, in M.N. BUGETTI (a cura di), *Profili attuali di diritto dei contratti per l'impresa*, Giappichelli, 2020, 265 ss.; R. MURPHY, *Competing Ideologies at the Formation of the Federal Class Action Rule: Legal Process versus Legal Liberalism*, in *Drexel Law Review*, 2018, 10, 2, 389 ss.; N.M. PASTOR, *Equity and Settlement Class Actions: Can There Be Justice For All in Ortiz v. Fibreboard*, in *American University Law Review*, 2000, 49, no. 3, 781 ss.; A. GIUSSANI, voce *Azione di classe*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Giuffrè, 2014, 132 ss.; ID., *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 157 ss.; A. COSTABEL, "Class action" negli Stati Uniti d'America. Una camera con vista, in *Riv. dir. nav.*, 2013, 581 ss.; R. TORINO, *Dalla 'azione collettiva risarcitoria' alla 'azione di classe'. Un'analisi comparatistica*, in G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (a cura di), *Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi*, ESI, 2010, 325 ss.; G. LAURO, *Cenni introduttivi sull'origine della class action negli U.S.A.*, in *Iter Legis*, 2007, 27 ss. Nella prospettiva di una "rinascita" degli strumenti di *Group Litigation* nello UK e nell'UE, cfr. S. Ng, *Class Action (Not US-Style): Enhancing Access to Justice*, in *Manchester Review of Law, Crime and Ethics*, 2017, 6, 49 ss.

<sup>11</sup> Convenzionalmente, il "padre" della *Class Action* nordamericana è individuato nella figura di Joseph Story (1779 – 1845), *Associate Justice* della Corte Suprema, i cui contributi sono raccolti nei volumi M. D. SCHWARTZ, J. C. HOGAN (edited by), *Joseph Story; a collection of writings by and about an eminent American jurist*, Oceana Publications, 1959; W. W. STORY (edited by), *The miscellaneous writings of Joseph Story, associate justice of the Supreme Court of the United States and Dane Professor of law at Harvard University*, Lawbook Exchange, 2000. Egli, nella sua opinione sul caso *West v. Randall* – *West v. Randall*, 29 F. Cas. 718, 721 (No. 17,424) (C.C.D.R.I. 1820) (Story, J.), liberamente consultabile all'indirizzo <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0029.f.cas/0029.f.cas.0718.pdf>. – dopo aver riaffermato (e applicato al caso di specie) il principio generale per il quale tutte le parti aventi un interesse in causa devono – per l'utilità del giudicato – essere evocate in giudizio (c.d. "*necessary parties rule*"), fornì nondimeno un primo inquadramento di uno strumento procedurale, avente carattere di eccezione alla regola generale, in grado di consentire comunque alle corti di trattare e decidere quelle controversie "nelle quali le parti sono molto numerose e la corte ritiene che sarebbe quasi impossibile chiamarle tutte in giudizio; o nella quali la questione è di interesse generale e alcuni possono agire in giudizio nell'interesse di tutti; oppure nelle quali le parti costituiscono un'associazione volontaria per il perseguimento di un fine pubblico o privato e si possa ragionevolmente supporre che rappresentino i diritti e gli interessi di tutti; in questi e in analoghi casi, se la domanda è proposta non semplicemente nell'interesse degli attori, ma di tutti gli altri interessati, la richiesta di integrazione del contraddittorio sarà rigettata, e la corte procederà nella decisione. Tuttavia, in questi casi, la corte sarà così sollecitata nel conseguire una giustizia sostanziale, da consentire alle altre parti di aderire alla decisione, di avvantaggiarsene, o di mostrare la sua erroneità e ottenere un riesame; oppure ammetterà domande o istanze che rappresentino più distintamente i diritti di queste parti in giudizio, ove vi sia la certezza o il pericolo di un pregiudizio o di un'ingiustizia" (libera traduzione).



Mutando prospettiva e guardando, cioè, all'interesse del singolo partecipante o interessato all'azione di classe, si rinvencono altrettante ragioni – di matrice più prettamente giuseconomica – a supporto della configurazione di un tale strumento processuale. Infatti, come ben illustra la fattispecie alla base del *Dieselgate*, spesso il singolo ritiene poco conveniente, se non addirittura irrazionale, instaurare un giudizio individuale rispetto a una pretesa dal contenuto incerto o, comunque, dal valore economico inferiore ai costi (non solo monetari) del contenzioso<sup>13</sup>.

Per questi motivi, a partire dalla *Equity Rule 48*, promulgata dalla Corte Suprema nel 1842 ma priva del carattere – oggi fondamentale per la *Class Action* nordamericana – della vincolatività della decisione per i membri della classe non comparsi formalmente in giudizio<sup>14</sup>, e transitando per la sua riscrittura del 1912, mediante la *Equity Rule 38*, che ha rimosso il predetto limite<sup>15</sup>, la disciplina della *Class Action* ha trovato la sua attuale collocazione, nella *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* (“Fed. R. Civ. P.”) per l’iniziativa assunta dal Congresso U.S.A. nel 1938. In detta sede, le modifiche della *Rule 23*<sup>16</sup> hanno condot-

<sup>12</sup> *Ivi*: “il principio che accomuna tutti questi casi è che la corte deve o negare del tutto agli attori un rimedio equo, al quale essi hanno diritto, ovvero garantirglielo senza chiamare in giudizio le altre parti; e quest’ultimo è il minore dei mali, in quanto può considerare gli altri alla stregua di quasi-parti, quantomeno al fine di beneficiare degli effetti della decisione e di legittimarli a conseguire un altro equo rimedio, se i loro diritti sono messi a repentaglio”. Successivamente all’introduzione della *Equity Rule 48*, la stessa Corte Suprema ha evidenziato (in *Smith v. Swormstedt*, 57 U.S. 288 (1853), liberamente consultabile all’indirizzo <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/57/288/>) le ragioni dell’introduzione di un simile strumento processuale.

<sup>13</sup> A mente della quale “se gli attori o i convenuti sono molto numerosi e non è possibile, senza manifesta inconvenienza e opprimenti ritardi della causa, chiamarli tutti a comparire in giudizio, la corte può a sua discrezione dispensare dalla chiamata in giudizio di tutti costoro, e può procedere nell’esame della causa, qualora davanti a sé abbia sufficienti parti per rappresentare adeguatamente in giudizio gli interessi contrapposti degli attori e dei convenuti. Tuttavia, in questi casi, la decisione deve essere assunta senza pregiudizio per i diritti e le pretese di tutte le parti assenti”. Il tenore dell’ultimo periodo merita di essere sottolineato, in quanto raffigura plasticamente la difficoltà della transizione dalla *Necessary Party Rule* – ovvero sia la necessità di evocare comunque in giudizio tutte le parti che si volessero gratificate od onerate degli effetti della decisione – all’azione collettiva come oggi caratterizzata. Una rigorosa interpretazione dell’*Equity Rule 48*, in altri termini, impediva di riconoscere a questo embrione dell’azione di classe una caratteristica oggi fondamentale dell’azione collettiva di diritto nordamericano: la vincolatività del provvedimento decisorio rispetto ai membri della classe non comparsi in giudizio. Cfr. A. GIUSSANI, *Le azioni di classe*, cit., 159, “la sentenza di accoglimento della domanda costituisce un bene comune a consumo non rivale, il cui costo è superiore al valore della sua utilità per ciascuno degli interessati: ne consegue che l’esercizio dell’azione individuale rappresenta una scelta irrazionale in misura direttamente proporzionale all’ampiezza del gruppo interessato e inversamente proporzionale al suo grado di coesione sociale”; quindi, “il legislatore, che ritenga auspicabile che anche siffatte pretese possano di fatto ricevere tutela, ha pertanto l’onere di introdurre incentivi alla proposizione della domanda giudiziale”.

<sup>14</sup> N.M. PASTOR, *Equity and Settlement Class Actions*, cit., 785. Nel testo, è riportata la libera traduzione della versione ufficiale: “Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties”. Nella giurisprudenza della Suprema Corte, cfr. *Smith v. Swormstedt*, cit.

<sup>15</sup> Essa prevede che “quando la questione presenta interesse generale o comune a molte persone costituenti una classe così numerosa da rendere impraticabile la chiamata di tutti in giudizio, una o più di esse può agire o resistere in giudizio per tutte”. Grazie a tale formulazione, più laconica rispetto a quella della *Equity Rule 48*, gli interpreti hanno potuto correlare la mancata riproposizione del periodo conclusivo della precedente regola alla necessità di riconoscere un carattere consustanziale alle azioni collettive, ovvero sia la necessaria vincolatività della decisione per tutte le parti incluse nella classe, in quanto indicate come membri ovvero intervenute per trarre vantaggio dalla decisione. V. *amplius* H.H. LESAR, *Class Suits and the Federal Rules*, cit., 36 s.

<sup>16</sup> Per la cui versione originale cfr. J.G. HARKINS jr., *Federal Rule 23-The Early Years*, in *Arizona Law Review*, 1997, 39, 706: “If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure the adequate representation of all may, on behalf of all, sue or be sued when the character of the right sought to be enforced for or against the class is (1) joint, or common, or secondary in the sense that an owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it; or (2) several, and the object of the action is the ad-





to, da ultimo nel 1966<sup>17</sup>, alla formulazione vigente, caratterizzata dal meccanismo (distintivo, rispetto al modello italiano, come si vedrà) dell'*opt-out*<sup>18</sup>.

All'interno del Titolo IV delle Fed. R. Civ. P., rubricato "*Parties*", si trova dunque la *Rule 23*, la quale fissa i requisiti, le tipologie e i meccanismi di funzionamento delle *Class Action*<sup>19</sup> la quale, in generale, è intesa quale strumento predisposto per evitare un'inefficiente moltiplicazione dei procedimenti contenziosi e per rendere efficaci i rimedi previsti dall'ordinamento, anche tenendo in considerazione le difese della parte convenuta dalla classe<sup>20</sup>. Secondo questa disciplina, uno o più membri di una classe possono agire (o essere convenuti) in giudizio quali rappresentanti della classe al ricorrere dei quattro requisiti cumulativi di *Numerosity*, *Commonality*, *Typicality* e *Adequacy*<sup>21</sup>. Inoltre, le azioni di classe sono divise, ai fini della certificazione<sup>22</sup> (su cui v. *infra*) in tre differenti casistiche (par. (b) della *Rule 23*)<sup>23</sup>.

---

judication of claims which do or may affect specific property involved in the action; or (3) several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief is sought".

<sup>17</sup> Cfr. S. GROSSI, I. ALLAN, *The Modern Law of Class Actions and Due Process*, in *Oregon Law Review*, 2020, 98, 1, 53 ss., ove anche un'ampia rassegna giurisprudenziale; D. MARCUS, *The Short Life and Long Afterlife of the Mass Tort Class Action*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, 165, 7, 1566 ss.; G. SCARCHILLO, *Class action*, cit., 31 ss.; D. R. HENSLER, *Happy 50th anniversary, Rule 23! Shouldn't we know you better after all this time?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, 165, 1599 ss.; S. Y. NOTE, *The Cy Pres Solution to the Damage Distribution Problems of Mass Class Actions*, in *Ga. L. Rev.*, 1974-75, 9, 893 ss. Per un'approfondita ricostruzione delle differenti visioni che si sono confrontate nella stesura della riforma e che riecheggiano dal dettato normativo che ne è risultato, cfr. R. MURPHY, *Competing Ideologies*, cit., 400 ss.

<sup>18</sup> Come notato da N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 765, "il principale difetto del precedente sistema – in base al quale l'*opt-in* era possibile anche dopo la sentenza, e si configurava quindi il giudicato *secundum eventum litis* – non stava nella sua iniquità nei confronti del convenuto, ma nella sua carenza di effettività nell'assicurare l'accesso alla giustizia". Il tema della selezione del modello e del suo funzionamento è approfondito in I.I. NEAMT, *The Way of Determining the Composition of the Class in Collective Actions: Opt in, Opt out or Mandatory*, in *Acta Universitatis Lucian Blaga*, 2017, 1, 172 ss.; R.C. WILLIAMS, *Due Process, Class Action Opt Outs, And The Right Not To Sue*, in *Columbia Law Review*, 2015, 115, 3, 599 ss.; R. MULHERON, *The Case for an Opt-Out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, 15, 3, 409 ss.; ID., *Justice Enhanced: Framing an Opt-out Class Action for England*, in *Modern Law Review*, 2007, 70, 4, 550 ss. Ancora, in argomento, nella prospettiva della progressiva integrazione di ordinamenti appartenenti a famiglie giuridiche differenti, cfr. V. CLELIA CASTALDO, *Il Tribunale di Milano riconosce un "class settlement" statunitense: superati (infine) i dubbi di compatibilità del meccanismo dell'"opt-out" con il nostro sistema costituzionale?*, in *Corr. giur.*, 2019, 1111 ss. Più in generale, v. E. FERRANTE, *"Opt-out" ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera "class action" in Italia ed in Europa*, in *Contr. impr. Eu.*, 2012, 483 ss.

<sup>19</sup> Per un'agile consultazione del Fed. R. Civ. P., nella versione costantemente aggiornata in recepimento delle innovazioni normative, si v. il sito del Legal Information Institute (LII), ospitato dalla Cornell Law School di Ithaca (NY), all'indirizzo <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>. Il testo da noi preso a riferimento è quello risultante dalle modifiche da ultimo apportate ed entrate in vigore nel dicembre 2018 (N. TROCKER, *La class action*, cit., 754. Lo stesso A. dà conto (753 s.) di come, invece, non abbia avuto concrete chance di diventare legge il *Fairness in Class Action Litigation Act*, proposto nel 2017, su cui cfr. R. MARCUS, *Revolution v. Evolution in Class Action Reform*, in *N.C. Law Rev.*, 2018, 96, 903).

<sup>20</sup> Secondo la giurisprudenza americana, la *ratio* che condusse allo sviluppo dell'azione di classe ricomprendeva altresì l'esigenza di proteggere il convenuto dalla classe dal rischio di vedersi gravato da obbligazioni incoerenti, la necessità di proteggere gli interessi degli *absentees*, nonché l'opportunità di adottare un comodo ed economico mezzo di gestione di simili azioni, facilitando il frazionamento dei costi del contenzioso su di un più ampio numero di contendenti vantanti le medesime pretese (cfr. *United States Parole Comm'n v. Geraghty*, 445 U.S. 388, 402-03, 100 S.Ct. 1202, 1211-12 (1980); conf. *General Telephone Co. v. Falcon*, 457 U.S. 147, 155, 102 S.Ct. 2364, 2369, 72 L.Ed.2d 740 (1982); *Califano v. Yamasaki*, 442 U.S. at 701, 99 S.Ct., 2557).

<sup>21</sup> In particolare, secondo il paragrafo (a) della *Rule 23*: (1) la classe deve risultare così numerosa da rendere impraticabile il coinvolgimento di tutte le parti singolarmente (sul requisito della *Numerosity* nel *Dieselgate*, cfr. *Amended Consolidated Consumers Class Action Complaint*, cit., 212); (2) devono sussistere questioni di diritto o di fatto comuni alla classe (sul requisito della *Commonality* nel caso di nostro interesse, cfr. *ivi*, 213 s.); (3) le pretese o difese del rappresentante della classe devono essere rappresentative di quelle dell'intera classe (anche il requisito della *Typicality*, nell'ambito del *Dieselgate*, è illustrato *ivi*, 213); e (4) il rappresentante della classe deve essere in grado di patrocinare equamente e adeguatamente gli interessi della classe (Sull'*Adequacy* nel *Dieselgate*,





Una volta che un'azione di classe sia portata all'attenzione della corte, quest'ultima, non appena possibile, deve verificare la sussistenza dei requisiti sopra richiamati e – in caso di verifica positiva – emettere un provvedimento (emendabile sino alla decisione finale) di certificazione (“*Certification Order*”) che, secondo quanto stabilito dal paragrafo (c) della *Rule 23*, definisca il perimetro della classe, nonché delle sue domande, istanze e difese, oltre a nominare l'avvocato della classe (“*Class Counsel*”) <sup>24</sup>. Si tratta di un passaggio di

---

v. *ivi*, 213). Più in generale, in argomento, cfr. C. DONELAN, *Prerequisites to a Class Action Under New Rule 23*, in *Boston College Law Review*, 1969, 10, 3, 527 ss.

<sup>22</sup> In riferimento al *Dieslegate*, cfr. *Amended Consolidated Consumers Class Action Complaint*, cit., 206.

<sup>23</sup> La prima casistica nella quale la *Rule 23* riconosce la possibilità di intraprendere una *Class Action* – 23(b)(1) – è quella in cui l'instaurazione di tante cause quanti sono i membri della classe determinerebbe il rischio, da un lato, di pervenire a decisioni contrastanti e variegiate in relazione a ciascun membro della classe, chiamando il convenuto dalla classe ad assumere comportamenti differenziati in relazione a ognuno di essi [23(b)(1)(A)]; oppure, dall'altro [23(b)(1)(B)], di lasciare privi di un'effettiva tutela i potenziali membri della classe che tuttavia non si siano tempestivamente attivati per prendere parte all'iniziativa individuale (ad esempio in quanto il patrimonio del convenuto è stato utilmente aggredito solo da coloro che hanno intrapreso le azioni individuali). La seconda casistica presa a riferimento dal paragrafo (b) della *Rule 23* è quella delle azioni nelle quali le difese (o il rifiuto di difendersi) della parte convenuta siano radicate su argomentazioni comuni a tutti i membri della classe, sicché l'emissione della pronuncia di accertamento o di condanna in favore della classe, considerata nel suo complesso, risulti più appropriata [23(b)(2)]. Infine, la via della *Class Action* può essere imboccata in una terza casistica [23(b)(3)]: cioè quando la corte ritenga predominanti le questioni di diritto o di fatto comuni ai membri della classe, rispetto alle questioni individuali di ciascun membro, e reputi quindi che l'azione di classe rappresenti il miglior strumento per decidere equamente ed efficientemente la controversia insorta tra le parti. Per compiere questa valutazione, in particolare, il giudice deve tenere in considerazione: l'interesse dei membri a mantenere un controllo individuale sulle pretese o difese oggetto delle azioni separate [23(b)(3)(A)]; la portata e la natura delle cause già intraprese dai membri relativamente all'oggetto della potenziale azione di classe [23(b)(3)(B)]; l'auspicabilità o meno della concentrazione delle cause in un unico foro [23(b)(3)(C)]; e le prevedibili difficoltà di gestire un'azione di classe [23(b)(3)(D)]. L'inquadramento dell'azione in una (o più) delle tipologie ora esaminate presenta una rilevanza pratica notevole, in quanto – ad esempio – solo nelle *Class Action* certificate come appartenenti alla terza casistica [23(b)(3)] è prevista la possibilità per i membri di chiedere l'esclusione dalla classe (“*Not Mandatory Class Action*”); mentre, nelle altre azioni di classe, tutti i membri – a prescindere dalla loro volontà di partecipare all'azione di classe – saranno vincolati al risultato dell'azione stessa (“*Mandatory Class Action*”). Sul tema, cfr. R.H. KLONOFF, *Class Actions And Other Multi-Party Litigation In A Nutshell*<sup>5</sup>, West Academic, 2017, 9, e, con riguardo precipuamente alla distinzione tra classi discrete e classi olistiche, cfr. A. GIUSSANI, voce *Azione di classe*, cit., 137 s.; ID., *Le azioni di classe*, cit., 171 ss.

<sup>24</sup> Alternativamente, la corte può confermare la nomina del cosiddetto *Interim Counsel* eventualmente designato in pendenza del provvedimento di certificazione. La figura del *Class Counsel* (su cui v. N. TROCKER, *La class action*, cit., 767, il quale sottolinea come il sistema statunitense si caratterizzi per “il ruolo strategico nella gestione delle class actions svolto dalla ‘imprenditorialità’ degli avvocati” o, meglio, dal “collegio di avvocati organizzato da una grande Law Firm”, il quale, in cambio di un cospicuo onorario, “diviene l'effettivo antagonista tattico del convenuto” e “persegue coscientemente il proprio interesse economico”, facendosi carico dei costi della *Class Action*) è disciplinata al paragrafo (g) della *Rule 23*, ai sensi del quale spetta alla corte – salva espressa deroga di diritto positivo – nominare il *Class Counsel*, all'esito di una dettagliata valutazione della sua attività e del suo profilo professionale. In particolare, la corte deve considerare: (i) il lavoro svolto dal *Class Counsel* nell'identificazione del caso e nello svolgimento delle indagini preliminari; (ii) la sua esperienza nella gestione di azioni di classe, di giudizi complessi e di cause aventi ad oggetto pretese analoghe a quelle sostenute nella *Class Action*; (iii) la sua conoscenza del diritto applicabile al caso; e (iv) le risorse che il *Class Counsel* intende mettere a disposizione nel rappresentare la classe. Al fine di effettuare tale complessiva valutazione del *Class Counsel*, la corte può richiedere a questi di fornire informazioni dettagliate, nonché di predisporre un preventivo degli onorari e delle spese relativi alla sua attività. Inoltre, la corte può inserire specifiche disposizioni nel provvedimento di nomina, includendovi altresì previsioni relative agli onorari e alle spese riconosciuti in favore del *Class Counsel* (cioè in conformità con le previsioni si cui al paragrafo (h) della *Rule 23*). La disciplina in discorso è strettamente legata al meccanismo nordamericano di retribuzione delle spese legali, le quali per regola generale non sono ripartite secondo la soccombenza (come di regola avviene, ad esempio, nel sistema italiano), ma possono essere addossate sulla controparte della classe in caso di decisione o *Settlement* favorevoli per la classe medesima, secondo una quantificazione che tiene peraltro conto del risultato conseguito a beneficio dei membri della classe i quali, formalmente, non hanno rivestito la qualifica di clienti del *Class Counsel* (cfr. A. GIUSSANI, voce *Azione di classe*, cit., 134, il quale precisa che la regola generale – per la quale ciascuna parte si fa carico dei costi della difesa – resta invece applicabile in caso di soccombenza della classe, il che “incentiva l'esercizio dell'azione di classe, riequilibrando i controincentivi al conseguimento del bene comune”). Il *Class Counsel*, in sintesi, deve risultare non solo idoneo a rappresentare adeguatamente ed equamente gli interessi della classe, ma



rilevantissimo impatto pratico, giacché la certificazione quasi sempre spinge l'azione di classe verso la definizione transattiva (“*Settlement*”), cioè confermando – nella prospettiva attorea – l’efficacia e l’efficienza proprie dello strumento<sup>25</sup>. Come si è infatti notato in dottrina, vi è uno stretto rapporto tra azione di classe e conciliazione, in quanto l’iniziativa collettiva consente la “creazione di un veicolo per porre in essere composizioni amichevoli *uno actu* dell’intero contenzioso seriale”<sup>26</sup>.

A seguito dell’emanazione, il *Certification Order* deve essere opportunamente pubblicizzato<sup>27</sup> e, ai sensi della *Rule 23*, paragrafo (f), è appellabile, a meno che esso non sia adottato in vista di un *Settlement* (su cui v. *infra*) e senza che la proposizione dell’appello sospenda il procedimento avanti al tribunale (salvo che la sospensione non sia disposta espressamente dalla corte di appello).

Passando alla fase di trattazione dell’azione, va rilevato come la disciplina del processo sia in larga parte affidata alla corte, la quale – come previsto dal paragrafo (d) della *Rule 23* – può adottare provvedimenti emendabili per semplificare il rito ed evitare lungaggini, mantenere adeguatamente informati i membri della classe, imporre condizioni per i rappresentanti o i membri intervenuti, richiedere l’integrazione degli atti e, in generale, affrontare simili questioni procedurali.

All’esito della trattazione, la corte emette il provvedimento che definisce l’azione di classe, accogliendola ovvero rigettandola<sup>28</sup>. Nondimeno, una parte importante della disciplina contenuta nella *Rule 23* – segnatamente, il paragrafo (e) – è dedicata alla procedura di definizione bonaria (“*Settlement or Compromise*”) ovvero di rinuncia all’azione (“*Voluntary Dismissal*”), applicabile anche alle azioni di classe delle quali si richieda la certificazione proprio in vista di un *Settlement*<sup>29</sup>.

anche il professionista meglio attrezzato – tra i più potenziali candidati – per perseguire tale obiettivo. La *Consumers’ Class Action* sul *Dieseldgate* ha visto la nomina a *Lead Counsel* del *Plaintiffs’ Steering Committee*, per la fase di *Pretrial*, di Elizabeth J. Cabraser, dello studio Liefk Cabraser Heimann & Bernstein, LLP, esperta nel contenzioso relativo a veicoli difettosi (v. U. S. District Court, *Pretrial Order No. 7: Order Appointing Plaintiffs’ Lead Counsel, Plaintiffs’ Steering Committee, and Government Coordinating Counsel*, in [https://cand.uscourts.gov/filelibrary/1696/Pretrial\\_Order\\_7.pdf](https://cand.uscourts.gov/filelibrary/1696/Pretrial_Order_7.pdf); per un profilo della professionista, si v. H. BUCHTER, *Elizabeth J. Cabraser cacciatrice di giganti*, in *Internazionale*, 2016, 23, 74 ss.).

<sup>25</sup> Cfr. sul punto M.K. GRIMALDI, *Trying Class Actions: The Complex Task of Managing and Resolving Individual Issues in Class Trials*, in *The Review Of Litigation – The Brief*, 2017, 36, 90 ss.

<sup>26</sup> Così A. GIUSSANI, *Le azioni di classe*, cit., 169.

<sup>27</sup> In particolare, sempre secondo la disciplina di cui al paragrafo (g) della *Rule 23*, per le *Class Action* certificate in virtù del rischio di conflitto tra giudicati o di inefficacia del rimedio, nonché per quelle certificate in conseguenza delle difese “comuni” della controparte (la prima e la seconda casistica sopra esaminate), la corte indirizza alla classe un adeguato avviso. Nel caso, invece, di azione di classe certificata in virtù del requisito della predominanza delle questioni comuni (la terza casistica sopra esaminata), l’avviso è inoltrato ricorrendo a modalità appropriate – purché praticabili con uno sforzo ragionevole, a seconda delle circostanze – che consentano di raggiungere il maggior numero di potenziali membri della classe (ad esempio tramite il servizio postale, gli strumenti elettronici o anche i *social media*). L’avviso deve riportare, con chiarezza e in sintesi, ricorrendo a un linguaggio semplice e facilmente comprensibile, una serie di informazioni che la norma in discorso elenca specificamente. Segnatamente, dalla lettura dell’avviso devono evincersi: (i) la natura dell’azione, (ii) la definizione della classe certificata; (iii) le pretese, istanze e difese della classe; (iv) la facoltà di ciascun membro di intervenire mediante un avvocato; (v) la possibilità di essere esclusi dalla corte, a semplice richiesta (c.d. sistema dell’*opt-out*); (vi) i termini e le modalità per richiedere l’esclusione; e (vii) il carattere vincolante (per tutti i membri della classe) della decisione finale. Tale ultimo requisito si riflette sulla disciplina del provvedimento che definisce l’azione di classe, accogliendola ovvero rigettandola. Nonostante l’utilizzo delle più avanzate tecnologie di *Notification*, non di rado – soprattutto in caso di *Settlement* – residua una parte del fondo conseguito tramite l’azione di classe, per l’impossibilità di reperire tutti i membri della classe, come ben esposto in N.A. DEJARLAIS, *The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions*, in *Hastings L.J.*, 1987, 38, 729 ss.

<sup>28</sup> Questo, per le *Class Action* del primo e del secondo tipo, contiene l’elenco descrittivo dei membri della classe; mentre, per le azioni di classe rientranti nella terza casistica, specifica o descrive coloro ai quali è stato indirizzato l’avviso di cui si è detto sopra e che non abbiano richiesto l’esclusione. La norma prevede inoltre la possibilità per la corte di stabilire la prosecuzione dell’azione di classe solo per specifiche materie, nonché di suddividere i membri in sottoclassi (“*Subclasses*”).

<sup>29</sup> Sia in caso di rinuncia, sia in ipotesi di transazione è richiesta l’approvazione della corte, in vista della quale è dapprima pre-



3. – Per meglio comprendere l’evoluzione del contenzioso relativo al *Dieselgate* negli Stati Uniti e mettere così in luce le differenze rispetto all’esperienza italiana, è necessario dare conto di ulteriori strumenti di concentrazione del contenzioso che l’ordinamento nordamericano mette a disposizione delle parti. Nel far ciò, l’interesse dello studioso è catturato dal fenomeno della *Multidistrict Litigation* (“MDL”) il quale, incrociando la propria traiettoria di sviluppo con quella della *Class Action*, pone alcuni interrogativi sul futuro di tale ultimo strumento.

Come si è visto, nel panorama nordamericano contemporaneo, le *Class Action* si confermano quale utile strumento procedimentale, largamente utilizzato in settori nevralgici del contenzioso giudiziale<sup>30</sup>, nonché

---

scritto l’invio di un nuovo avviso ai membri della classe. Nello specifico, la corte – dopo aver ricevuto dalle parti adeguate informazioni circa la proposta di definizione e gli accordi connessi a questa – deve informare i membri della classe che risulterebbero vincolati dalla proposta che vanti ragionevoli probabilità di ottenere l’approvazione. Quest’ultima può intervenire solo a seguito di una apposita udienza, allorché la proposta risulti essere equa, ragionevole e adeguata. In vista di tale valutazione, la *Rule 23* fornisce alla corte alcuni criteri, richiedendole di considerare se: (A) il rappresentante della classe e il *Class Counsel* abbiano o meno rappresentato adeguatamente la classe; (B) la proposta sia stata negoziata tra le parti in condizioni di indipendenza e parità (“*at Arm’s Length*”); (C) il rimedio proposto – tenuto conto dei costi e dei rischi connessi alla durata del processo e dell’appello, dell’effettività del rimedio stesso, dei termini relativi al pagamento delle spese legali e di ogni altro accordo connesso alla proposta – sia adeguato per la classe; e (D) la proposta tratti equamente, senza discriminazioni interne, i membri della classe. Rispetto a queste previsioni di ordine generale, una particolarità emerge con riguardo alle *Class Action* appartenenti alla terza casistica: quelle, cioè, fondate sulla predominanza delle questioni comuni su quelle individuali. In questo caso, infatti, la corte può condizionare l’approvazione della proposta di definizione al riconoscimento in favore dei membri della classe di una nuova opportunità di richiedere l’esclusione dall’azione di classe (una nuova finestra di “*opt-out*”). Più in generale, ciascun membro della classe può formulare motivate obiezioni alla proposta di definizione, specificando se si tratti di obiezioni aventi carattere individuale ovvero “di classe”. In presenza di obiezioni e prima che la corte abbia concesso la propria autorizzazione a seguito di un’apposita udienza, nessun pagamento (né alcuna altra prestazione) può intervenire quale contropartita per l’abbandono o la rinuncia a un’obiezione. Analoga previsione è dettata relativamente all’appello, stante la possibilità di definire consensualmente l’azione di classe anche in pendenza di un’impugnazione. Come si è detto in apertura, la *Consumers’ Class Action* sul *Dieselgate* ha avuto vita relativamente breve, proprio perché definita mediante un *Settlement Agreement* approvato dalla corte (U.S. District Court, Northern District Of California, *Order Granting Final Approval of Amended Consumer Class Action Settlement*, cit).

<sup>30</sup> Negli Stati Uniti – realtà già di per sé caratterizzata da un minor tasso di conflittualità giudiziale rispetto all’esperienza italiana (si vedano, per gli Stati Uniti, le statistiche pubblicate in <https://www.uscourts.gov/statistics-reports/caseload-statistics-data-tables>; e, per l’Italia, il 2020 *EU Justice Scoreboard*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0306&from=EN>) – nel triennio 2017-2019 il numero di azioni di classe attivate si è attestato sopra le 400 unità annue, prevalentemente dei settori delle frodi finanziarie, della tutela dei dati personali, del *general tort*, dell’*antitrust*, delle *lending practices*, delle *cryptocurrencies*, dei *civil rights* (N. TROCKER, *La class action*, cit., 754). V. anche, sulla perdurante influenza, sia a livello dottrinale sia giurisprudenziale, della *Rule 23*, D. MARCUS, *The Short Life*, cit., 1591 ss. La stessa pandemia di COVID-19, indotta dalla diffusione del virus SARS-CoV-2, abbia già determinato l’avvio di numerose azioni di classe in settori che spaziano dalla protezione dei consumatori per l’aumento di prezzi o la modifica di condizioni contrattuali alla tutela dei clienti per la cancellazione di viaggi ed eventi, dalle azioni risarcitorie contro aziende multinazionali o governi stranieri per la negligenza nel contenimento del virus a quelle intentate dai dipendenti nei confronti dei datori di lavoro; e molte altre si intravedono all’orizzonte (A. MERMINOD, N. AWJ, *COVID-19 Class Actions Forecast*, consultabile sul sito dell’*American Bar Association*, all’indirizzo [https://www.americanbar.org/groups/tort\\_trial\\_insurance\\_practice/publications/committee-newsletters/covid-19\\_class\\_actions\\_forecast/](https://www.americanbar.org/groups/tort_trial_insurance_practice/publications/committee-newsletters/covid-19_class_actions_forecast/)). Tra le azioni pendenti, hanno conseguito una certa eco mediatica quella intrapresa dagli utenti e dagli azionisti nei confronti della piattaforma Zoom (coinvolgendo anche, in alcuni casi, Facebook) per le lacune mostrate dal software nella protezione della privacy e dei dati degli utenti (*Cullen v. Zoom Video Communications, Inc.*, March 30, 2020, CA U.S. Dist. Ct., North 5:20-CV-02155 Class Action; *Simins v. Zoom Video Communications, Inc.*, April 27, 2020, CA U.S. Dist. Ct., North 5:20-CV-02893C Class Action; *Sweeney v. Life on Air, Inc. et al*, April 17, 2020, CA U.S. Dist. Ct., South 3:20-CV-00742 Class Action), nonché le *Class Action* instaurate da cittadini e imprenditori statunitensi contro la Repubblica Popolare Cinese, accusata di non aver correttamente informato il pubblico circa la scoperta e la contagiosità del virus e di non averne efficacemente arginato la sua diffusione (*Bella Vista LLC et al v. The People’s Republic of China et al*, March 23, 2020, NV U.S. Dist. Ct. 2:20-CV-00574; *Alters v. People’s Republic of China et al*, March 12, 2020, FL U.S. Dist. Ct., South 1:20-CV-21108 Class Action). Ulteriori azioni di classe sono state introdotte contro l’Organizzazione Mondiale della Sanità, per non aver reagito tempestivamente all’origine della pandemia (*Kling et al v. The World Health Organization*, April 20, 2020, NY U.S. Dist. Ct., South 7:20-CV03124 Class Action), e contro il Presidente Trump e la sua amministrazione, per aver introdotto



economicamente incentivato – quale meccanismo di *private enforcement* – mediante l’applicazione di istituti caratteristici del diritto nordamericano quali le *Contingency Fees*<sup>31</sup> e i *Punitive Damages*<sup>32</sup> (su cui v. *infra*). Nondimeno, è opportuno dare conto di come la MDL abbia affiancato le *Class Action* e ne abbia in parte assorbito l’ambito di applicazione<sup>33</sup>. La *Multidistrict Litigation* è nata quale sorella minore della *Class Action* soprattutto nell’ambito della *Antitrust Litigation*<sup>34</sup> ed è disciplinata primariamente dal paragrafo 1407 del Titolo 28° dello *United States Code*<sup>35</sup> (U.S.C.).

Secondo la menzionata disciplina [28 U.S.C. § 1407 (a)<sup>36</sup>], qualora più azioni civili aventi ad oggetto le medesime questioni di fatto pendano avanti a giudici di differenti distretti (siano esse azioni individuali e/o azioni di classe<sup>37</sup>), lo *United States Judicial Panel on Multidistrict Litigation* (“*MDL Panel*”)<sup>38</sup>, su istanza di

---

misure discriminatorie verso gli immigrati e i loro congiunti, nell’ambito dei pacchetti di stimolo economico recentemente varati a sostegno dei soggetti a vario titolo colpiti dalle ricadute della pandemia (*Does v. Trump et al*, May 08, 2020, WI U.S. Dist. Ct., East 2:20-CV-00704).

<sup>31</sup> In argomento, cfr. J. SHAO, *Class Action Mechanisms in the Comparative Contexts: A Law and Economics Perspective*, in *Fordham International Law Journal*, 2019, 43, 4, 1174 s.; V. MORABITO, *Federal Class Actions, Contingency Fees, and the Rules Governing Litigation Costs*, in *Monash University Law Review*, 1995, 21, 2, 231 ss.; T. EISENBERG, G. P. MILLER, *Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study*, in *Cornell Law Faculty Publications*, 2004, Paper n. 356, in <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/356>.

<sup>32</sup> La bibliografia sulla figura si presenta a dir poco vasta. V., in riferimento al contesto italiano, F.M. BERNICCHI, *La funzione della responsabilità civile*<sup>2</sup>, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da P. CENDON, vol. I, Giappichelli, 2020, 5 ss.; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei “danni punitivi”*, Cedam, 2019, 1 ss.; G. MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo. Nel caleidoscopio delle recenti riforme*, Cedam, 2019, 14 ss.; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 6 ss.; E. AL MUREN, *L’apertura delle Sezioni Unite ai “punitive damages” tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. comm.*, 2018, 995 ss.; G. PONZANELLI, *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in questa *Rivista*, 2018, 1. Con riguardo all’ordinamento statunitense e, in particolare, nella prospettiva dell’azione di classe, cfr. F. BENATTI, *Danni punitivi e “class action” nel diritto nordamericano*, in *Analisi giur. econ.*, 2008, 231 ss.; C.R. SUNSTEIN, *Punitive damages: how juries decide*, University of Chicago Press, 2002; E.J. CABRASER, R.J. NELSON, *Class Action Treatment of Punitive Damages Issues after Philip Morris v. Williams: We Can Get There from Here*, in *Charleston Law Review*, 2007, 2, 2, 407 ss.; W.V. JOHNSON, *Problems with Plaintiffs’ Experts and Punitive Damages in Class Action and Mass Tort Litigation*, in *FDCC Quarterly*, 2005, 55, 2, 209 ss.; R.A. NAGAREDA, *Punitive Damage Class Action and the Baseline of Tort*, in *Wake Forest Law Review*, 2001, 36, 4, 943 ss.; C.M. SHARKEY, *The Future Of Classwide Punitive Damages*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2013, 46, 4, 1127 ss.

<sup>33</sup> N. TROCKER, *La class action*, cit., 755 s., il quale precisa peraltro come circa il 40% delle cause civili pendenti avanti alle corti federali – segnatamente in materia di danno da prodotto (su cui v. C.J. MASTERMAN, W.K. VISCUSI, *The Specific Consumer Expectations Test for Product Defects*, in *Indiana Law Journal*, 2020, 95, 1, 183 ss.), danno da medicinali o da dispositivi medici (J.J. LEIGHORN, C. ALLEN Jr., T. BREWINGTON, *Defending an Emerging Threat: Consumer Fraud Class Action Suits in Pharmaceutical and Medical Device Products-Based Litigation*, in *Food and Drug Law Journal*, 2006, 61, 3, 519 ss.), danno da catastrofi industriali (D.F. BOYLE, *Mass Accident Class Actions*, in *California Law Review*, 1972, 60, 6, 1615 ss.) – risulti trattato con il meccanismo della MDL, come avvenuto nei celebri casi *Volkswagen* (Diesel-gate), *Facebook* (Cambridge Analitica), *Monsanto* (Glifosato).

<sup>34</sup> M. BLAKE RHODES, *The Judicial Panel on Multidistrict Litigation: Time for Rethinking*, in *140 U. Pa. L. Rev.*, 1991, 711.

<sup>35</sup> Anche il testo del vigente U.S.C., messo a disposizione dall’*Office of the Law Revision Counsel* della *U.S. House of Representatives*, è liberamente consultabile all’indirizzo <https://uscode.house.gov/download/download.shtml>.

<sup>36</sup> Per una più compiuta illustrazione del procedimento derivante dalla disciplina in discorso, cfr. A.R. GLUCK, A.R., *Unorthodox Civil Procedure: Modern Multidistrict Litigation’s Place in the Textbook Understandings of Procedure*, in *Univ. Pa. L. Rev.*, 2017, 165, 1669 ss. Davanti al medesimo organo giurisdizionale, invece, la *consolidation* di più cause si realizza ai sensi della *Rule 42 Fed. R. Civ. P.*

<sup>37</sup> Il contenzioso scaturito dal *Dieselgate* ha determinato la contemporanea pendenza di vertenze di entrambe le tipologie.

<sup>38</sup> Il *MDL Panel* è un organismo giurisdizionale, composto da sette giudici distrettuali di provenienza differenziata nominati dal *Chief Justice of the United States*, istituito dal Congresso nel 1968, con il compito di coordinare l’accentramento delle cause multidistrettuali e di nominare i giudici responsabili dei procedimenti preliminari coordinati e consolidati, ai sensi del 28 U.S.C. §1407 (v. la *Overview* disponibile sul sito del *MDL Panel*, all’indirizzo <https://www.jpml.uscourts.gov/overview-panel-0>). In argomento, cfr. D.L. NOLL, *What Do MDL Leaders Do? Evidence From Leadership Appointment Orders*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2020, 24, 2, 433





parte o in via officiosa, può trasferire tutte le cause avanti al medesimo distretto (“*Transferee Forum*”), affinché in quella sede sia svolto un procedimento preliminare coordinato e consolidato (“*Pretrial Proceedings*”). Il *MDL Panel* adotta tale provvedimento solo dopo aver verificato che l’accentramento della trattazione preliminare è nell’interesse delle parti e dei testimoni, oltre a incentivare uno svolgimento equo ed efficiente delle azioni. All’esito del *Pretrial Proceedings*, salvo che sia intervenuta *medio tempore* una definizione, ciascuna causa è destinata a ritornare nel distretto di provenienza, per la decisione.

Come si è notato in dottrina<sup>39</sup>, tale duttile strumento – per lo più affidato alle capacità del *Transferee Judge* nominato dal *MDL Panel* per gestire il procedimento preliminare e improntato a principi di visibilità e trasparenza – non impone i rigidi criteri di certificazione propri dell’azione di classe, fondandosi invece su di una concezione più elastica del requisito della *Commonality*; esso, peraltro, pur consentendo un sistema di *opt-out* per le parti che intendano proseguire nell’azione individuale, nella pratica incentiva fortemente una definizione bonaria (*Settlement*) globale dell’azione, già in fase di *Pretrial Proceedings*<sup>40</sup>.

Ciò si determina anche, ma non solo, in virtù delle peculiari regole che si sono via via affermate nella prassi, segnatamente con riguardo ai mezzi istruttori cui le parti possono ricorrere nell’ambito del procedimento preliminare. In questa sede, infatti, i giudici sono soliti riconoscere alle parti – in aggiunta agli ordinari mezzi probatori<sup>41</sup> – penetranti strumenti di ricerca e acquisizione al processo di elementi di prova, quali i *Plaintiff Fact Sheets* e i *Lone Pine Orders*<sup>42</sup>, in grado di differenziare – per quanto possibile – le singole posizioni dei soggetti interessati. Uno dei limiti intrinseci dell’azione di classe – soprattutto in caso di *Settlement* globale – si individua, infatti, nell’inevitabile standardizzazione della risoluzione di questioni differenziate, ad esempio sotto il profilo della quantificazione del risarcimento riconosciuto in favore di ciascun membro della classe, che non giungerà mai al grado di precisa determinazione che potrebbe conseguirsi nell’ambito di un’azione individuale<sup>43</sup>.

---

ss.; A.D. LAHAV, *Multidistrict Litigation And Common Law Procedure*, *ivi*, 531 ss.; Z.T. NELSON, *Multidistrict Litigation And Personal Jurisdiction*, *ivi*, 709 ss.; M.S. WILLIAMS, *The Effect Of Multidistrict Litigation On The Federal Judiciary Over The Past 50 Years.*, in *Georgia Law Review*, 2019, 53, 4, 1245 ss.; T. LANGTON, *Trends in Selection of Transferee Court in Product Liability Multidistrict Litigation*, in *Mass Torts*, 2020, 18, 2, 2 ss.

<sup>39</sup>N. TROCKER, *La class action*, *cit.*, 757 ss., il quale evidenzia come solo il 3-4% delle cause trattate mediante lo strumento della *MDL* – particolarmente adatto per la trattazione delle azioni risarcitorie relative a illeciti plurioffensivi ad ampissima diffusione – pervenga alla fase finale della decisione avanti al giudice originariamente adito, in quanto non definita transattivamente in fase di *Pretrial Proceedings*.

<sup>40</sup>La disciplina della *MDL* non prevede i requisiti di certificazione visti in materia di *Class Action*, ma solo la presenza di questioni fattuali comuni a più azioni pendenti avanti a giudici diversi. L’assenza di un rigido requisito di *Predominance* e la conseguente possibilità di raccogliere nella “rete” della *MDL* casi tenuemente correlati tra loro si spiegano proprio alla luce della *ratio* dello strumento, pensato per consentire un successivo ritorno della causa avanti al giudice originario. V. E.C. BURCH, A.R. GLUCK, *MDL Revolution*, in *96 New York University Law Review*, 2021, n. 1, 12; A.D. BRADT, *Something Less and Something More: MDL’s Roots as a Class Action Alternative*, in *165 U. Pa. L. Rev.*, 2017, 1731 ss.

<sup>41</sup>Sul tema della formazione delle prove nell’ambito dell’azione di classe, cfr. J.B. GELBACH, *The Triangle of Law and the Role of Evidence in Class Action Litigation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, 165, 7, 1807 ss.

<sup>42</sup>I primi (su cui v. M.S. WILLIAMS, J.A. CANTONE, E. G. LEE III (ed. by), *Plaintiff Fact Sheets in Multidistrict Litigation Proceedings. A Guide for Transferee Judges*, Federal Judicial Center, 2019) sono questionari che vengono inviati alle parti per raccogliere informazioni sulle loro caratteristiche personali e sulle circostanze di fatto relative alla causa (ad es. la tipologia e la gravità del pregiudizio lamentato); i secondi, invece, sono inviti rivolti agli attori a produrre dichiarazioni giurate di esperti in ordine alle circostanze rilevanti sul piano causale a livello individuale (in argomento, v. N.F. ENGSTROM, *The Lessons of Lone Pine*, in *Yale Law Journal*, 2019, 129, 1, 2 ss.; J. BECK, *Considerations for Defense Counsel in Deciding to Seek, or Not to Seek, Lone Pine Orders in Mass Tort Litigation*, in *Defense Counsel Journal*, 2018, 85, 2, 1 ss.; R.F. REDMOND JR., *Lone Pine Orders and Proposed Revisions to Rule 26(b)(1)*, *ivi*, 2015, 82, 4, 447 ss.). Cfr. N. TROCKER, *La class action*, *cit.*, 760.

<sup>43</sup>Ancor, sul tema, è opportuno rinviare a A. GIUSSANI, *Le azioni di classe*, *cit.*, 167 ss., il quale sottolinea come tale standardiz-





Un ulteriore “pungolo” verso la definizione transattiva delle cause “riunite” mediante la MDL può derivare dalla facoltà, riconosciuta e sperimentata nella prassi giurisprudenziale, di selezionare una o alcune cause rappresentative, che vengono discusse e decise prioritariamente (“*Bellwether Trial*”<sup>44</sup>) e rapidamente (solitamente nell’arco di due-tre settimane), senza che l’esito rivesta carattere vincolante per le altre cause consolidate, ma con lo scopo di fornire informazioni utili alle parti di queste ultime per effettuare una valutazione prognostica e di indirizzo, in vista di un *Settlement*<sup>45</sup> globale della MDL.

Dunque, seppur pensata per rappresentare uno strumento di centralizzazione e consolidazione del procedimento preliminare, la MDL ha rivelato il decisivo ruolo rivestito dalle *Transferee Court* nell’effettiva ed efficiente definizione globale delle vertenze consolidate, segnatamente mediante il ricorso al *Nonbinding Bellwether Process*, il quale, consentendo alle parti di condurre le negoziazioni sulla base di valutazioni misurate sulla realtà delle concrete fattispecie, rappresenta un elemento propulsivo notevole verso il *Global Settlement*<sup>46</sup>.

In prima approssimazione, si potrebbe essere portati a riconoscere alla MDL pregi maggiori di quelli di norma attribuiti alla *Class Action*, rispetto alla quale la procedura “multi distrettuale” risulterebbe più efficiente nella trattazione delle controversie e più efficace nel recare a un esito soddisfacente per i *Plaintiff*. Tuttavia, la disciplina della MDL e la sua prassi applicativa non sono andate esenti da penetranti rilievi critici<sup>47</sup>.

Per meglio comprendere tali rilievi critici è bene premettere che la MDL è stata concepita quale strumento per la trattazione preliminare consolidata di azioni individuali, ovverosia di pretese inidonee a essere fatte oggetto di una *Class Action*. Inoltre, la trattazione congiunta è stata limitata alla fase del *Pretrial*, in quanto

---

zazione si traduca in un vantaggio per il convenuto soccombente della classe, in quanto “l’aggregazione opacizza i fattori di incremento della liquidazione ben più dei fattori di riduzione”, e nota inoltre che “tale fenomeno, poi, si accentua ulteriormente allorché diano risarcibili danni punitivi”.

<sup>44</sup> Si veda E.E. FALLON, J.T. GRABILL, R.P. WYNNE, *Bellwether Trials in Multidistrict Litigation*, in *Tulane Law Review*, 2008, 82, 2323 ss., i quali chiariscono anche l’etimologia del termine, che deriva dall’antica usanza di munire di una campana (“*bell*”) un ariete (“*wether*”) che avrebbe così guidato l’intero gregge. A livello statistico, nota E.C. BURCH, *Mass Tort Deals. Backroom Bargaining in Multidistrict Litigation*, Cambridge University Press, 2019, 256, che solo nel quarantaquattro per cento delle *Product Liability MDL* si dà luogo a un *Bellwether Trial*.

<sup>45</sup> N. TROCKER, *La class action*, cit., 761, ove l’A. riporta anche alcuni *Big Money Case* recentemente definiti mediante accordo transattivo con (*Vioxx Products Liability Litigation*) o senza la necessità (*Volkswagen-Clean Diesel*) del *Bellwether Trial*. Sulle menzionate decisioni, v., nella dottrina anglosassone, per *Vioxx Products*, P. TRAPANI, *In Re Vioxx Products Liability Litigation: Circumventing Due Process Concerns by Allowing Individualization in Sampling Procedures*, in *Tulane Law Review*, 2007, 82, 6, 2517 ss.; A. JOHNSON, *Vioxx and Consumer Product Pain Relief: The Policy Implications of Limiting Courts’ Regulatory Influence over Mass Consumer Product Claims*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2007, 41, 3, 1039 ss.; C. SCHAECHER, *Ask Your Doctor If This Product Is Right for You: Perez v. Wyeth Laboratories, Inc., Direct-to-Consumer Advertising and the Future of the Learned Intermediary Doctrine in the Face of the Flood of Vioxx Claims*, in *Saint Louis University Public Law Review*, 2007, 26, 2, 421 ss.; e, per *Volkswagen-Clean Diesel*, B. CANIS, R.K. LATTANZIO, A. VANN, B.D. JACOBUCCI, *Volkswagen, defeat devices, and the Clean Air Act: frequently asked questions*, CRS, 2016, 1 ss.; J.K. POWELL, *The VW Emissions Scandal: Cities as Trust Fund Beneficiaries*, in *Natural Resources & Environment*, 2018, 32, 3, 26 ss.; G. ALLERY, *The Volkswagen settlement: an opportunity for tribes to mitigate nitrous oxide emissions in Indian country*, in *The Federal Lawyer*, 2017, 64, 5, 12 ss.

<sup>46</sup> V. nuovamente E.E. FALLON, J.T. GRABILL, R.P. WYNNE, *Bellwether Trials*, cit., 2365 s., ove gli Aa. evidenziano altresì alcuni svantaggi connaturali al *Bellwether Trial*, quali: la maggior dispendiosità di simili procedimenti, data la loro decisività “amplificata”; l’inevitabile rischio che i legali possano sfruttare, nell’ambito degli ulteriori giudizi destinati a essere discussi nel medesimo foro, le informazioni raccolte circa gli orientamenti della corte; nonché il limite derivante dalla necessità di confrontarsi con una giuria rappresentativa del campione demografico proprio del foro di accentramento delle cause, che, in una realtà fortemente variegata quale è quella degli stati uniti, può incidere notevolmente sull’esito della vertenza.

<sup>47</sup> Per un’ampia analisi della tematica, si rinvia a E.C. BURCH, *Mass Tort Deals. Backroom Bargaining in Multidistrict Litigation*, cit., *passim*; E.C. BURCH, A.R. GLUCK, *MDL Revolution*, cit., 1.



le azioni consolidate erano destinate a ritornare presso il giudice naturale per la trattazione e la decisione nel merito. Queste caratteristiche sono risultate essenziali per consentire alla MDL di superare i dubbi di legittimità costituzionale di uno strumento “accentratore”, in seno a un sistema – quello nordamericano – fortemente votato al federalismo giuridico, nel quale ogni stato è titolare della potestà legislativa in materia di procedura civile e, ad esempio, di *Tort Law*. In questa prospettiva, si ritenevano accettabili le limitazioni derivanti dall’adesione forzosa a una procedura di MDL, in quanto bilanciate dalla tutela assicurata al singolo dal “rientro” del fascicolo presso il giudice statale, per la decisione della causa secondo il diritto sostanziale e procedurale dello stato di origine.

Le critiche allo strumento traggono origine, però, dal concreto funzionamento della procedura di MDL, che oggi interessa il ventuno per cento delle nuove controversie civili federali e il quaranta per cento del carico di controversie civili pendenti<sup>48</sup> e che è stata come detto pensata quale strumento per offrire agli attori di azioni individuali non suscettibili di essere incluse in un’azione di classe un efficiente *Pretrial Process* accentrato, prima che il fascicolo faccia ritorno all’ordinamento e al sistema giudiziario statali di origine<sup>49</sup>. Osservando le statistiche, si può concludere che solo un limitatissimo numero di casi fa ritorno avanti al giudice d’origine, in quanto la stragrande maggioranza delle MDL viene definita – mediante un *Global Settlement* – avanti al *MDL Judge* (o *Trnaferree Judge*)<sup>50</sup>. Ciò comporta che la fase di *Pretrial* acquisti un’importanza preponderante rispetto alla (eventuale) fase di trattazione e decisione nel merito. Tale fase di *Pretrial*, tuttavia, proprio perché riferita a un numero elevato di azioni individuali provenienti da differenti stati (ciascuno avente un proprio diritto sostanziale e processuale), risulta scarsamente regolamentata. In tale contesto, il *MDL Judge*, da un lato, si ritrova investito di un ampio potere discrezionale, anche nel fissare le regole procedurali (con la creazione di un vero e proprio *MDL Common Law*)<sup>51</sup>; dall’altro, si sente investito del compito di perseguire una soluzione transattiva globale della vertenza<sup>52</sup>, anche in quanto – nell’assenza di regole prefissate – l’intera procedura è spesso affidata al criterio del consenso e vede un attivo coinvolgimento degli avvocati individuati (senza la rigorosa valutazione prescritta in materia di *Class Avtion*) quali referenti della MDL<sup>53</sup>.

Alla luce di queste evidenze empiriche, messe ulteriormente in rilievo nell’ambito del clamoroso e paradigmatico caso *Opiades*<sup>54</sup>, i critici hanno potuto sottolineare i limiti intrinseci della MDL e proporre alcuni

<sup>48</sup> M.S. WILLIAMS, *The Effect of Multidistrict Litigation*, cit., 1272.

<sup>49</sup> Cfr. E.C. BURCH, A.R. GLUCK, *MDL Revolution*, cit., 4.

<sup>50</sup> Solo il tre per cento dei casi consolidati in MDL fa ritorno avanti al giudice statale (v. *Judicial Panel on Multidistrict Litigation—Judicial Business*, 2019, Admin. Off. of the U.S. Cts., in <https://www.uscourts.gov/judicial-panel-multidistrictlitigation-judicial-business-2019>).

<sup>51</sup> Con riguardo ai poteri istruttori, cfr. N. FREEMAN ENGSTROM, *The Lessons of Lone Pine*, in 129 *Yale L.J.*, 2019, 2; E. FALLON, *Common Benefit Fees in Multidistrict Litigation*, in 74 *La. L. Rev.*, 2014, 371; N. FREEMAN ENGSTROM, A. ESPELAND, *Lone Pine Orders: A Critical Examination and Empirical Analysis*, in 168 *U. Pa. L. Rev. online*, 2020, 91. Secondo E.C. BURCH, A.R. GLUCK, *MDL Revolution*, cit., 9, la *MDL Common Law* si sviluppa “exceptional case by exceptional case until the exception becomes the norm”. V. anche J. OVERLEY, E. FIELD, *What Attys Should Know as Juul Battles Blaze of Litigation*, in *Law360*, Feb. 14, 2020, <https://www.law360.com/articles/1213895/what-attys-should-know-as-juul-battles-blaze-of-litigation>.

<sup>52</sup> Di una sorta di “cultura della transazione a tutti i costi” tratta A.R. GLUCK, *Unorthodox Civil Procedure*, cit., 1688, richiamando anche le parole di un giudice, per il quale, nella cultura delle *Transferee Court* il rinvio del fascicolo al giudice originario è avvertito come un fallimento, sicché il *Transferee Judge* si sente in dovere di trovare una soluzione globale della MDL.

<sup>53</sup> E.C. BURCH, A.R. GLUCK, *MDL Revolution*, cit., 10 ss.; A.R. GLUCK, *Unorthodox Civil Procedure*, cit., 1673.

<sup>54</sup> La cosiddetta *Opiates MDL* è relativa alla “pandemia” di dipendenza da medicinali oppiacei che ha portato all’introduzione, in tutti gli Stati Uniti, di quasi tremila azioni individuali nei confronti di numerose compagnie farmaceutiche. V. E.C. BURCH, A.R. GLUCK, *MDL Revolution*, cit., 4 ss. Recentemente, si è dato notizia del *Settlement* intervenuto relativamente al “ramo” dell’*Opiates MDL* che aveva quali protagoniste le comunità di nativi americani (N. RAYMOND, *Drug distributors, J&J to pay \$590 mln to settle*



correttivi. Sul versante dei limiti, si è posto in luce come il concreto funzionamento della MDL costringa molti attori a discutere profili determinanti per il successo della propria azione sotto la giurisdizione del *Transferee Judge*, con la rappresentanza di un avvocato non selezionato sulla base del rapporto fiduciario, nonché in applicazione di principi di diritto sostanziale giocoforza frutto di sensibili generalizzazioni, dato l'impianto federalista della *Tort Law* statunitense<sup>55</sup>. Per altri versi, il funzionamento della MDL rischia di intrappolare gli attori in un "buco nero"<sup>56</sup>, stanti le difficoltà di sfilarsi da un *Global Settlement* particolarmente incentivato dal *Transferee Judge* e spesso particolarmente oneroso sotto il profilo delle spese legali, riconosciute agli avvocati sotto forma di *Common Benefit Fee*<sup>57</sup>.

Formulando, invece, proposte di correzione delle criticità sopra segnalate, la dottrina ha indicato la necessità di: (i) aumentare le occasioni di discussione pubblica delle cause consolidate in MDL; (ii) prevedere rinvii randomizzati ai giudici originari perché possano affrontare le problematiche emergenti nei casi secondo il diritto nazionale; (iii) garantire un più ampio accesso ai mezzi di impugnazione, relativamente ai provvedimenti assunti nell'ambito della MDL; (iv) prestare maggiore attenzione alle peculiarità del diritto applicabile nei differenti sistemi giuridici coinvolti nella MDL; (v) imporre più rigidi criteri di selezione degli avvocati rappresentanti della MDL; (vi) prevedere più precise norme in materia di giurisdizione, ovvero creare una nuova e specifica giurisdizione federale<sup>58</sup>. Un tempestivo intervento del legislatore in questo senso impedirebbe il cronicizzarsi delle storture emerse nella pratica della MDL<sup>59</sup>.

Come si è detto, però, il ridimensionamento applicativo della *Class Action* non è dipeso solamente dal corrispondente successo della MDL. Le ragioni di tale evoluzione vanno ricercate anche nei principi giurisprudenziali affermati dalla Corte Suprema, che hanno indotto i commentatori a interrogarsi sul futuro dell'azione di classe. È dunque necessario dare conto anche dell'incidenza che hanno avuto le interpretazioni giurisprudenziali sull'applicazione della disciplina dell'azione di classe che, in un ordinamento giuridico di *Common Law*, rivestono un ruolo centrale nel delineare il contesto applicativo di un istituto.

Ebbene, a partire dal 2010, alcuni interventi della Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>60</sup> hanno portato gli interpreti a interrogarsi sull'attuale portata e sul futuro delle azioni di classe nell'ordinamento nordamerica-

---

*U.S. tribes' opioid claims*, Feb. 2, 2022, in *Reuters.com*). Un ulteriore "ramo" della *Opiates MDL* ha avuto come protagonista la famiglia Sackler, titolare di Purdue Pharma, ed ha visto l'utilizzo della *Bankruptcy Court* quale elemento di centralizzazione delle azioni nel foro fallimentare, nel tentativo di conseguire una transazione globale (v. in argomento E.C. BURCH, A.R. GLUCK, *MDL Revolution*, cit., 47 ss.; R. HAMPTON, *Unsettled: How the Purdue Pharma Bankruptcy Failed the Victims of the American Overdose Crisis*, St. Martin's Press, 2021).

<sup>55</sup> Cfr. E.C. BURCH, A.R. GLUCK, *MDL Revolution*, cit., 6.

<sup>56</sup> L'espressione si deve a E.C. ROBRENO, *The Federal Asbestos Product Liability Multidistrict Litigation (MDL-875): Black Hole or New Paradigm?*, in 23 *Widener L.J.* 97, 2013, 126.

<sup>57</sup> V. C. SILVER, G.P. MILLER, *The Quasi-Class Action Method of Managing Multi-District Litigations: Problems and a Proposal*, in 63 *Vand. L. Rev.* 107, 2010, 131 s.

<sup>58</sup> Per approfondire ciascuno degli aspetti enumerati, cfr. E.C. BURCH, A.R. GLUCK, *MDL Revolution*, cit., 53 ss.

<sup>59</sup> "Once bent, legal rules tend to stay bent" (J.C. COFFEE Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, in 95 *Colum. L. Rev.* 1343, 1995, 1463).

<sup>60</sup> Si tratta, in ordine cronologico, di *Stolt-Nielsen S.A. et al. v. Animalfeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662 (2010), liberamente consultabile all'indirizzo <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1198.pdf> ("Stolt-Nielsen"); *AT&T Mobility, LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011), liberamente consultabile all'indirizzo <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-893.pdf> ("Concepcion"); *Wal-Mart v. Dukes*, 564 U.S. 338 (2011), liberamente consultabile all'indirizzo <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-277.pdf> ("Wal-Mart"); *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant et al.*, 570 U.S. 228 (2013), liberamente consultabile all'indirizzo [https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-133\\_19m1.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-133_19m1.pdf) ("Italian Colors"); e di *Lamps Plus Inc., et al. v. Varela*, 587 U.S. (2019), liberamente consultabile all'indirizzo [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-988\\_n6io.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-988_n6io.pdf) ("Varela").



no<sup>61</sup>. Pur non essendo possibile, in questa sede, analizzare dettagliatamente il dibattito suscitato, anche negli U.S.A.<sup>62</sup>, da tale recente filone giurisprudenziale, è nondimeno interessante illustrare sinteticamente i principi affermati dalla *Supreme Court* con riguardo, da un lato, ai rapporti tra azioni di classe e clausole arbitrali e, dall'altro, all'interpretazione dei requisiti per la *Class Certification*.

Con le quattro decisioni *Stolt-Nielsen*, *Concepcion*, *Italian Colors* e *Varela*<sup>63</sup>, la Corte Suprema ha di fatto limitato l'accesso al rimedio in discorso in presenza (invero assai frequente nella prassi negoziale<sup>64</sup>) di una clausola arbitrale, affermando che – secondo la *ratio* del Federal Arbitration Act<sup>65</sup>, destinato a imporsi sulla legislazione statale in virtù della *Preemption Doctrine*<sup>66</sup> – l'inserimento nel contratto di una simile

<sup>61</sup> V. *amplius*, N. TROCKER, *La class action*, cit., 774 ss. Hanno tratto rilievi critici circa il futuro della *Class Action* nordamericana dalla recente giurisprudenza della Corte Suprema, A. PALMIERI, *Consumatori, tutela collettiva, arbitrato: di miti (americani) infranti e timidi risvegli europei*, in C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (a cura di), *Jus dicere in a globalized world. A comparative overview*, Roma Tre-Press, 2018, 637 ss.; F. BENATTI, *La fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della class action statunitense*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 500 ss.; A. PALMIERI, *Arbitrati individuali coatti e ghetizzazione della class action: la controrivoluzione (a spese del contraente debole) nel sistema di enforcement statunitense*, in *Foro it.*, 2016, V, 91 ss. Cfr. ulteriormente, nella dottrina italiana, A. RALLO, *Ripensando la "Class arbitration" alla luce della decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti "American Express c. Italian Colors"*, in *Dir. comm. int.*, 2015, 328 ss.; I. BITONTI, *"Class action arbitration": il no della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America*, in *Foro pad.*, 2014, 15 ss.; M.M. WINKLER, *Il caso "Amex" e i sentieri accidentati della "class arbitration" in America*, in *Int'l Lis*, 2014, 27 ss.; G. ROMEO, *Il crepuscolo degli dei: l'azione di classe negli Stati Uniti d'America alla prova del diritto costituzionale*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2012, 1134 ss.; G. CASONI, *Le prospettive della "class action arbitration" alla luce delle ultime pronunce della Corte Suprema Americana*, in *Obbl. contr.*, 2012, 537 ss.; ID., *Recenti sviluppi sulla class action arbitration negli Stati Uniti*, in *Riv. arbitr.*, 2011, 118 ss.

<sup>62</sup> V., anche per ulteriori riferimenti, S.M. MALVEAUX, *Procedural Law, the Supreme Court, and the Erosion of Private Rights Enforcement*, in *Jotwell*, 2020, 1 ss.; S.J. CAMPOS, *The Uncertain Path of Class Action Law*, in *Cardozo Law Review*, 2019, 40, 5, 2223 ss.; G. PAILLI, *Global Deterrence for Wrongful Behaviour and Recend Trands in Class Action and Class Arbitration: is the US Stepping Down as the World's Problem Solver?*, in *Civil Justice Quarterly*, 2014, 33, 3, 266 ss.; M. BOLIN, *Fear And Loathing Of Class Action Arbitration, Or How To Dismiss The Effective Vindication Doctrine*, in *Loy. L.A. L. Rev.*, 2014, 47, 563; S.L. BASS, *U.S. Supreme Court Overturns Ninth Circuit Addressing Class Action Arbitration Agreements*, in *Labor Law Journal*, 2019, 70, 3, 191 s.; M.G. GORDON, *U.S. Supreme Court Dims the Lights on Plaintiffs' Rights to Class Action Arbitration in Lamps Plus*, in *Alternative Dispute Resolution*, 2019, 24, 1, 7 ss.; A.S. KAPLINSKY, M.J. LEVIN, M.C. BRYCE Jr., *Arbitration Developments: Post-Concepcion. The Supreme Court Expands Upon Its Landmark Decision*, in *The Business Lawyer*, 2012, 69, 2, 647 ss.

<sup>63</sup> V. *supra*, nota n. 60.

<sup>64</sup> V. per approfondire il tema, C.M. BAKER, D.T. OSTAS, *Ethics Of Legal Astuteness: Barring Class Actions Through Arbitration Clauses*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2020, 29, 3, 499; A. MCLEOD, *The Enforceability Of Arbitration Clauses Containing Class Action Waivers: Will Courts Allow Potential Class Members To Waive Goodbye To Compensation?*, in *University of Western Australia Law Review*, 2020, 47, 2, 326 ss.; N.A. WELSH, *Class Action-Barring Mandatory Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: An Example of (and Opportunity for) Dispute System Design*, in *University of St. Thomas Law Journal*, 2016, 13, 2, 381 ss.

<sup>65</sup> In argomento, cfr. N.E. O'CONNOR, *The Insurmountable Textual Obstacle: A Narrow Interpretation of the Federal Arbitration Act*, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2019, 32, 4, 855 ss.; C.E. CATALDO, *Delegating the Administration of Justice: The Need to Update the Federal Arbitration Act*, in *Suffolk University Law Review*, 2019, 52, 1, 37 ss.; K.M. LEWIS, *An Avalanche of arbitration: three federal arbitration act cases at the Supreme Court*, CRS, 2019; J.D. FEERICK, *Federal Arbitration Act at 80: anniversary lecture series: commemorative booklet*, New York, 2004; J.O. SHIMABUKURO, *The Federal Arbitration Act: background and recent developments*, CRS, 2003.

<sup>66</sup> Sul tema, nella particolare prospettiva qua trattata, cfr. K. KLEINER, *AT&T Mobility L.L.C. v. Concepcion: The Disappearance Of The Presumption Against Preemption In The Context Of The FAA*, in *Denver University Law Review*, 2012, 89, 3, 747 ss. Più in generale, la *Preemption Doctrine* è intesa – nel sistema statunitense – quale principio di prevalenza delle leggi costituzionali e federali su quelle dei singoli stati. Come ben chiarito dalla giurisprudenza, ad esempio dalla Supreme Court of Nevada, nella sua decisione del 20 settembre 2007 (168 P.3d 73, *Nanopierce Tech. v. Depository Trust*), la *Preemption Doctrine*, la quale stabilisce che la legge federale prevale sulla legge statale confliggente, deriva dalla clausola di supremazia inserita nell'articolo VI della Costituzione degli Stati Uniti. Detta clausola richiede che le leggi federali siano la legge suprema del paese e ciò a prescindere dalle previsioni contrarie delle costituzioni o delle leggi di qualsiasi singolo stato. Pertanto, laddove sussista un conflitto tra la legge federale e quella statale, la legge federale valida prevale, precludendo l'applicazione di una legge statale altrimenti valida. La clausola di *Preemption* può impor-





clausola impedisce sia la devoluzione all'arbitro della controversia in forma collettiva (“*Class Arbitration*”), sia la partecipazione a un'ordinaria azione di classe, avanti a un giudice statale<sup>67</sup>. Questo principio – seppur non estensibile a tutte le categorie di azione di classe (ne restano escluse, ad esempio, le *Tort Liability Class Actions*<sup>68</sup>) – si presta nondimeno a un intenso sfruttamento da parte di quegli operatori economici in grado di imporre (soprattutto nelle relazioni negoziali *Business to Consumer*) l'inserimento nei contratti standard di clausole arbitrali che escludano il ricorso all'arbitrato di classe o alla *Class Action*, così di fatto segnando il tramonto dell'azione di classe come da noi conosciuta<sup>69</sup>. Infatti, come notato dal giudice Kagan nella sua *Dissenting Opinion* relativa alla citata decisione *Italian Colors*, “nessun attore razionale proporrebbe un'azione del valore di decine di migliaia di dollari se per farlo dovesse incorrere in costi per centinaia di migliaia”<sup>70</sup>.

Con la sentenza *Wal-Mart*<sup>71</sup>, invece, la Corte Suprema è intervenuta in materia di *Class Action* antidiscriminazione (nella specie, veniva prospettata una discriminazione di genere a danno delle dipendenti), fornendo un'interpretazione particolarmente rigida del requisito della *Commonality* [23(a)(2)]. Secondo i giudici federali, in particolare, sebbene la norma lo preveda espressamente solo per le azioni di classe certificate ai sensi della *Rule 23* (b)(3), le corti devono estendere a tutte le azioni di classe, comunque qualificabili, la verifica circa la sussistenza dell'ulteriore requisito della *Predominance*, accertando cioè che le questioni di diritto o di fatto comuni ai membri della classe risultino predominanti rispetto alle questioni individuali di ciascun membro<sup>72</sup>. Per altri versi, le corti si trovano sovente a valutare la certificazione dell'azione di classe sotto il profilo della gestibilità (“*Manageability*”) delle questioni individuali che possano emergere all'interno dell'azione stessa, in considerazione del diritto riconosciuto a ciascun membro di rivendicare la trattazione<sup>73</sup>.

---

si tanto in modo espresso, quanto in modo implicito. In argomento, cfr. E. AL MUREDEN, *Presentazione*, in G. CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics. Saggi per una rimediazione ed un ricordo*, a cura di F. FIMMANÒ, V. OCCORSIO, Giuffrè, 2018, XXVII ss., il quale, oltre a fornire una rassegna casistica dell'applicazione della dottrina da parte della corti USA, a sua volta rimanda a T.O. MCGARITY, *The Preemption War: When Federal Bureaucracies Trump Local Juries*, Yale University Press, 2008; A. UNTEREINER, *The Preemption Defense in Tort Actions: Law Strategy and Practice*, U.S. Chamber Institute for Legal Reform, 2008; e a J.T. O'REILLY, *Federal Preemption of State and Local Law*, American Bar Association, 2006.

<sup>67</sup> Cfr. nuovamente N. TROCKER, *La class action*, cit., 774. E v. anche M. GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 987 ss.

<sup>68</sup> Su cui, nella dottrina italiana, cfr. F. BENATTI, *La giustizia statunitense alla prova dei “mass torts”: il caso “In re Deepwater Horizon”*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 675; F. QUARTA, *Azioni di classe e “mass torts”. A proposito di un dibattito statunitense sulla quantificazione del “danno alla società”*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 1211.

<sup>69</sup> Il tema è più ampiamente sviluppato da G. PAILLI, *Global Deterrence*, cit., 277 ss.

<sup>70</sup> Cfr., *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant et al.*, cit., spec. 7.

<sup>71</sup> V. *supra*, nota n. 60.

<sup>72</sup> Per una più approfondita analisi della decisione e delle sue ricadute processualistiche, cfr. K. REINHARD, “*Sociological Gobbledygook*”: *Gill v. Whitford, Wal-Mart v. Dukes, and the Court’s Selective Distrust of “Soft Science”*, in *UCLA Law Review*, 2020, 67, 3, 700 ss.; D. MARCUS, *The Persistence And Uncertain Future Of The Public Interest Class Action*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2020, 24, 2, 395 ss.; J.A. SEINER, *Commonality and the Constitution: A Framework for Federal and State Court Class Actions*, in *Indiana Law Journal*, 2016, 91, 2, 455 ss.; T.J. BOUTROUS Jr., B.J. HAMBURGER, *Three Myths About Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, in *George Washington Law Review Arguendo*, 2014, 82, 47 ss.; A.B. SPENCER, *Class Actions, Heightened Commonality, And Declining Access To Justice*, in *Boston University Law Review*, 2013, 93, 2, 441 ss.; A. PRASAD, *Class Certification after Wal-Mart v. Dukes*, in *Pretrial Practice & Discovery*, 2012, 21, 1, 11 ss. Nella dottrina italiana, v., *amplius* sul tema, N. TROCKER, *La class action*, cit., 769 ss.

<sup>73</sup> V., in argomento, M.K. GRIMALDI, *Trying Class Actions*, cit., 93 ss., che cita la decisione *Duran* della *Supreme Court of California* [*Duran v. U.S. Bank National Association*, 325 P.3d 916 (Cal. 2014)], per la quale “nel considerare se una azione di classe sia il migliore strumento per risolvere una controversia, la gestibilità delle questioni individuali è tanto importante quanto la sussistenza di questioni comuni che unifichino la proposta classe” (libera traduzione).





Come è agevole osservare, si tratta di decisioni che dimostrano come – in un ordinamento saldamente ancorato alla propria matrice di *Common Law* – l’orientamento della Corte Suprema, anche alla luce del mutamento delle maggioranze al suo interno, tra giudici progressisti e giudici conservatori, sia in grado di condizionare in maniera assai significativa l’accesso allo strumento processuale della *Class Action*<sup>74</sup>, nonché il suo funzionamento nella pratica giudiziale<sup>75</sup>, ponendo rilevanti questioni in ordine alla perdurante efficienza del rimedio, sia nella prospettiva dell’analisi economica, sia dall’angolo di visuale della politica del diritto<sup>76</sup>.

4. – Come si è anticipato, il *Dieselgate* rappresenta un caso paradigmatico per osservare analogie e differenze nell’approccio dei sistemi giuridici. Volendo prendere in esame anche l’esperienza italiana, è necessaria una breve digressione sulla disciplina dell’azione di classe nel nostro sistema che, come noto, è stata oggetto di una recente riforma che la ha traghettata dal codice del consumo al codice di procedura civile<sup>77</sup>. Poiché l’azione di classe intrapresa dal Altroconsumo è stata regolata dalla previgente disciplina, è necessario muovere da alcune sintetiche considerazioni sul suo funzionamento.

Il rimedio previsto dal codice 140-*bis* del codice del consumo era diretto alla tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti, nonché degli interessi collettivi<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Anche secondo il giudice Guido Calabresi “è vero che la tendenza, anche da parte del Congresso, è quella di restringere le condizioni per poter accedere allo strumento delle class actions” (intervista raccolta in N. BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 32).

<sup>75</sup> Cfr. sul tema, oltre al già cit. D. MARCUS, *The Persistence*, cit., 395 ss., anche S.B. BURBANK, S. FARHANG, *Class Actions And The Counterrevolution Against Federal Litigation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, 165, 7, 1495 ss.; J.M. GLOVER, *The Supreme Court’s “Non-Transsubstantive” Class Action*, *ivi*, 1625 ss.

<sup>76</sup> Per approfondire tale interessantissimo tema, cfr. l’ampio studio di K. N. HYLTON, *The Economics of Class Actions and Class Action Waivers*, in *Boston University School of Law Law & Economics*, Paper No. 13-22, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2277562](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2277562).

<sup>77</sup> La nuova disciplina risulta dalle modificazioni indotte dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, come modificata dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8, su cui v. U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e azione collettiva inibitoria*, Giuffrè, 2021. Si veda anche la puntuale ricostruzione di N. CEVOLANI, *Modelli e novità*, cit., 268 ss. V. altresì A.G. DIANA, *Class action e inibitoria collettiva*, Cedam, 2020; A. PALMIERI, *Legge n. 31/2019: La riforma della class action*, Giappichelli, 2019. Con riguardo alla pregressa esperienza, radicatasi attorno alla disciplina di cui all’art. 140-*bis* cod. cons., cfr. tra i numerosi contributi – oltre a quelli raccolti in E. CESARO, F. BOCCHINI (a cura di), *La nuova class action a tutela dei consumatori e degli utenti*, Cedam, 2012 – P. SCHLESINGER, *La nuova “azione di classe”*, in *Corr. giur.*, 2011, 547 ss.; A. GIUSSANI, *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 159 ss.; G. ALPA, *L’art. 140 bis del Codice del consumo nella prospettiva del diritto privato. Prime note*, in *Econ. dir. terz.*, 2010, 7 ss.; A. RICCIO, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contr. impr.*, 2010, 8 ss.; C. CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull’azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, 985 ss.; ID., *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l’art. 140-bis e la class action consumeristica*, *ivi*, 2009, 1297 ss.; I. PAGNI, *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, in *Analisi giur. econ.*, 2008, 127 ss. “Vista dagli altri”, l’esperienza italiana è descritta da R. NACHI, *Italy’s Class Action Experiment*, in *Cornell International Law Journal*, 2010, 43, 1, 147 ss.; G. AFFERNI, *Class Actions in Italy: A Farewell to America*, in *National Italian American Bar Association Law Journal*, 2015, 23, 52 ss.; R.H. DREYFUSS, *Class Action Judgment Enforcement in Italy: Procedural Due Process Requirements*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2002, 10, 5 ss. In una prospettiva di più ampio respiro, anche in comparazione tra sistema italiano e sistema USA, cfr. le interessanti riflessioni di R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno resp.*, 2019, 301 ss.

<sup>78</sup> In particolare, ai sensi del comma 2, l’oggetto dell’azione di classe era individuato nell’accertamento della responsabilità e nella condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. Secondo l’elencazione della disposizione in discorso, l’azione era diretta a tutelare, nello specifico: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versassero nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; nonché c) i diritti omogenei al risto-



Il giudizio era introdotto con citazione da notificarsi anche al pubblico ministero<sup>79</sup>. La disciplina dell'abrogato comma quarto<sup>80</sup> ha determinato il radicamento avanti al Tribunale di Venezia, in composizione collegiale, dell'azione di classe Altroconsumo relativa al *Dieselgate*.

La prima udienza era dedicata alla valutazione di ammissibilità della domanda<sup>81</sup>, sulla quale il tribunale era chiamato a esprimersi con ordinanza reclamabile<sup>82</sup>.

Qualora, all'esito della trattazione (da condursi secondo le indicazioni del tribunale<sup>83</sup>), la domanda fosse risultata accolta, il tribunale avrebbe pronunciato sentenza di condanna (destinata a fare stato anche nei confronti degli aderenti<sup>84</sup> e a divenire esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione<sup>85</sup>), liquidando, ai sensi dell'articolo 1226 cod. civ., le somme definitive dovute agli aderenti<sup>86</sup>, ovvero stabilendo il criterio

---

ro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali. L'adesione all'azione di classe di cui all'abrogato art. 140-*bis* cod. cons. comportava la rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo. L'adesione poteva avvenire senza ministero di difensore anche tramite posta elettronica certificata e fax, mediante un atto contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, da depositarsi in cancelleria entro il termine fissato dal tribunale, con effetto interruttivo della prescrizione. L'abrogata disciplina escludeva invece la possibilità di intervento *ex art.* 105 cod. proc. civ.

<sup>79</sup> Titolare di un potere di intervento limitatamente al giudizio di ammissibilità.

<sup>80</sup> Ai sensi del quale "la domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale".

<sup>81</sup> All'esito della prima udienza, il tribunale poteva altresì sospendere il giudizio qualora, sui fatti rilevanti ai fini del decidere, fosse in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda andava invece dichiarata inammissibile ove fosse risultata manifestamente infondata, qualora si fosse manifestato un conflitto di interessi, ovvero nel caso in cui il giudice non avesse ravvisato l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili, oppure ancora qualora il proponente non fosse risultato in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice doveva regolare le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 cod. proc. civ., e ordinare la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

<sup>82</sup> Il reclamo era proposto – nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della decisione – davanti alla corte d'appello, chiamata a definirlo con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza di ammissibilità non determinava la sospensione del procedimento davanti al tribunale. Con l'ordinanza di ammissibilità dell'azione il tribunale era incaricato di: (i) fissare termini e modalità della più opportuna pubblicità (nell'esecuzione della pubblicità era individuata una condizione di procedibilità della domanda), ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe; (ii) definire i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedevano di aderire potevano essere inclusi nella classe o dovevano ritenersi esclusi dall'azione; (iii) fissare un termine perentorio di adesione. La fissazione di tale termine – non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità – assumeva particolare importanza. Infatti, dopo la sua scadenza, non risultavano proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa. Le azioni eventualmente proposte entro detto termine erano riunite d'ufficio, se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordinava la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

<sup>83</sup> Il tribunale, infatti, sia con l'ordinanza di ammissibilità, sia con successive ordinanze (modificabili e revocabili in ogni tempo) poteva determinare il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo, nonché prescrivendo le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti e onerando le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti. Al tribunale era altresì rimessa la regolamentazione della fase di istruzione probatoria e la disciplina di ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

<sup>84</sup> Mentre era fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non avessero aderito all'azione collettiva.

<sup>85</sup> Termine durante il quale i pagamenti effettuati relativamente alle somme dovute sarebbero rimasti esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

<sup>86</sup> Una particolare previsione dell'abrogato comma 13 disponeva che la corte d'appello, ove richiesta dei provvedimenti di cui all'art. 283 cod. proc. civ., tenesse altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori,



omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme e assegnando alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno<sup>87</sup>.

Come si è già notato, la riforma dell'azione di classe varata nel 2019 ha determinato l'abrogazione dell'articolo sin qui esaminato, collocando la disciplina "dei procedimenti collettivi" nel nuovo titolo VIII-*bis* del quarto libro del codice di procedura civile, agli articoli da 840-*bis* a 840-*sexiesdecies*.

L'azione di classe<sup>88</sup> è oggi diretta a tutelare i diritti individuali omogenei, in alternativa all'azione individuale (art. 840-*bis*, comma 1, cod. proc. civ.), su iniziativa di un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro<sup>89</sup> (i cui obiettivi statutarî comprendano la tutela dei predetti diritti) o di ciascun componente della classe, con il fine di conseguire, nei confronti dell'autore della condotta lesiva<sup>90</sup>, l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni (art. 840-*bis*, comma 2, cod. proc. civ.).

L'azione si introduce con ricorso<sup>91</sup>, del quale è data pubblicità, in uno con il decreto di fissazione della prima udienza, mediante pubblicazione, a cura della cancelleria ed entro dieci giorni dal deposito del decreto, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia (art. 840-*ter*, comma 2, cod. proc. civ.)<sup>92</sup>. Il procedimento è regolato dal rito sommario di cognizione (artt. 702-*bis* ss. cod. proc. civ.)<sup>93</sup>. Entro trenta giorni dalla prima udienza, il tribunale decide con ordinanza<sup>94</sup> sull'ammissibilità della domanda<sup>95</sup>. Il procedimento è infine definito con sentenza, nel termine di trenta giorni successivi alla discussione orale della causa<sup>96</sup>.

---

nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. In ogni caso, la corte poteva disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore restasse depositata e vincolata nelle forme ritenute più opportune.

<sup>87</sup> In questa ipotesi, il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituiva titolo esecutivo; ed era previsto che, scaduto il termine senza che l'accordo fosse stato raggiunto, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquidasse le somme dovute ai singoli aderenti.

<sup>88</sup> Per la disciplina dell'azione inibitoria collettiva, si v. l'art. 840-*sexiesdecies* cod. proc. civ.

<sup>89</sup> Tali organizzazioni e associazioni devono risultare iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia. Si v. il disposto dell'art. 196-*ter* disp. att. cod. proc. civ., nonché il recentissimo decreto del Ministero della Giustizia del 17 febbraio 2022 n. 27 (G.U. n. 86 del 12 aprile 2022), in vigore dal 27 aprile 2022.

<sup>90</sup> L'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività (art. 840-*bis*, comma 3, cod. proc. civ.).

<sup>91</sup> Da depositarsi nella cancelleria della sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo ove ha sede la parte resistente (art. 840-*ter*, comma 1, cod. proc. civ.).

<sup>92</sup> Si vedano le disposizioni attuative dettate all'art. 196-*bis* disp. att. cod. proc. civ.

<sup>93</sup> Senza che possa essere disposto il mutamento del rito (art. 840-*ter*, comma 3, cod. proc. civ.).

<sup>94</sup> L'ordinanza è pubblicata, a cura della cancelleria, nella già richiamata area pubblica del portale dei servizi telematici, entro quindici giorni dalla pronuncia (art. 840-*ter*, comma 5, cod. proc. civ.). Essa è reclamabile dalle parti – nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o dalla sua notificazione, se anteriore, e senza effetto sospensivo – davanti alla corte di appello, che decide, in camera di consiglio, con ordinanza entro trenta giorni dal deposito del ricorso introduttivo del reclamo. In caso di accertamento dell'ammissibilità della domanda, la corte di appello trasmette gli atti al tribunale adito per la prosecuzione della causa (art. 840-*ter*, comma 7, cod. proc. civ.). L'ordinanza di inammissibilità – sia se pronunciata dal tribunale, sia se resa dalla corte di appello, regola le spese di lite (art. 840-*ter*, comma 8, cod. proc. civ.). Ulteriori disposizioni in materia di impugnazione sono dettate dall'art. 840-*decies* cod. proc. civ.

<sup>95</sup> A meno che non disponga la sospensione del giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo (sul punto, il comma 3, ult. periodo, dell'art. 840-*tec* cod. proc. civ. dispone un coordinamento con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, su cui v. P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d. lgs. n. 3/2017*, Giappichelli, 2017). La domanda è dichiarata ammissibile, ai sensi dell'art. 840-*ter*, quarto comma, cod. proc. civ.: a) quando è manifestamente infondata (in questa ipotesi, ai sensi del quinto comma, il ricorrente può riproporre l'azione di classe quando si siano verificati mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove



Differentemente da quanto previsto dall'abrogata disciplina, ai sensi del combinato disposto degli artt. 840-*bis*, comma 4, e 840-*undecies*, comma 9, resta fermo il diritto all'azione individuale purché l'aderente che intenda proporla revochi la domanda di adesione prima che il decreto sia divenuto definitivo nei suoi confronti<sup>97</sup>.

Relativamente al procedimento collettivo – che, come detto, si svolge secondo il rito sommario di cognizione – ulteriori specifiche previsioni sono dettate dall'art. 840-*quinquies* cod. proc. civ. in materia di adesione<sup>98</sup>, istruttoria<sup>99</sup> e mezzi di prova<sup>100</sup>.

All'art. 840-*sexies* cod. proc. civ. è invece affidata l'importante disciplina della sentenza di accoglimento dell'azione<sup>101</sup>, con la quale – oltre ad accertarsi la responsabilità del resistente – viene aperta una seconda

---

ragioni di fatto o di diritto); b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'art. 840-*bis*; c) quando il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente; d) quando il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio.

<sup>96</sup> Ai sensi dell'art. 840-*quinquies*, u.c., cod. proc. civ., la sentenza deve essere pubblicata nell'area pubblica del portale dei servizi telematici, entro quindici giorni dal deposito.

<sup>97</sup> Analogamente alla previgente disciplina, invece, non è ammesso l'intervento dei terzi ai sensi dell'art. 105 cod. proc. civ. (art. 840-*bis*, comma 5, cod. proc. civ.). Il successivo sesto comma, invece, regola l'ipotesi nella quale, a seguito di accordi transattivi o conciliativi intercorsi tra le parti (sui quali v. anche la disciplina dettata dall'art. 840-*quaterdecies* cod. proc. civ.), vengano a mancare in tutto le parti ricorrenti, prevedendo che il tribunale assegni agli aderenti un termine, non inferiore a sessanta giorni e non superiore a novanta giorni, per la prosecuzione della causa, che deve avvenire con la costituzione in giudizio di almeno uno degli aderenti mediante il ministero di un difensore. Nel caso in cui, decorso inutilmente il termine, non avvenga la prosecuzione del procedimento, il tribunale ne dichiara l'estinzione, la quale non estingue il diritto all'azione individuale dei soggetti aderenti oppure all'avvio di una nuova azione di classe.

<sup>98</sup> Il primo comma della disposizione in parola prevede che, con l'ordinanza con cui ammette l'azione di classe, il tribunale fissi un termine perentorio non inferiore a sessanta giorni e non superiore a centocinquanta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza, per l'adesione all'azione da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei. L'aderente non assume la qualità di parte e ha diritto ad accedere al fascicolo informatico e a ricevere tutte le comunicazioni a cura della cancelleria (cfr. art. 196-*bis* disp. att. cod. proc. civ.). Sulle modalità di adesione all'azione v. anche l'art. 840-*septies* cod. proc. civ.

<sup>99</sup> Ai sensi del comma 2, il tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio. Il comma 3 precisa invece che, quando è nominato un consulente tecnico d'ufficio, l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul compenso a quest'ultimo spettanti sono posti, salvo che sussistano specifici motivi, a carico del resistente (e che l'inottemperanza all'obbligo di anticipare l'acconto sul compenso a norma del presente comma non costituisce motivo di rinuncia all'incarico).

<sup>100</sup> Mentre il comma 4 dell'art. 840-*quinquies* cod. proc. civ. dispone che, ai fini dell'accertamento della responsabilità del resistente, il tribunale possa avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici, i commi 5 ss. sono dedicati alla disciplina degli ordini di esibizione.

<sup>101</sup> Secondo la disposizione in commento, con la sentenza che accoglie l'azione, il tribunale: a) provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dal ricorrente, quando l'azione è stata proposta da un soggetto diverso da un'organizzazione o da un'associazione; b) accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei; c) definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b), specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella classe dei soggetti di cui alla lettera e); d) stabilisce la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b); e) dichiara aperta la procedura di adesione e fissa il termine perentorio, non inferiore a sessanta giorni e non superiore a centocinquanta giorni, per l'adesione all'azione di classe da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei di cui alla lettera b) nonché per l'eventuale integrazione degli atti e per il compimento delle attività da parte di coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-*quinquies*, primo comma (il termine decorre dalla data di pubblicazione della sentenza nell'area pubblica del portale dei servizi telematici); f) nomina il giudice delegato per la procedura di adesione; g) nomina il rappresentante comune degli aderenti tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare (il rappresentante comune degli aderenti è pubblico ufficiale e il giudice delegato può, dopo averlo sentito, revocarlo in ogni tempo con decreto); h) determina, ove necessario, l'importo da versare a cura di ciascun aderente, ivi compresi coloro che hanno aderito a norma dell'art. 840-*quinquies*, comma 1, a titolo di fondo spese e stabilisce le modalità di versamento (il giudice delegato può in ogni tempo disporre l'integrazione delle somme da versare a cura di ciascun aderente a titolo di fondo spese e il mancato versamento delle somme determina l'inefficacia dell'adesione, la quale opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio).



finestra di adesione<sup>102</sup>, sotto l’egida di un giudice delegato, chiamato a decidere – sulla base del progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti predisposto dal rappresentante comune<sup>103</sup> – sulle domande di adesione e sulle conseguenti pronunce di condanna o restituzione (con il decreto di cui all’art. 840-*octies*, comma 5, cod. proc. civ.<sup>104</sup>). La disciplina in discorso dedica poi alcune previsioni all’adempimento spontaneo da parte del resistente (art. 840-*duodecies* cod. proc. civ.) e alla alternativa procedura di esecuzione collettiva a suo carico (art. 840-*terdecies* cod. proc. civ.).

Sempre al giudice delegato, infine, è affidato il compito di sancire con decreto motivato la chiusura della procedura<sup>105</sup>.

A completamento di questa sintetica analisi della nuova disciplina dell’azione di classe di diritto processuale italiano è doveroso dar conto del prossimo recepimento (entro la fine del 2022) della direttiva 2020/1828/UE relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori<sup>106</sup>. Sebbene tale disciplina concerna le azioni collettive inibitorie e risarcitorie relative al rapporto tra consumatori e professionisti (mentre, come si è detto, la riforma della *Class Action* italiana le ha conferito natura di rimedio generale), il suo recepimento richiederà di apportare alcuni correttivi alla disciplina vigente soprattutto con riguardo alle azioni collettive transfrontaliere<sup>107</sup>, ai requisiti di competenza e indipendenza degli enti rappresentativi legittimati a proporre<sup>108</sup> e alla trasparenza delle fonti di finanziamento delle azioni, in prevenzione dei conflitti di interessi<sup>109</sup>.

5. – Sempre nella prospettiva del confronto tra sistemi, è interessante svolgere alcune sintetiche considerazioni relativamente a due aspetti solo apparentemente satellitari rispetto alla questione dell’efficacia di strumenti come la *Class Action* e la MDL. Si allude al tema della funzione assegnata al rimedio risarcitorio in seno all’ordinamento giuridico e a quello dei criteri di ripartizione dei costi del contenzioso.

Nell’esperienza nordamericana – come lo stesso *Dieseltgate* ha reso evidente – il rischio (non certo remoto, nel caso di specie) di subire una pesante condanna al pagamento di un risarcimento punitivo funge da evidente incentivo alla ricerca di una soluzione bonaria della vertenza (*Settlement*), sebbene, come si è visto,

<sup>102</sup> Sulla procedura di adesione, cfr. A. G. DIANA, *Class action*, cit., 346 ss.; A. PALMIERI, *Legge n. 31/2019*, cit., 33 ss.; M. BOVE, *L’aderente*, in AA.VV., *Commento a legge 12 aprile 2019 n. 31*, in *Giur. it.*, 2019, 2303 ss.

<sup>103</sup> Per la cui disciplina si v. l’art. 840-*octies* cod. proc. civ.

<sup>104</sup> Impugnabile ex art. 840-*undecies* cod. proc. civ.

<sup>105</sup> Anche detto decreto è impugnabile ex art. 840-*undecies* cod. proc. civ. Ai sensi dell’art. 840-*quinqüesdecies* cod. proc. civ., la procedura di adesione si chiude: a) quando le ripartizioni agli aderenti, effettuate dal rappresentante comune, raggiungono l’intero ammontare dei crediti dei medesimi aderenti; b) quando nel corso della procedura risulta che non è possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese degli aderenti, anche tenuto conto dei costi che è necessario sostenere. A seguito della chiusura, gli aderenti riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi.

<sup>106</sup> Essa sostituisce, abrogandola, la dir. 2009/22/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori. Sulla dir. 2020/1828/UE cfr. U. COREA, M.L. GUARNIERI, *Lineamenti processuali della nuova azione di classe*, in *Judicium*, 2021, 425; E. D’ALESSANDRO, C. PONCIBÒ, *Recensione a European parliamentary research service, “Responsible private funding of litigation. European added value assessment”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 919; G.M. SACCHETTO, A. TEDOLDI, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 230; M. BONA, *La direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2021, 252.

<sup>107</sup> Si v. l’art. 6 dir. 2020/1828/UE, frutto della consapevolezza del legislatore europeo circa il carattere globalizzato e digitalizzato del mercato.

<sup>108</sup> I requisiti sono enumerati in dettaglio dall’art. 4, par. 3, dir. 2020/1828/UE.

<sup>109</sup> Tematica alla quale sono dedicati: il considerando 52, l’art. 10 e, indirettamente, l’art. 20 dir. 2020/1828/UE.





anche l'adozione di particolari modelli procedurali (quali la MDL) possa spingere in tale direzione, non sempre a vantaggio dei membri della classe<sup>110</sup>. Ad ogni modo, tale spinta verso la transazione potrebbe rappresentare anche motivo di critica allo strumento, suscettibile di un utilizzo quasi “predatorio” nei confronti delle imprese, tentate dall'adesione a un *Settlement* anche per prevenire rischi reputazionali<sup>111</sup>.

Nell'ordinamento italiano, sebbene, come noto, si siano registrate delle aperture da parte della Suprema Corte rispetto alla possibilità di mettere in esecuzione in Italia sentenze nordamericane di condanna al pagamento di risarcimenti punitivi<sup>112</sup>, il sistema resta improntato fondamentalmente al principio della funzione reintegratoria della responsabilità civile<sup>113</sup>. Tale aspetto ha sicuramente contribuito a prolungare l'attesa dei consumatori italiani aderenti all'azione di classe Altroconsumo, la quale è giunta a sentenza oltre cinque anni dopo il raggiungimento del *Settlement* negli Stati Uniti ed ha conseguito un beneficio *pro capite* significativamente inferiore.

Con riguardo, invece, al tema dei criteri di ripartizione dei costi del contenzioso, occorre segnalare che la regola della soccombenza – applicata come noto nell'ordinamento italiano – non è generalmente condivisa negli Stati Uniti, ove tendenzialmente ciascuna parte è chiamata a farsi carico delle proprie spese legali<sup>114</sup>. Non a caso, infatti, in Nord America ha trovato terreno fertile la figura negoziale denominata *Litigation Fun-*

<sup>110</sup> V. *supra*, paragrafo 3.

<sup>111</sup> V. C.P. BARTHOLOMEW, *Redefining Prey and Predator in Class Actions*, in *Brook. L. Rev.*, 2015, 80, disponibile in <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol80/iss3/3>. Nella prospettiva italiana, cfr. A. GIUSSANI, *Azione di classe*, cit., 159 ss.; M.G. BRUZZONE, *Mediazione e “Class Action”*, in *Corr. trib.*, 2011, 802 ss.

<sup>112</sup> Il riferimento è alla nota Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, 2613, con note di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, e P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, *ivi*, 2018, I, 2503, con nota di C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *GiustiziaCivile.com*, 31 ottobre 2017, con nota di V. BRIZZOLARI, *Danni punitivi: dall'ordinamento americano a quello italiano*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1596, con nota di A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: “turning point nell'interesse della legge”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 568, in *Giur. comm.*, 2019, II, 1063, in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, 226, in *Riv. dir. internaz.*, 2017, 1305, in *Dir. comm. internaz.*, 2017, 709.

<sup>113</sup> Sullo “sconfinato” tema, cfr. F. SANGERMANO, *Riflessioni sull'obbligazione risarcitoria con funzione sanzionatoria tra crisi della fattispecie e concezione polifunzionale della responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm. gen. obbl.*, 2019, 213; F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2019, 89; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno da micropermanenti: la giurisprudenza della Corte costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1834; ID., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, *ivi*, 2007, 2485; V. ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 167; P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 115; C.M. BIANCA, *Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose*, in *Giust. civ.*, 2010, 19; M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2009, 1; A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 289; E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 500; G. FACCI, *Brevi osservazioni in tema di funzione riparatoria della responsabilità civile e violazione del sanitario del dovere di informazione*, *ivi*, 408; ID., *Il nesso di causalità e la funzione della responsabilità civile*, *ivi*, 2002, 144; M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul “concetto” di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 211; S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e “valori” (a proposito di un recente libro)*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 543; V. ZENO-ZENCOVICH, *Postilla a Hartmanne Renas: l’“inquinamento da mass media” e la funzione economica della responsabilità civile*, in *Dir. inform.*, 1986, 359; G. GHIDINI, *Prevenzione e risarcimento nella responsabilità del produttore*, in *Riv. soc.*, 1975, 530.

<sup>114</sup> In ossequio alla c.d. *American Rule*, sulla quale cfr. P. FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contr. impr.*, 2004, 197. Nella giurisprudenza statunitense, v. *Arcambel v. Wiseman*, 3 U.S. 306 (1796). Un'ampia prospettiva comparatistica è offerta da C. HODGES, S. VOGENAUER, M. TULIBACKA (a cura di), *The Costs and Funding of Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Beck C.H., 2010. La regola per cui “costs follows the event” è analizzata criticamente, nella prospettiva sia economica sia filosofica, da F. Wilmot-Smith, *Just Costs*, in R. ASSY, A. HIGGINS (a cura di), *Principles, Procedure, and Justice. Essays in Honour of Adrian Zuckerman*, Oxford University Press, 2020, 221 ss.



*ding Agreement* (contratto di finanziamento del contenzioso)<sup>115</sup>, la quale, pensata per agevolare l'accesso alla giustizia, ha rivelato più di un profilo problematico, come ha avuto modo di porre in luce anche la dottrina italiana, all'indomani dell'affacciarsi di tale contratto atipico nel nostro ordinamento, soprattutto nel settore degli arbitrati internazionali<sup>116</sup>.

Da ultimo, sempre in riferimento al tema in discorso, va dato conto della previsione di cui all'art. 840-*nonies* cod. proc. civ. che, nell'ambito della riformata disciplina dell'azione di classe esaminata in precedenza, ha dettato una specifica regolamentazione in punto di spese del procedimento. In sintesi, il legislatore della riforma ha previsto che il giudice delegato – nominato per la fase di adesione successiva all'adozione della sentenza di accoglimento dell'azione di classe – provveda, con il decreto che decide l'ammissibilità dell'adesione, a condannare il resistente a corrispondere direttamente al rappresentante comune degli aderenti, a titolo di compenso, un importo stabilito in considerazione del numero dei componenti la classe in misura progressiva, calcolato in percentuale sull'importo complessivo dovuto in favore di tutti gli aderenti<sup>117</sup> e suscettibile di riduzione o aumento sino al 50%<sup>118</sup>, oltre al rimborso spese.

Con riguardo, invece, all'avvocato che abbia assistito il ricorrente sino alla pronuncia di accertamento della responsabilità, l'ultimo comma dell'art. 840-*nonies* cod. proc. civ. dispone che il giudice delegato, con il medesimo decreto di cui sopra, condanni il resistente a corrispondere direttamente al medesimo difensore un compenso premiale (ulteriore rispetto alle somme dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento e di restituzione), liquidato con i medesimi criteri previsti per il rappresentante comune, con la precisazione che – per l'avvocato del ricorrente – la variazione nel limite del 50%, sulla base dei predetti criteri, può intervenire solo in riduzione.

Le regole applicabili nei due sistemi relativamente alle spese determinano dunque un'influenza per così dire inversa (rispetto a quelle dettate in punto di risarcimenti sovracompensativi), in quanto il resistente – nel sistema italiano – può oggi trovarsi a fronteggiare un ingente esborso per i costi connessi all'assistenza prestata dal rappresentante comune e dal difensore del ricorrente. È nella concreta applicazione, tuttavia, che dovrà misurarsi l'efficienza del nuovo strumento di cui agli artt. 840-*bis* ss. cod. civ., anche in relazione ai costi di accesso al rimedio i quali, comunque, restano significativi e paiono destinati a confermare in capo alle associazioni di categoria il ruolo di protagonisti nell'esercizio delle azioni collettive. In questa prospettiva, sarà particolarmente interessante verificare in che termini il legislatore nazionale intenderà recepire le prudenti aperture recate dalla dir. 2020/1828/UE nei confronti degli strumenti di finanziamento delle azioni collettive<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Cfr. M. DE PAMPILIS, *Litigation funding: i modelli di finanziamento del contenzioso tra luci e ombre*, in corso di pubblicazione.

<sup>116</sup> Il tema è trattato più ampiamente da G. DE NOVA, *The impact of a litigation funding agreement on Commercial International Arbitration with seat in Italy*, in *Riv. arb.*, 2019, 815 ss.

<sup>117</sup> Il compenso è in particolare riconosciuto: a) da 1 a 500 aderenti, in misura non superiore al 9%; b) da 501 a 1.000 aderenti, in misura non superiore al 6%; c) da 1.001 a 10.000 aderenti, in misura non superiore al 3%; d) da 10.001 a 100.000 aderenti, in misura non superiore al 2,5%; e) da 100.001 a 500.000 aderenti, in misura non superiore all'1,5%; f) da 500.001 a 1.000.000, in misura non superiore all'1%; g) oltre 1.000.000, in misura non superiore allo 0,5% (art. 840-*nonies*, comma 1, cod. proc. civ.). Tali percentuali possono essere modificate con decreto del Ministro della giustizia (art. 840-*nonies*, comma 3, cod. proc. civ.).

<sup>118</sup> Sulla base dei seguenti criteri: a) complessità dell'incarico; b) ricorso all'opera di coadiutori; c) qualità dell'opera prestata; d) sollecitudine con cui sono state condotte le attività; e) numero degli aderenti (art. 840-*nonies*, comma 5, cod. proc. civ.).

<sup>119</sup> Cfr. considerando 52, artt. 10 e 20 dir. 2020/1828/UE.



6. – Negli Stati Uniti, la generica denominazione *Dieselgate* designa, più nel dettaglio, una procedura di MDL, nella quale sono state consolidate sia una azione di classe, sia numerose azioni individuali. Tale complessiva iniziativa ha interessato tutti i cinquanta stati americani e il District of Columbia.

Con il proprio *Transfer Order*<sup>120</sup>, lo *U.S. Judicial Panel on Multidistrict Litigation* ha individuato nel Northern District of California la sede ottimale per la trattazione consolidata del *Pretrial*, in quanto la California è risultata essere lo stato con il maggior numero di autoveicoli e rivenditori interessati dalla controversia, nonché la sede del California Air Resources Board, che ha avuto un ruolo importante nella scoperta della condotta addebitata a Volkswagen. In tale stato, inoltre, risultava pendente oltre un quinto delle cause intentate in tutti gli Stati Uniti. Il *Transferee Judge* è stato individuato nella persona di Charles R. Breyer, in ragione dell'esperienza da lui maturata nella gestione di nove precedenti MDL.

Con riguardo al merito della questione e, in particolare, alla strategia difensiva adottata in seno al procedimento in esame, è utile fare ancora una volta riferimento all'*Amended Consolidated Consumer Class Action Complaint*, focalizzando l'attenzione sulle deduzioni di più ampio respiro e comuni a tutti gli aderenti all'azione (a sua volta oggetto di consolidamento nella MDL), ovvero sia sui *Common Law Claims: Fraud, Breach of Contract e Unjust Enrichment*<sup>121</sup>.

Sotto il primo profilo, ai *Defendant* è stato addebitato, in sintesi, di aver intenzionalmente celato informazioni rilevanti circa la propria condotta illegittima e la qualità dei veicoli oggetto del giudizio, con il fine di defraudare e sviare sia i regolatori sia i consumatori. Sebbene l'azione non sia stata supportata anche da un *Product Liability Claim*, l'atto in esame giunge a configurare un "*Safety Harm*" derivante dalla condotta censurata la quale, sul piano delle conseguenze pregiudizievoli, si è tradotta, nella visione dei *Plaintiff*, in un danno immediato e diretto estrinsecantesi nell'aver acquistato veicoli *Non-Compliant* e il cui valore commerciale risulta essere perciò sensibilmente inferiore rispetto ad analoghi veicoli conformi agli standard. Veicoli che, peraltro, non possono essere riparati se non al prezzo di una riduzione delle prestazioni, dell'efficienza nei consumi e della longevità.

L'inadempimento contrattuale (*Breach of Contract*) è stato invece predicato in relazione alla consegna ai consumatori di veicoli non conformi, sebbene pubblicizzati come dotati di tecnologia "*Clean Diesel*", deducendo in particolare che i consumatori, ove correttamente informati sulla presenza del *Defeat Device* e sulla sua incidenza sui livelli di inquinamento del mezzo, non avrebbero contrattato, oppure avrebbero indirizzato le proprie scelte di acquisto su modelli meno costosi, ovvero ancora avrebbero pagato un prezzo sensibilmente inferiore, rapportato alle effettive qualità del bene. Per altro verso, il comportamento dei *Defendant* è stato descritto come contrastante con il generale obbligo di buona fede e correttezza nella contrattazione, secondo lo standard di diligenza che può ragionevolmente pretendersi nelle relazioni commerciali.

Strettamente legato alla deduzione di un inadempimento contrattuale è il terzo e ultimo *Federal Count*, mediante il quale i consumatori hanno chiesto la restituzione ("*Disgorgement*") dei profitti illegittimamente lucrati dai *Defendant*, gonfiando artificialmente il valore dei beni offerti alla clientela e celando la presenza del *software* "incriminato".

Non è, invece, possibile proporre anche solo una sintesi degli *State Law Claims*<sup>122</sup>, ovvero sia delle argomentazioni in diritto recate in riferimento alla disciplina di tutti gli stati nordamericani e del District of Co-

<sup>120</sup> U.S. Judicial Panel on Multidistrict Litigation, *Transferee Order*, in [https://www.cand.uscourts.gov/filelibrary/1679/Transfer\\_Order\\_12-8-2015.pdf](https://www.cand.uscourts.gov/filelibrary/1679/Transfer_Order_12-8-2015.pdf).

<sup>121</sup> Cfr. *Amended Consolidated Consumers Class Action Complaint*, cit., 241 ss.

<sup>122</sup> Si v. ancora l'*Amended Consolidated Consumers Class Action Complaint*, cit., 246 ss.



lumbia. Nondimeno, è opportuno segnalare che la loro lettura dimostra la consapevolezza maturata anche dai legislatori statali circa la delicatezza delle questioni controverse. Pressoché in tutti gli Stati Uniti risultano infatti adottate specifiche discipline le quali, a seconda della prospettiva assunta, apprestano misure di protezione dei consumatori (spesso richiamate con il *nickname* “*Lemon Laws*”<sup>123</sup>) ovvero contrastano le pratiche commerciali scorrette, sovente combinando di due rimedi.

Venendo ad analizzare l'impostazione dell'azione di classe Altroconsumo, come detto incardinata all'inizio del 2016 avanti al Tribunale di Venezia, non senza difficoltà di carattere pratico e processuale<sup>124</sup>, conviene muovere dalla base giuridica dell'iniziativa giudiziale.

I consumatori hanno infatti addebitato alla resistente una responsabilità di natura extracontrattuale derivante da pratica commerciale scorretta e ingannevole (artt. 20 ss., cod. cons)<sup>125</sup>, per aver diffuso informazioni false e fuorvianti circa la conformità del veicolo ai parametri legali sulle emissioni e, conseguentemente, sulla classe di omologazione dei veicoli, così sviando il comportamento economico dei consumatori, indotti a prendere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso. Si apprezza l'assonanza con il *Federal Court Two: Breach of Contract* dell'analogia iniziativa nordamericana.

Con riguardo, invece, alla richiesta risarcitoria, i consumatori italiani hanno individuato un parametro equitativo omogeneo rappresentato dal 15% del valore di acquisto dell'auto. Infatti, la qualità inferiore (rispetto a quanto dichiarato dalla casa produttrice) del bene acquistato avrebbe determinato un suo minor valore al momento dell'acquisto, nonché un minor valore commerciale attuale.

Come si è anticipato, mentre l'iniziativa nordamericana è sfociata in un *Settlement* di portata (soprattutto economica) storica, il caso italiano ha visto la pronuncia – favorevole ai ricorrenti – del Tribunale di Vene-

<sup>123</sup> Si tratta di normative – ampiamente applicate nell'ambito delle controversie tra produttori e acquirenti di automobili – adottate sia a livello federale, sia nei vari stati, per compensare i consumatori di prodotti non conformi a standard di qualità o di prestazioni, la cui denominazione gergale è ispirata al paper dell'economista G.A. AKERLOF, *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics (MIT Press)*, 1970, 84, 3, 488 ss. Il riferimento, a livello federale è il Magnuson–Moss Warranty Act o Consumer Product Warranty and Federal Trade Commission Improvement Act (“An Act to provide disclosure standards for written consumer product warranties against defect or malfunction; to define Federal content standards for such warranties; to amend the Federal Trade Commission Act in order to improve its consumer protection activities; An Act to provide minimum disclosure standards for written consumer product warranties; to define minimum Federal content standards for such warranties; to amend the Federal Trade Commission Act in order to improve its consumer protection activities; and for other purposes”), in vigore dal 4 gennaio 1975 e successivamente consolidato nel 15 U.S.C. ch. 50 § 2301 et seq.

<sup>124</sup> Sotto il primo profilo, come riportato dai media (v. ad es. G. PIETROBELLI, *Dieseldgate, 90mila italiani contro VW Parte la class action di Altroconsumo. L'azienda rischia un conto da 400 milioni*, in *Il Fatto Quotidiano*, 6 novembre 2017), l'elevato numero di aderenti (circa sessantamila) ha messo in seria difficoltà le strutture amministrative del Tribunale e gli stessi servizi postali (l'organo giudicante ha dovuto nominare un CTU per la sola indicizzazione delle adesioni pervenute). Con riguardo, invece, ai profili processuali, va ricordato che l'ordinanza di ammissibilità del Tribunale (Trib. Venezia, ord. 25 maggio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 2432, con commento di A. D. De Santis) era stata dapprima reclamata e poi confermata dalla Corte di appello veneta (App. Venezia, ord. 3 novembre 2017, in *DeJure*).

<sup>125</sup> Cfr. A. D'ALESSIO, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della disciplina sull'informazione alimentare*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 977; C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità del contratto: il d.d.l. s1151 di revisione del codice civile*, in *Jus*, 2020, 179; ID., *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/ce modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, 776; C. MAGLI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa*, in *Contr. impr.*, 2019, 716; A.P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratti*, 2018, 689; I. GARACI, *Il “Dieseldgate”*, cit., 61; N. LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Contr. impr.*, 2017, 467; A. NOBILE, *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr. Eur.*, 2014, 180; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, 688; M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 147.



zia <sup>126</sup>, mentre è in corso di svolgimento il giudizio di secondo grado <sup>127</sup>. È dunque possibile analizzare i passi salienti della decisione di prime cure.

Il Tribunale di Venezia, passate in rassegna le disposizioni nazionali ed europee applicabili alla fattispecie, ha accolto nel merito la domanda, ritenendo non contestati i fatti storici <sup>128</sup> e raggiunta la dimostrazione di non conformità dei veicoli ai requisiti per l'immatricolazione <sup>129</sup>, ed ha dunque riconosciuto la sussistenza di una pratica commerciale ingannevole, attuata anche mediante comunicazioni omissive e fuorvianti, idonee a falsare il comportamento economico del consumatore <sup>130</sup> e contrarie alle stesse affermazioni contenute nei codici di condotta della resistente. Le censure condotte – foriere per la resistente di un notevole profitto <sup>131</sup> – sono state rappresentate, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, come dolose <sup>132</sup> o, quantomeno, gravemente colpose, in ragione del “netto contrasto con la dovuta diligenza professionale”, da valutarsi *ex art. 18, lett. h)*, cod. cons., ovverosia assumendo l'angolo visuale del consumatore.

Nel pervenire a tali conclusioni, l'organo giudicante ha preso le mosse da una lettura sistematica del titolo III della parte seconda del codice del consumo, rappresentando le pratiche commerciali scorrette come *genus* unitario di illecito, i cui elementi costitutivi sono definiti dall'art. 20, comma 2, cod. cons. e che si estrinseca in due sottotipi (*species*), a loro volta suddivisi in due fattispecie presuntive. Muovendosi in tale contesto ermeneutico, il giudice del merito è chiamato, dapprima, a stabilire se la condotta contestata rientri in quelle che il Tribunale denomina “liste nere” di cui agli artt. 23 e 26 cod. cons. Ove il giudice – come nel caso di specie – pervenga a una risposta affermativa <sup>133</sup>, la scorrettezza della pratica commerciale potrà ritenersi di-

<sup>126</sup> Trib. Venezia, 7 luglio 2021, cit.

<sup>127</sup> Ne dà notizia la stessa Altroconsumo (cfr. *Class action dieselgate: Volkswagen va in appello*, in <https://www.altroconsumo.it/auto-e-moto/automobili/news/altroconsumo-contro-volkswagen>).

<sup>128</sup> Trib. Venezia, 7 luglio 2021, cit., 20 ss.

<sup>129</sup> Ciò anche in richiamo alla pronuncia di Corte giust. UE, 17 dicembre 2020, causa C-693/2018, in *EUR-Lex*, la quale, in relazione al reg. 715/2007/UE, ha affermato che: “costituisce un ‘elemento di progetto’ (...) un software integrato nella centralina di controllo del motore o che agisce su di essa, qualora agisca sul funzionamento del sistema di controllo delle emissioni e ne riduca l'efficacia. (...) rientrano nella nozione di ‘sistema di controllo delle emissioni’ (...) sia le tecnologie e la strategia cosiddetta ‘di post-trattamento dei gas di scarico’, che riducono le emissioni a valle, ossia dopo la loro formazione, sia quelle che, al pari del sistema di ricircolo dei gas di scarico, riducono le emissioni a monte, ossia al momento della loro formazione. (...) costituisce un ‘impianto di manipolazione’ (...) un dispositivo che rilevi qualsiasi parametro connesso allo svolgimento delle procedure di omologazione previste da tale regolamento, al fine di migliorare le prestazioni del sistema di controllo delle emissioni durante le procedure stesse e, quindi, di conseguire l'omologazione del veicolo, sebbene tale miglioramento possa essere ottenuto, in maniera puntuale, anche in condizioni di normale utilizzo del veicolo. (...) un impianto di manipolazione, come quello oggetto del procedimento principale, che migliori sistematicamente, durante le procedure di omologazione, le prestazioni del sistema di controllo delle emissioni dei veicoli al fine di rispettare i limiti di emissione fissati dal regolamento stesso e, quindi, di ottenere l'omologazione di tali veicoli, non può rientrare nell'eccezione al divieto di impianti di tal genere (...) relativa alla protezione del motore da danni o avarie e al funzionamento in tutta sicurezza del veicolo, anche laddove tale dispositivo contribuisca a prevenire l'invecchiamento o la formazione di incrostazioni nel motore”.

<sup>130</sup> Secondo il modello, peraltro, dell'illecito di pericolo, con conseguente irrilevanza del pregiudizio economico eventualmente causato (cfr. sul punto TAR Lazio (Roma), 25 febbraio 2021, n. 2317, in *DeJure*; Id., 24 aprile 2018, n. 4571, *ivi*; Cons. Stato, 16 marzo 2018, n. 1670, *ivi*).

<sup>131</sup> Come rappresentato nel provvedimento dell'AGCM, 4 agosto 2016, n. 26137, in *agcm.it*.

<sup>132</sup> Un particolare accento è posto dal Tribunale sui cosiddetti *Green Claims* da parte dell'azienda produttrice (v. sul punto l'analisi di TAR Lazio (Roma), 31 maggio 2019, n. 6920, in *DeJure*).

<sup>133</sup> Secondo Trib. Venezia, 7 luglio 2021, cit., 23 s. “nel caso di specie deve essere evidenziato primariamente come la condotta posta in essere da VW AG integri una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. d), D.Lgs. 206/2005, per aver questa falsamente asserito che ‘le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta’. Non è pertanto necessario accertare la sua contrarietà alla ‘diligenza professionale’ nonché la sua concreta attitudine ‘a falsare il comportamento economico del consumatore’”.





mostrata a prescindere dall'accertamento della sua contrarietà alla "diligenza professionale" e dalla sua concreta attitudine "a falsare il comportamento economico del consumatore". Laddove, invece, la condotta in esame non rientri nella "lista nera", il giudice dovrà accertare se ricorrano gli estremi della pratica commerciale ingannevole (artt. 21 e 22 cod. cons.) o aggressiva (artt. 24 e 25 cod. cons.). In tal caso, la verifica di ingannevolezza e aggressività integra di per sé – a parere della decisione in commento – la contrarietà alla "diligenza professionale". Qualora, infine, la condotta in esame non risulti sussumibile in alcuna delle precedenti fattispecie astratte, il giudicante dovrà fare riferimento alla norma di chiusura e sussidiaria di cui all'art. 20, comma 2, cod. cons., la quale richiede un accertamento in concreto del grado della "specificità competenza e attenzione" che "ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti", tenuto conto delle peculiarità del caso di specie<sup>134</sup>.

Da ultimo, è opportuno dare conto della motivazione resa dal Tribunale di Venezia in punto di danno risarcibile. Accogliendo la tesi dei ricorrenti, il giudice – all'esito di un'ampia dissertazione, condotta anche nella prospettiva comparatistica, sulla funzione del rimedio risarcitorio (non soltanto nell'ambito dell'azione di classe), sulla concorrenza e convivenza dei rimedi di *Public* e *Private Enforcement*, nonché sui titoli della responsabilità, che non è possibile ripercorrere in questa sede<sup>135</sup> – ha riconosciuto la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi di un illecito aquiliano fonte di un pregiudizio risarcibile. In particolare, secondo il Tribunale, "la conseguenza dannosa della lesione del diritto all'autodeterminazione del consumatore ben può tradursi in una disutilità patrimoniale per il consumatore medesimo in termini di maggior esborso ovvero di inutile esborso supplementare per l'acquisto di un bene con caratteristiche qualitative inferiori o comunque diverse rispetto a quella fatte credere al consumatore, destinatario di una campagna di marketing fuorviante e tale, quindi, da indurlo in errore" (nella specie, la scoperta del *Defeat Device* ha determinato la revoca dell'omologazione Euro 5). A tale danno patrimoniale va aggiunto, sempre secondo la decisione in commento, un pregiudizio non patrimoniale di tipo morale da reato (art. 515 cod. pen., frode in commercio<sup>136</sup>) e da lesione di interessi di rango costituzionale (artt. 2, 16, 32 e 41 Cost.)<sup>137</sup>.

La conseguente attività di liquidazione è stata operata dal giudice in applicazione del criterio equitativo ex art. 1226 cod. civ., prendendo a riferimento il prezzo medio di acquisto dei veicoli coinvolti nell'azione (euro 20.000)<sup>138</sup> e riconoscendo a ciascun aderente, a titolo di danno patrimoniale, un importo pari al 15% di detto valore (euro 3.000), a sua volta incrementato del 10% (euro 300) a ristoro del pregiudizio morale, per complessivi euro 3.300 per consumatore (eventualmente da suddividersi proporzionalmente tra i più proprietari avvicendatisi nella titolarità del mezzo).

7. – Sebbene le azioni risarcitorie per danni cagionati da prodotti difettosi rappresentino circa un terzo del contenzioso consolidato in procedimenti di MDL negli Stati Uniti<sup>139</sup>, la responsabilità del produttore non è rientrata nel perimetro delle deduzioni sollevate nell'ambito della MDL sul *Dieseldgate*, se non indirettamen-

<sup>134</sup> Cfr., nella recente giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, 14 aprile 2020, n. 2414, in *DeJure*.

<sup>135</sup> V. *amplius* Trib. Venezia, 7 luglio 2021, cit., 29 ss.

<sup>136</sup> Collocato dal Tribunale anche nella prospettiva della responsabilità dell'ente ex d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, come modificato sul punto dall'art. 15, comma 7, lett. b), l. 23 luglio 2009, n. 99.

<sup>137</sup> Sulla cui risarcibilità in seno all'azione di classe cfr. Cass., 31 maggio 2019, n. 14886, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 238.

<sup>138</sup> Secondo la stima operata nel provvedimento dell'AGCM, 4 agosto 2016, n. 26137, cit.

<sup>139</sup> V. E.C. BURCH, A.R. GLUCK, *MDL Revolution*, cit., 11.



te, ovvero sia a supporto della richiesta di attivazione della garanzia (*Express o Implied Warranty*) avanzata nei confronti dei *Defendant* sulla base delle discipline statali<sup>140</sup>.

Allo stesso modo, come si è visto, la base giuridica dell'azione di classe Altroconsumo è stata individuata nella disciplina di cui agli artt. 20 ss. cod. cons., in materia di pratiche commerciali scorrette, e non in quella recata al titolo II della parte quarta (artt. 114 ss.) cod. cons., con riguardo alla responsabilità per danno da prodotti difettosi<sup>141</sup>.

Anche alla luce dell'analisi condotta nel paragrafo che precede, è verosimile ricondurre tale scelta di strategia processuale alla differente conformazione dell'onere probatorio, soprattutto in una controversia come il *Dieselgate*, incardinatasi dopo che il gruppo automobilistico aveva pubblicamente riconosciuto la propria responsabilità nell'installazione del *Defeat Device*.

Focalizzando l'attenzione sul caso italiano, infatti, merita di essere qua richiamato quanto osservato dal Tribunale di Venezia in punto di lettura sistematica della disciplina di cui al titolo III della parte seconda (artt. 18 ss.) cod. cons.; lettura dalla quale è stato tratto il principio a tenor del quale, una volta dimostrata la sussistenza di una pratica commerciale ingannevole, il ricorrente è sgravato dall'onere di dedurre – in una prospettiva più “soggettivistica” – in ordine alla contrarietà della condotta al parametro legale della “diligenza professionale” e all'attitudine della medesima condotta “a falsare il comportamento economico del consumatore”.

Nella prospettiva della responsabilità da prodotto difettoso, il danneggiato – pur potendo contare su un assetto più favorevole (sotto il profilo probatorio) rispetto alla regola generale di cui all'art. 2043 cod. civ.<sup>142</sup> – può contare non su una regola di *Strict Liability* “pura” (sul modello dell'art. 2050 cod. civ.)<sup>143</sup>, ma su una regola di responsabilità oggettiva “impura” o relativa, essendo egli sempre gravato dell'onere di dimostrare la difettosità del prodotto utilizzato, muovendosi nel solco dei criteri fissati dall'art. 117 cod.

<sup>140</sup> Per i dettagli, cfr. l'*Amended Consolidated Consumers Class Action Complaint*, cit., 246 ss.

<sup>141</sup> In argomento, vanno richiamati i numerosi studi di E. AL MUREDEN, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, con G. CALABRESI, Bologna, 2021; ID., *Sicurezza dei prodotti e responsabilità del produttore, Casi e materiali*<sup>2</sup>, Giappichelli, 2017; ID., *Il danno da prodotto conforme tra responsabilità per esercizio di attività pericolosa ed armonizzazione del diritto dell'Unione Europea*, in *Corr. giur.*, 2020, 686; ID., *Danno da cellulare e doveri di informazione tra precauzione e autoresponsabilità*, *ivi*, 2020, 373; ID., “*Driverless car*” e responsabilità civile, con G. CALABRESI, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 7; ID., “*Autonomous vehicles*” e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense, con U. RUFFOLO, in *Giur. it.*, 2019, 1704; ID., “*Autonomous cars*” e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive “*de iure condendo*”, in *Contr. impr.*, 2019, 895; ID., *I danni da utilizzo del cellulare tra conformità del prodotto agli “standard” legislativi, principio di precauzione e autoresponsabilità dell'utilizzatore*, in *Corr. giur.*, 2017, 1082; ID., *Il danno da “prodotto conforme”. Le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del “Transatlantic Trade and Investment Partnership” (T.T.I.P.)*, in *Contr. impr.*, 2015, 388; ID., *Il pensiero di Guido Calabresi e il suo influsso sull'armonizzazione della responsabilità del produttore nell'Unione Europea*, in *Notizie di Politeia*, 2015, 102; ID., *Uso del cellulare e danni alla salute: la responsabilità del produttore tra dannosità “tollerabile”, principio di precauzione e nuovi obblighi informativi*, in *Corr. giur.*, 2013, 330; ID., *Sicurezza “ragionevole” degli autoveicoli e responsabilità del produttore nell'ordinamento italiano e negli Stati Uniti*, in *Contr. impr.*, 2012, 1505; ID., *I danni da consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile*, *ivi*, 2011, 1495; ID., *I danni da uso del cellulare tra tutela previdenziale e limiti della responsabilità del produttore*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1392.

<sup>142</sup> Cfr. *amplius* P. LAGHEZZA, *Causalità materiale, prova e presunzioni: nuovi equilibri ed inedite incertezze*, in *Foro it.*, 2021, 528.

<sup>143</sup> Negli Stati Uniti, dove la *Product Liability* è regolata a livello statale, la maggior parte dei sistemi la disciplina invece in aderenza con il modello della *Strict Liability*, sebbene non manchino parziali distacchi dal modello predetto. Cfr. J.S. ALLEE, T.V. MAYER, R.W. PATRYK (aggiornato da V.P. LANE), *Product liability*, New York, 2005, 1 ss.; R.L. CUPP Jr., D. POLAGE, *The Rhetoric of Strict Products Liability Versus Negligence: An Empirical Analysis*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2002, 77, 874; e, in una prospettiva maggiormente eurocentrica, D. FAIRGRIEVE, R.S. GOLDBERG, *Product Liability*<sup>3</sup>, Oxford University Press, 2020, 183 ss.; D. FAIRGRIEVE, *Product liability in comparative perspective*, Cambridge University Press, 2005.



cons.<sup>144</sup>. Nel fare ciò, il danneggiato può fare affidamento sugli ormai numerosi standard tecnici di sicurezza e conformità dei prodotti scambiati nel mercato unico<sup>145</sup>, ma deve anche fronteggiare le difese che il produttore può svolgere invocando una delle esimenti di cui all'art. 118 cod. cons.<sup>146</sup>.

Ebbene, in tale contesto normativo, vanno considerate le peculiarità del caso di specie, segnatamente l'incidenza dell'installazione del *Defeat Device* non tanto sul funzionamento del mezzo e sulle sue prestazioni (che, anzi, il *Defeat Device* assicurava nella loro rispondenza a quelle pubblicizzate), quanto piuttosto sul livello di agenti inquinanti sprigionati dal veicolo nella guida su strada. In tal senso, pare arduo configurare il veicolo così equipaggiato come inidoneo a offrire “la sicurezza che ci si può legittimamente attendere”, se non a prezzo di fornire una lettura interpretativa significativamente estensiva della disposizione di cui all'art. 117, comma 1, cod. cons.

Ciò non significa che – non solo nell'ambito del contenzioso tutt'ora in essere sul *Dieselgate* a livello europeo<sup>147</sup> – non possano trovare spazio profili di responsabilità del produttore per danni cagionati da prodotti difettosi. In questo senso, va segnalato conclusivamente che la già richiamata dir. 2020/1828/UE ricomprende espressamente nel proprio ambito di applicazione il contenzioso sui danni da prodotto<sup>148</sup>.

**8.** – Come si è avuto modo di apprezzare, lo studio delle discipline in materia di azioni collettive, anche nelle sue più recenti evoluzioni, impone di confrontarsi con questioni di analisi economica del diritto<sup>149</sup>, nel-

<sup>144</sup> Cfr. in dottrina A. FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 896; A.L. BITETTO, *Responsabilità da prodotto difettoso a passo di gambero!*, in *Danno resp.*, 2007, 1222; M. GORGONI, *Responsabilità per prodotto difettoso: alla ricerca della (prova della) causa del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1592. In giurisprudenza, v. Cass., 10 maggio 2021, n.12225, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1905; Cass., 20 novembre 2018, n. 29828, in *DeJure*; Cass., 29 maggio 2013, n. 13458, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1979; Cass., 13 dicembre 2010, n. 25116, *Foro it.* 2012, I, 576.

<sup>145</sup> In argomento, cfr. C. VENTURATO, *Il rapporto tra standard tecnici e ordinamento giuridico: un vecchio problema al vaglio di alcuni recenti sviluppi negli ordinamenti europeo e italiano*, in *Rass. parlam.*, 2017, 73; E. AL MUREDEN, *I danni da utilizzo del cellulare*, cit., 1082 ss.; E. BELLISARIO, *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitorie*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 841.

<sup>146</sup> In una prospettiva generale, cfr. G. ADAMO, *La responsabilità per danni da prodotti difettosi*, in G. ALPA (a cura di), *Il diritto dei consumatori*, Giuffrè, 2021, 597 ss.; N. MATASSA, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi. Esclusione della responsabilità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, 556. Di particolare interesse e rilevanza pratica, nella società contemporanea, è l'esimente del c.d. rischio da sviluppo, su cui v. R. MOTRONI, *Brevi note in tema di “rischio da sviluppo” nella responsabilità del produttore del farmaco difettoso*, in *Riv. giur. sarda*, 2013, 542; A. QUERCI, *Il rischio da sviluppo: origini ed evoluzioni nella moderna “società del rischio”*, in *Danno resp.*, 2012, 31; E. VISENTINI, *L'esimente del rischio di sviluppo come criterio della responsabilità del produttore. (L'esperienza italiana e tedesca e la direttiva comunitaria)*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1267; D. CERINI, *Responsabilità del produttore e rischio di sviluppo: oltre la lettera della dir. 85/374/CEE*, in *Dir. econ. ass.*, 1996, 29.

<sup>147</sup> Ad esempio, alcuni consumatori italiani, che non avevano potuto partecipare all'azione di classe Altroconsumo, hanno recentemente introdotto – tramite il Centro consumatori utenti dell'Alto Adige – un'autonoma azione avanti alla Corte d'appello di Braunschweig. V. M. CAPRINO, *Dieselgate, class action per italiani anche in Germania*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 febbraio 2022.

<sup>148</sup> Ciò ai sensi dell'art. 2 dir. 2020/1828/UE il quale, rinviano all'allegato I, fa riferimento sia alla direttiva 85/374/CEE, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, sia agli artt. 3 e 5 della dir. 2001/95/CE, relativa alla sicurezza generale dei prodotti.

<sup>149</sup> Nella prospettiva di indagine propria di questo studio, cfr. A.A. PARKINSON, *Behavioral Class Action Law*, in *UCLA Law Review*, 2018, 65, 5, 1090 ss. Più in generale, con riguardo al tema – nella sua articolazione più specifica tra *Economic Analysis of Law* e *Law & Economics* – è doveroso un richiamo alla figura di Guido Calabresi, eminente giurista italo-americano, i cui lavori hanno contribuito all'evoluzione della scienza giuridica tanto negli U.S.A., quanto nel continente europeo e in Italia. Tra le innumerevoli opere, ci limitiamo in questa sede a rinviare a G. CALABRESI, D.A. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 85, 6, 1089 ss.; G. CALABRESI, *The future of Law & Economics*, Yale University Press, 2016, ora edito in traduzione italiana come ID., *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimediazione e un ricordo*,



la prospettiva dell'effettività della tutela<sup>150</sup>. Tale connubio risponde infatti all'esigenza di perseguire la più ampia partecipazione all'azione (incentivando il c.d. *Free Ride* della parte economicamente debole e disincentivando l'*Undercompliance* della parte economicamente forte)<sup>151</sup>, riequilibrando le forze in campo ("Level the Playing Field")<sup>152</sup>. Il tutto secondo un pragmatismo caratteristico dell'approccio nordamericano<sup>153</sup> ma condiviso ormai anche dal legislatore europeo<sup>154</sup>.

Gli strumenti processuali per perseguire tali obiettivi – oggetto della nostra analisi – rivelano riflessi positivi, interessanti intuizioni ma anche profili critici di non poco momento. Nondimeno, l'analisi condotta consente di apprezzare il *Trend* che accomuna l'esperienza nordamericana ed europea.

Infatti, l'esperienza statunitense della MDL, della quale si sono evidenziati anche i profili critici, testimonia l'esigenza di disporre di strumenti di coordinamento non più soltanto *tra* più azioni individuali, ma anche tra azioni collettive e azioni individuali. La stessa dir. 2020/1828/UE auspica l'adozione, da parte degli Stati membri, di norme per il coordinamento delle azioni rappresentative, delle azioni individuali e di qualsiasi altra azione per la tutela degli interessi individuali e collettivi prevista dal diritto dell'Unione e dal diritto nazionale (considerando 48), con una significativa assonanza al richiamato strumento di diritto nordamericano.

Nel contesto italiano, la recente riforma dell'azione di classe impone di sospendere il giudizio sull'efficacia concreta dello strumento. Ad oggi, infatti, risultano introdotte secondo la nuova disciplina dell'art. 840-*bis* cod. proc. civ. appena cinque azioni collettive<sup>155</sup>. Tale dato non risulta particolarmente sorprendente, considerando, da un lato, che la nuova azione di classe risulta utilizzabile rispetto a illeciti commessi

con *Presentazione* di E. AL MUREDEN, cit. (v. anche E. AL MUREDEN, *Il futuro del law and economics nel pensiero di Guido Calabresi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 778 ss.; G. AFFERNI, *Dibattito a più voci intorno al libro di Guido Calabresi «The future of law and economics»*. *Calabresi, il diritto e l'economia: ritorno al futuro*, in *Contr. impr.*, 2017, 39 ss.; E. CAPECCHI, *Riflessioni a margine della lettura di «The Future of Law & Economics»*, *ivi*, 67 ss.; G. ALPA, *Il futuro di law & economics: le proposte di Guido Calabresi*, *ivi*, 2016, 597 ss.); ID., *Of Tastes and Values (August 2014)*, in *Yale Law & Economics Research Paper*, No. 500, <https://ssrn.com/abstract=2483947>; ID., *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970, edito in traduzione italiana nel 1975 e ora disponibile in ristampa inalterata con *Presentazione* di E. AL MUREDEN, come ID., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica.*, con *Presentazione* di S. RODOTÀ, Giuffrè, 2015 (sul quale v. E. AL MUREDEN, "Costo degli incidenti e responsabilità civile" quarant'anni dopo. *Attualità e nuove prospettive dell'analisi economico-giuridica di Guido Calabresi*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1026 ss.).

<sup>150</sup> Sul punto, si vedano i considerando della dir. 2020/1828/UE, ove il legislatore europeo si mostra consapevole dell'esigenza di bilanciamento tra opposti interessi e costi (v. spec. considerando 1-4, 9 e 10). Nell'esperienza nordamericana e in riferimento anche alla MDL, cfr. D.R. HENSLER, *Happy 50th anniversary*, cit., 1607 ss., la quale tratta in particolare del criterio della misurazione dei costi e delle spese legali relativi a ciascun tipo di vertenza, pur avvertendo di come tale criterio sia influenzato dalla prassi che vuole riconosciuta – in favore del *Class Counsel* – una *fee* parametrata in percentuale al *fund* conseguito dalla classe.

<sup>151</sup> Tali conclusioni sono argomentate scientificamente, in termini assai analitici, in K.N. HYLTON, *Deterrence And Aggregate Litigation*, in *Boston University School of Law Law & Economics*, Paper No. 17-45, <http://www.bu.edu/law/faculty-scholarship/working-paper-series/>.

<sup>152</sup> Per approfondire il tema, cfr. E. MACKAAY, *Some Law and Economics of the Class Action*, in C. PICHÉ (a cura di), *The Class Action Effect*, Éditions Yvon Blais, 2018, 205 ss.

<sup>153</sup> V., ancora, K.N. HYLTON, *Deterrence*, cit., 4 ss.; E. MACKAAY, *Some Law and Economics*, cit., 205 ss. Nell'esperienza europea, si è mossa nel senso del rafforzamento degli strumenti di *private enforcement*, nel contesto del diritto della concorrenza, la direttiva del Parlamento e del Consiglio UE 2014/104, attuata nell'ordinamento italiano mediante il d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 103 (v. sul punto E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *Valutazione dei danni*, in P. Manzini (a cura di), *Il risarcimento*, cit., 125 ss.).

<sup>154</sup> La correlazione tra *private enforcement* e *public enforcement* emerge anche dalla lettura della dir. 2020/1828/UE, che lascia agli Stati membri la discrezionalità per combinare tali strumenti.

<sup>155</sup> V. MAGLIONE, B.L. MAZZEI, *Nuova class action, appena cinque ricorsi a un anno dal debutto*, in *NT+ Diritto*, 9 maggio 2022. L'elenco delle azioni pendenti è consultabile all'indirizzo [https://pst.giustizia.it/PST/it/pst\\_2\\_16.wp](https://pst.giustizia.it/PST/it/pst_2_16.wp).





successivamente all'entrata in vigore della novella (19 maggio 2021) e, dall'altro, che la compiuta attuazione – anche sotto il profilo regolamentare – della riforma ha imposto agli operatori del diritto ulteriori attese<sup>156</sup>.

Lo stesso *Dieselgate*, che abbiamo assunto a caso paradigmatico per tracciare queste linee di confronto critico, lungi dal rappresentare un caso definito<sup>157</sup>, continua a offrire spunti di riflessione sui nuovi equilibri – anche economico-finanziari – nel rapporto tra produttori e consumatori, non solo nell'ambito dell'Unione Europea, nonché sulle opportunità di revisione della disciplina del danno da prodotto, nella società tecnologica e dell'informazione<sup>158</sup>.

In questo cangiante panorama, il caso *Dieselgate* ha rappresentato nondimeno un interessante banco di prova, sul quale – testimoni del percorso di contaminazione tra gli ordinamenti<sup>159</sup> – misurare le perduranti differenze di approccio tra il sistema statunitense – che, costruendo sulla consolidata esperienza in materia di

<sup>156</sup> Come si è già rilevato, solo dal 27 aprile 2022 è entrato in vigore il decreto del Ministero della Giustizia del 17 febbraio 2022 n. 27 (G.U. n. 86 del 12 aprile 2022), che disciplina requisiti e modalità di iscrizione delle organizzazioni e associazioni rappresentative di interessi collettivi all'elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia (v. anche il disposto dell'art. 196-ter disp. att. cod. proc. civ.).

<sup>157</sup> È recentissima la notizia del prossimo raggiungimento di un *Settlement* tra Stellantis (FCA) e i consumatori americani per 300 milioni di dollari, nonché della vicina conclusione di un'intesa tra Volkswagen e il governo britannico, per un valore di 139 milioni di sterline. V. *Il Sole 24 Ore*, 26 maggio 2022, *Dieselgate, Fca pronta a patteggiare Volkswagen sigla un accordo in Uk*.

<sup>158</sup> Merita qui di essere richiamato il lavoro dello European Law Institute (ELI), che ha steso i propri *Guiding Principles for Updating the EU Product Liability Directive for the Digital Age*, in [https://europeanlawinstitute.eu/news-events/news-contd/news/eli-publishes-pilot-innovation-paper-on-guiding-principles-for-updating-the-eu-product-liability-dir/?tx\\_news\\_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx\\_news\\_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=42810e5868a756ca2992375f2df0db2e](https://europeanlawinstitute.eu/news-events/news-contd/news/eli-publishes-pilot-innovation-paper-on-guiding-principles-for-updating-the-eu-product-liability-dir/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=42810e5868a756ca2992375f2df0db2e).

<sup>159</sup> *Amplius*, cfr. A. GIUSSANI, *Le azioni di classe*, cit., 161 s. e 173 ss.; E. FERRANTE, *“Opt-out” ed incentivi*, cit., 483 ss.; O. POLLICINO, *Le class actions nel diritto comparato. Introduzione*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2012, 1109 ss.; N. TROCKER, *Class action negli USA – e in Europa?*, in *Contr. impr. Eu.*, 2009, 178 ss.; A. FRIGNANI, *La class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. assoc.*, 2009, 5 ss.; F. MACARIO, *L'azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 65 ss.; L. FERRARESE, *Le norme statunitensi sulle azioni collettive: analisi comparativa con la normativa italiana e spunti di riflessione*, in *Resp. civ.*, 2008, 746 ss.; V. VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. impr.*, 2008, 729 ss.; G.P. MILLER, *Punti cardine in tema di “class action” negli Stati Uniti e in Italia*, in *An. giur. econ.*, 2008, 211 ss.; L. RENZI, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1213 ss.; A. RICCIO, *L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*, in *Contr. impr.*, 2008, 500 ss.; M.G. MIGLIAZZO, *Dalla class action statunitense all'azione collettiva risarcitoria italiana*, in *Iter Legis*, 2007, 23 ss.; M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 529 ss.; G. RESTA, *Azioni popolari, azioni nell'interesse collettivo, “class actions”: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 331 ss.; J. HARRIS, *Riconoscimento ed esecuzione in Inghilterra di sentenze statunitensi relative ad una “class action”*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, 617 ss.; A.D. DE SANTIS, *I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il “Class Action Fair of 2005”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 601 ss.; I. FRATA, *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*, in *Danno resp.*, 2006, 13 ss.; L. MEZZASOMA, *Tutela del consumatore ed accesso alla giustizia: l'introduzione della class action*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 776 ss.; M. RESCIGNO, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.*, 2005, 407 ss.; F. FAZIO, *Class action (Note a margine del caso Parmalat)*, in *Foro pad.*, 2004, 55 ss.; Pellegrini Grinover, A., *Le azioni collettive ibero-americane: nuove questioni sulla legittimazione e la cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 10 ss.; P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della “class action” ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224 ss.; G. PONZANELLI, *“Class action”, tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, in *Foro it.*, 1995, 305 ss.; C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 609 ss. Con riguardo al sistema indiano (ibridazione di *Civil e Common Law*), cfr. A.B. MAJUMDAR, S. BHAWNANI, *Class Action Suits – Genesis, Analysis and Comparison*, in *RGNUL Book Series on Corporate Law and Corporate Affairs*, Patiala, 2016, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2883976>. *Amplius*, A. GIUSSANI, voce *Azione di classe*, cit., 132.





# JUS CIVILE

*Class Action*, ha dato alla luce nuove e creative soluzioni<sup>160</sup> – e quello europeo e, segnatamente, italiano – ancora incamminato sul sentiero delle riforme e dell’armonizzazione.

---

<sup>160</sup> Non scevre da profili controversi. Cfr. ancora N. TROCKER, *La class action*, cit., 755 s.; A. R. GLUCK, *Unorthodox Civil Procedure*, cit., 1669 ss. Con riguardo alle soluzioni innovative, merita di essere richiamata l’esperienza dei *Bellwether Trials*, nonché predisposizione di vere e proprie guide pratiche, quali quella consultabile in B.J. ROTHSTEIN, T.E. WILLING, *Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges*, Federal Judicial Center, 2005, in <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/classgde.pdf>, senza dimenticare il già segnalato rilievo del rimedio dei danni punitivi. L’intreccio tra *Punitive Damages* e *Class Action* è focalizzato in E.J. CABRASER, R.J. NELSON, *Class Action Treatment*, cit., 407 ss.; W.V. JOHNSON, *Problems with Plaintiffs’ Experts*, cit., 209 ss.; R.A. NAGAREDA, *Punitive Damage*, cit., 943 ss.; C.M. SHARKEY, *The Future*, cit., 1127 ss.



SIMONE D'ORSI

Assegnista di ricerca – Università degli Studi Roma Tre

**RIORGANIZZAZIONE SOCIETARIA E TUTELA DEL CREDITO.  
DUBBI SULL'AMMISSIBILITÀ DELLA REVOCATORIA CONTRO LA SCISSIONE  
DOPO LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

SOMMARIO: 1. Orientamenti di giurisprudenza e dottrina. – 2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale. – 3. La decisione Corte di Giustizia. Il livello minimo di tutela dei creditori sociali. – 4. Segue. Stabilità degli effetti e invalidità nel sistema europeo. – 5. Incoerenza tra sistema societario e revocatoria: inammissibilità dell'azione. – 6. Segue. Coerenza tra sistema societario e revocatoria: ammissibilità dell'azione. – 7. Costituzione del vincolo solidale e neutralizzazione del pregiudizio. – 8. La protezione tardiva dell'interesse tra le cause di estinzione del rimedio. – 9. Relazione tra disciplina della revocatoria e sistema settoriale: eccezionalità e funzione sostitutiva dei rimedi di diritto societario.

1. – L'impostazione favorevole all'esercizio di azioni revocatorie contro la scissione societaria trova crescenti adesioni presso la giurisprudenza, sia merito<sup>1</sup> sia di legittimità<sup>2</sup>. Contro l'ammissibilità del rimedio si esprime un numero più ridotto di decisioni<sup>3</sup>. Alle oscillazioni giurisprudenziali corrispondono le incertezze

<sup>1</sup> Trib. Livorno, 2 settembre 2003, in *Fall.*, 2004, 1138, con nota di F. MONTALDO, *Scissione societaria e revocatoria fallimentare*; Trib. Palermo, 26 gennaio 2004, in *Giur. comm.*, 2007, II, 250, con nota di D. DAVIGO, *Brevi spunti su alcune questioni relative alla ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare dell'atto di scissione societaria*; Trib. Palermo, 25 maggio 2012, in *Pluris*; Trib. Catania, 9 gennaio 2012, in *Riv. not.*, 2012, 728; Trib. Catania, 9 maggio 2012, in *Fall.*, 2013, 983, con nota di G. MILANO, *La revocatoria fallimentare della scissione societaria*; App. Napoli, 17 ottobre 2015, in *Foro nap.*, 2016, 593, con commento di A. VADALÀ; Trib. Venezia, 5 febbraio 2016, in *Soc.*, 2017, 67, con nota di S. Cassani, *Scissione e azione revocatoria*; Trib. Roma, 16 marzo 2016, in *Riv. not.*, 2016, 932, con nota di A. RUOTOLO, D. BOGGIALI, *(In)compatibilità fra scissione e azioni revocatorie*; Trib. Roma, 16 agosto 2016, in *Pluris*; Trib. Pescara, 17 maggio 2017, in *Soc.*, 2017, 1082, con nota di M. MALTONI, M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*; Trib. Napoli, 24 luglio 2017, in *Giustiziacivile.com*, con nota di M. RUBINO DE RITIS, *Scissione societaria e revocatoria: i limiti all'intangibilità dell'operazione*; Trib. Benevento, 12 ottobre 2017, in *Giur. comm.*, 2019, II, 392, con nota di A. BELLO, *Revocatoria dell'atto di scissione: una questione aperta*; Trib. Nuoro, 14 maggio 2018, in *Riv. giur. sarda*, 2020, I, 249, con nota di S. CHIODINO, *Brevi osservazioni in tema di revocatoria della scissione*; Trib. Roma, 12 giugno 2018, in *Giur. it.*, 2019, 1583, con nota di V. SANGIOVANNI, *La revocabilità della scissione fra diritto societario e fallimentare*; Trib. Messina, 10 aprile 2020, in *Dir. fall.*, 2021, II, 201, con nota di A. PICCHIONE, *Il sequestro giudiziario "strumentale" alla revocatoria della scissione di società*; Trib. Catanzaro, 14 gennaio 2020, in *ILCaso.it*; Trib. Napoli, 16 novembre 2020, in *ILCaso.it*.

<sup>2</sup> Cass. civ., sez. I, 4 dicembre 2019, n. 31654, in *Corr. giur.*, 2020, 820, con nota di M. DE PAMPHILIS, *Ammissibile l'azione revocatoria ordinaria contro l'atto di scissione societaria*; Cass. civ., sez. VI, 5 febbraio 2020, n. 2754, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce «Competenza civile», 1420, n. 35; Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2021, n. 2153, in *DirittoBancario.it*, con nota di N. DE LUCA, *La Cassazione ammette la revocatoria della scissione*.

<sup>3</sup> Trib. Roma, 11 gennaio 2001, *Dir. fall.*, 2001, II, 442, con nota di D. DI GRAVIO, *La revocatoria fallimentare dell'attribuzione dei beni nella scissione della società*; Trib. Modena, 22 gennaio 2010, in *ILCaso.it*; Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1040, con nota di L. RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*; Trib. Napoli, 4



della dottrina. Con un rovesciamento delle posizioni, si osserva la prevalenza dell'indirizzo ostile all'azione<sup>4</sup>, al quale si contrappone un orientamento favorevole al suo esercizio<sup>5</sup>.

marzo 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, con nota di C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*; Trib. Napoli, 31 ottobre 2013, *ivi*; Trib. Bologna, 24 marzo 2016, in *Riv. not.*, 2016, 931, con nota di A. RUOTOLO-D. BOGGIALI, *(In)compatibilità fra scissione e azioni revocatorie*; Trib. Bologna, 1° aprile 2016, in *Notar.*, 2016, 604, con nota di T. MARENA, *Sull'assoggettabilità della scissione all'azione revocatoria*; Trib. Roma, 7 novembre 2016, in *Giur. comm.*, 2018, II, 136, con nota di M. PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*; App. Catania, 19 settembre 2017, in *Fall.*, 2018, 902, con nota di P. POTOTSCHNIG, *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*; App. Napoli, 27 febbraio 2018, in *Giur. comm.*, 2019, II, 147, con nota di F. Fimmanò, *La Corte di giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*; Trib. Napoli, 26 novembre 2018, in *Dir. fall.*, 2020, II, 182, con nota di E. DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*; Trib. Napoli, 15 marzo 2019, in *Foro it.*, 2019, 2920, con commento di G. NICCOLINI; App. Roma, 27 marzo 2019, in *Giur. comm.*, 2019, II, 1424, con nota di A. DE PRA, *Revocatoria dell'atto di scissione: limitata ammissibilità e rimedi "speciali"*.

<sup>4</sup>G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 240, a nota 95; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, VII, 2.2, Torino, 2004, 294-295; G. SCHIANO DI PEPE, *Sub art. 2506*, in *Società di Capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, III, Napoli, 2004, 2005; D. DAVIGO, *Brevi spunti su alcune questioni relative alla ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare dell'atto di scissione societaria*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 269-270; C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 120 ss.; L. RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1044 ss.; A.D. SCANO, *Gli effetti sostanziali della scissione*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, a cura di A. SERRA, Bologna, 2014, 882-8823; A. RUOTOLO, D. BOGGIALI, *(In)compatibilità fra scissione e azioni revocatorie*, in *Riv. not.*, 2016, 947 ss.; T. MARENA, *Sull'assoggettabilità della scissione all'azione revocatoria*, in *Not.*, 2016, 613 e 616; M. MALTONI, M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, in *Soc.*, 2017, 1092 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Scissione societaria e revocatoria: i limiti all'intangibilità dell'operazione*, in *Giustiziacivile.com*, 12 ss.; S. CASSANI, *Scissione e azione revocatoria*, in *Soc.*, 2017, 76-77; L. LUCHETTI, *L'operazione di scissione tra tutela dei creditori e certezza dei traffici giuridici*, in *Dir. fall.*, 2018, II, 186 ss.; A. DE PRA, *Revocatoria dell'atto di scissione: limitata ammissibilità e rimedi "speciali"*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 1439-1440; A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, in *Riv. soc.*, 2019, 696 ss.; ID., *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, in *Fall.*, 2020, 913 ss.; F. FIMMANÒ, *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, in AA.VV., *Gli organi. Gli effetti. La disciplina penalistica*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE, A. BASSI, Padova, 2010, 590 ss.; ID., *La Cassazione scivola sulla revocatoria "selettiva" della scissione*, in *Giustiziacivile.com*, 3 ss.; ID., *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*, in *Soc.*, 2019, 478 ss.; ID., *La Corte di giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 154 ss.; ID., *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, in *Notariato*, 2020, 115 ss.; S. CHIODINO, *Brevi osservazioni in tema di revocatoria della scissione*, in *Riv. giur. sarda*, 2020, I, 269; E. DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, in *Dir. fall.*, 2020, II, 193 ss.; A. PACIELLO, *La Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità della revocatoria della scissione: spunti di riflessione*, in *Corr. giur.*, 2020, 926 ss.; R. FRANCO, *La pauliana della scissione societaria tra obbligazioni solidali ed ermeneutica degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 1310 ss.; L. ROCCO DI TORREPADULA, *Il nulla osta della Corte di giustizia europea alla revocatoria della scissione: più problemi che soluzioni*, in *Foro it.*, 2020, IV, 555; A. PICCHIONE, *Il sequestro giudiziario "strumentale" alla revocatoria della scissione di società*, in *Dir. fall.*, 2021, II, 217 ss.; D. LATELLA, *Scissione di società e revocatoria: un arretramento della corte di giustizia nel processo di modernizzazione del diritto societario dell'Unione Europea*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 117-2020/A, 46-47.

<sup>5</sup>F. DENOZZA, *La scissione di società*, in AA.VV., *Impresa e società. Nuove tecniche comunitarie*, Milano, 1992, 95; T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 91 ss.; S.F. MARZO, *La controversa revocabilità della scissione societaria*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 1147 ss., che esprime però scetticismo verso la revocabilità della scissione c.d. totale; M. PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2018, II, 152; A. BELLO, *Revocatoria dell'atto di scissione: una questione aperta*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 408; V. SANGIOVANNI, *La revocabilità della scissione fra diritto societario e fallimentare*, in *Giur. it.*, 2019, 1586 ss.; P. POTOTSCHNIG, *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*, in *Fall.*, 2018, 912-913; ID., *Corte di Giustizia e Corte di cassazione convergono sulla revocabilità della scissione*, in *Soc.*, 2020, 471 ss.; M. DE PAMPHILIS, *Ammissibile l'azione revocatoria ordinaria contro l'atto di scissione societaria*, in *Corr. giur.*, 2020, 833 ss.; L.S. LENTINI, *Sui presupposti della revocatoria ordinaria della scissione: la prima pronuncia della Cassazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, II, 12 ss.; P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Sull'ammissibilità della revocatoria della scissione*, in *Foro nap.*, 2021, 260-261; N. DE LUCA, *Dell'inutilità del rimedio revocatorio e di altri preconcetti. Ulteriori riflessioni sulla revocatoria della scissione*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 217 ss.; B. DALLA VERITÀ, *L'operazione di scissione, tra vantaggi e possibili profili patologici: il non ancora sopito dibattito sull'ammissibilità dell'azione revocatoria*, in *IlCaso.it*, 29 ss.



I dubbi circa l'ammissibilità della revocatoria dipendono dal difficoltoso coordinamento tra il regime della scissione, che su impulso dell'ordinamento europeo sembra perseguire anzitutto la stabilità degli effetti, e il sistema interno di tutela della garanzia patrimoniale, che tende invece a rendere precarie ed instabili le conseguenze di atti potenzialmente pregiudizievoli per uno o più creditori<sup>6</sup>.

L'interferenza tra tutela del credito e disciplina comunitaria della scissione spiega il recente coinvolgimento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. La decisione pronunciata il 30 gennaio 2020<sup>7</sup> supera le perplessità espresse dalla Corte d'Appello di Napoli nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale<sup>8</sup>, per riconoscere la conformità tra la pauliana e la disciplina della scissione dettata nella Sesta direttiva in materia societaria.

2. – Nell'ordinanza di rinvio si individuano due profili di possibile contrasto: tra il regime della revocatoria e le regole poste rispettivamente dagli artt. 12 e 19 della Sesta direttiva.

La prima disposizione indica gli strumenti per la protezione dei creditori che ciascuno Stato è tenuto ad introdurre nel regolare l'operazione corporativa. È richiesta la predisposizione di un «adeguato sistema di tutela» per i titolari di crediti anteriori all'operazione (par. 1). A tal fine, si vuole: che questi «abbiano il diritto di ottenere adeguate garanzie», se necessarie in base al contesto di riferimento (par. 2), e che le società coinvolte rispondano solidalmente per il debito nei loro confronti (par. 3 ss.). Il sospetto della Corte d'Appello di Napoli è che la Direttiva configuri un sistema chiuso di rimedi, tale da escludere quelli ordinari comunemente posti a salvaguardia del ceto creditorio.

L'art. 19 disciplina la nullità della scissione. La previsione delinea un regime in base al quale l'invalidità può essere pronunciata in circostanze tassative, non ha effetto retroattivo, è sanabile e va fatta valere entro sei mesi dall'efficacia dell'atto. Dalle restrizioni all'accertamento dell'invalidità si tende a ricavare un principio di irregredibilità dell'operazione, o meglio dei suoi effetti<sup>9</sup>. Al fine di ridurre le incertezze intorno alla scissione, la disciplina comunitaria permette il consolidamento degli effetti nonostante la sussistenza di vizi originariamente tali da comportarne la nullità<sup>10</sup>. L'ordinanza di rinvio ipotizza che le finalità perseguite dalla Direttiva giustificano l'estensione alla pronuncia di inefficacia delle preclusioni stabilite per l'accertamento dell'invalidità<sup>11</sup>. Nella prospettiva della Corte d'Appello, la derivazione comunitaria delle regole sulla scis-

---

<sup>6</sup> Le difficoltà dipendono inoltre dalla necessità di coordinare un antico rimedio di origine romanistica, concepito per neutralizzare atti traslativi di impoverimento del patrimonio in garanzia, ed un istituto più moderno, volto alla riconfigurazione dell'assetto organizzativo e patrimoniale degli enti coinvolti. Per un simile rilievo, C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, cit., 120; A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 227.

<sup>7</sup> Corte giust. UE, sez. II, 30 gennaio 2020, C-394/18, in *Foro it.*, 2020, IV, 202, con nota di N. DE LUCA, *La revocatoria della scissione secondo la Corte Ue. Prime riflessioni*.

<sup>8</sup> App. Napoli, 27 febbraio 2018, cit.

<sup>9</sup> Su tale principio si soffermano, in giurisprudenza, Trib. Napoli, 4 marzo 2013, cit.; Trib. Napoli, 31 ottobre 2013, cit.; Trib. Napoli, 26 novembre 2018, cit., che collega la stabilità della scissione ad una «necessità evidente dell'ordinamento al fine di consentire che le società di capitali possano contribuire allo sviluppo dell'economia, senza che coloro che interagiscono con esse debbano temere di vedere i propri interessi travolti da decisioni giurisdizionali, magari giunte dopo tempo, per ragioni rispetto alle quali gli stessi terzi sono estranei»; App. Roma, 27 marzo 2019, cit. Per una revisione in senso riduttivo di tale principio, N. DE LUCA, *Dell'inutilità del rimedio revocatorio e di altri preconcetti. Ulteriori riflessioni sulla revocatoria della scissione*, cit., 223-224.

<sup>10</sup> Dall'ultimo dei «considerando» presenti nella Sesta Direttiva si desume che lo stringente termine per la contestazione dell'invalidità tende a «garantire la sicurezza giuridica delle relazioni sia fra le società partecipanti alla scissione che fra queste e i terzi nonché fra gli azionisti».

<sup>11</sup> La riduzione del divario, teoricamente ampio, tra invalidità ed inefficacia si può cogliere anche pensando ad ulteriori problemi della scissione. A titolo d'esempio, già C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, VII, 2.1, Torino, 2004, 608-609,



sione consente di assegnare alla categoria dell'invalidità una portata più ampia di quella configurabile nel sistema interno. Il quesito rivolto alla Corte di Giustizia tende perciò a chiarire se la nozione di nullità delineata nella Direttiva si possa estendere ad ogni ragione di inefficacia dell'atto, anche solo relativa e parziale. In questa prospettiva, la revocatoria non sarebbe ammissibile successivamente al decorso del termine stabilito per l'accertamento dell'invalidità.

**3.** – Nel considerare la relazione tra il regime societario e gli ordinari mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, la Corte di Giustizia ricorda anzitutto i rimedi introdotti nel sistema italiano in attuazione della Direttiva comunitaria.

In primo luogo, ai creditori è riconosciuto il diritto di opposizione entro sessanta giorni dall'iscrizione della delibera di scissione nel registro delle imprese, durante i quali la decisione resta inefficace (art. 2503 cod. civ., richiamato dal successivo art. 2506-ter, ult. comma). È inoltre riconosciuta la tutela risarcitoria, espressamente consentita anche quando la nullità dell'atto non può più essere pronunciata (art. 2504 *quater*, comma 2, cod. civ. richiamato poi dall'2506-ter, comma 5)<sup>12</sup>. Infine, la scissione implica la responsabilità solidale delle società coinvolte: per i rapporti pregressi rispondono sia l'ente a cui il debito è attribuito sia le altre società, che sono però obbligate entro il limite del patrimonio netto assegnato a ciascuna (art. 2506 *bis*, comma 3, e 2506-*quater* cod. civ.).

Per la Corte di Giustizia nessuno di questi rimedi esclude l'esercizio della revocatoria nei termini consueti. La premessa risiede nell'individuazione all'interno della Direttiva di un livello minimo di tutela per i creditori sociali, tale da non precludere ai singoli ordinamenti nazionali l'aggiunta di rimedi ulteriori, inclusi quelli ordinari a protezione della garanzia patrimoniale. A sostegno di questa impostazione la Corte di Giustizia considera dirimente un'indicazione di carattere testuale: l'art. 12, par. 2, della Sesta direttiva impone agli Stati membri l'introduzione «quanto meno» dei rimedi previsti. Da tale formulazione i giudici europei ricavano la predisposizione di una “soglia base” di tutela, tale da non precludere l'integrazione con strumenti ulteriori.

**4.** – Passando all'altra questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia considera il peculiare regime di invalidità della scissione per soffermarsi sulla irregredibilità degli effetti e sulla categoria della nullità in ambito europeo.

La pronuncia non nega l'intento del legislatore comunitario di perseguire la stabilità dell'operazione, al fine di rendere affidabili le relazioni tra la società e i terzi. Tuttavia, la Corte di Giustizia esclude che tali esi-

---

ipotizza di estendere le preclusioni espressamente riferite alla dichiarazione di nullità all'accertamento dell'inefficacia riconducibile alla pubblicazione dell'atto di scissione prima della decisione sulle opposizioni formulate dai creditori.

<sup>12</sup> Nella Relazione ministeriale al d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, si chiarisce che «l'iscrizione dell'atto di scissione, se preclude la pronuncia di invalidità del medesimo, non elide tuttavia [...] eventuali pretese risarcitorie dei soci o dei terzi danneggiati dall'operazione di scissione, nei confronti delle società partecipanti alla scissione stessa e/o dei loro amministratori». Peraltro, in base al condivisibile rilievo di Trib. Napoli, 26 novembre 2018, cit., «l'art. 2504 *quater* è un'applicazione specifica di responsabilità civile da fatto illecito (es. la scissione in violazione dei principi di legge), che non esclude ad esempio altre ipotesi di responsabilità specifiche come l'art. 2395 c.c. verso gli amministratori che avessero posto in essere l'atto pregiudizievole»; nella stessa direzione, F. FIMMANÒ, *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*, cit., 484; ID., *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, cit., 134.





genze siano pregiudicate dalle incertezze riconducibili all'ammissibilità della revocatoria, poiché l'accoglimento dell'azione produce conseguenze più contenute rispetto all'accertamento dell'invalidità. Soprattutto, per rispondere al quesito formulato con il rinvio pregiudiziale, la Corte nega che il regime delineato per la nullità nella Sesta direttiva possa estendersi al c.d. vizio-revocatorio. Il ragionamento risulta estremamente rigoroso. Rilievo preliminare è che la Direttiva non definisce la nullità e che in mancanza di una norma definitiva occorre far riferimento «all'accezione abituale dei termini utilizzati, prendendo in considerazione il contesto nel quale essi ricorrono e gli obiettivi perseguiti dalla disciplina di cui fanno parte». Proprio dall'accezione abituale i giudici europei ricavano un concetto di nullità da riferire «ad azioni dirette all'annullamento di un atto, che determinano la sua scomparsa e producono effetti nei confronti di tutti».

Poste queste premesse, risulta inevitabile la conclusione che la nullità comunitaria non assorbe il vizio-revocatorio. Quindi, conclude la Corte di Giustizia, le preclusioni stabilite nella Sesta direttiva non interessano le iniziative dei creditori che mirano a far pronunciare unicamente l'inefficacia relativa e parziale dell'atto.

5. – La decisione della Corte di Giustizia condivide alcune tra le affermazioni ricorrenti in dottrina e giurisprudenza per riconoscere l'esercizio della revocatoria ed escluderne l'inammissibilità in base al sistema societario europeo. Ciononostante, dalla pronuncia non può automaticamente desumersi l'ammissibilità dell'azione. La Corte indica la soluzione ai problemi interpretativi che pone la Sesta direttiva, senza assumere una posizione definitiva circa l'ambito applicativo della revocatoria nell'ordinamento italiano<sup>13</sup>. Restano perciò da considerare gli ulteriori argomenti individuati contro questo rimedio.

Una prima questione riguarda la natura della scissione. Secondo una tesi diffusa soprattutto in letteratura, l'inammissibilità della revocatoria dipenderebbe dall'effetto caratteristico dell'operazione. Di questa si sottolinea la componente corporativa e di riorganizzazione, da cui viene ricavata l'irriducibilità alla categoria degli atti meramente dispositivi che possono essere contestati con la revocatoria ordinaria e fallimentare<sup>14</sup>, secondo una tesi che sembra confermata dalla sostituzione del richiamo al "trasferimento" – presente nell'art. 2504-septies, comma 1, cod. civ. fino alla riforma del 2003 – con quella alla "assegnazione" di una parte oppure dell'intero patrimonio della scissa (art. 2506, comma 3, cod. civ.)<sup>15</sup>. Soprattutto, anche a prescindere

---

<sup>13</sup> In senso analogo, N. DE LUCA, *Dell'inutilità del rimedio revocatorio e di altri preconcetti. Ulteriori riflessioni sulla revocatoria della scissione*, cit., 216, nel constatare l'inidoneità della pronuncia della Corte di Giustizia a concludere il dibattito interno sulla revocabilità della scissione.

<sup>14</sup> A. RUOTOLO, D. BOGGIALI, *(In)compatibilità fra scissione e azioni revocatorie*, cit., 949-950; L. RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, cit., 1044-1045; L. LUCHETTI, *L'operazione di scissione tra tutela dei creditori e certezza dei traffici giuridici*, cit., 186 ss.; App. Catania, 19 settembre 2017, cit., secondo cui «la società scissa si modifica in quanto viene ad assumere una nuova organizzazione strutturale mediante la sua frammentazione in una o più nuove entità con conseguente, necessaria, assegnazione del patrimonio e delle quote di partecipazione sociale tra i soci [...]. Il suddetto fenomeno quindi non realizza in senso proprio un trasferimento di beni, ma una diversa distribuzione degli stessi tra gli enti che vi partecipano»; Trib. Roma, 7 novembre 2016, cit.

<sup>15</sup> In termini generali, COMITATO TRIVENETO DEI NOTAI IN MATERIA DI ATTI SOCIETARI, *Massima L.A.15*, che individua nel nuovo testo una conferma per la tesi modificativa e non traslativa della scissione. Con specifico riferimento all'ammissibilità di azioni revocatorie contro l'operazione, L. RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, cit., 1044-1045; L. LUCHETTI, *L'operazione di scissione tra tutela dei creditori e certezza dei traffici giuridici*, cit., 186; Trib. Roma, 7 novembre 2016, cit.; App. Catania, 19 settembre 2017, cit. A sminuire l'importanza da assegnare al dato testuale concorrono due rilievi. In primo luogo, e già sul piano semantico, l'"assegnazione" di uno o più beni non sembra escluderne il "trasferimento", come conferma il richiamo alla «società trasferente» tuttora contenuto nell'art. 2506-bis, comma 2, cod. civ. Inoltre, la variazione lessicale è giustifica-



dalla sussistenza dell'effetto traslativo, si considera teorica ed impraticabile una demarcazione netta tra le conseguenze organizzative, universalmente considerate irreversibili, e quelle dispositive, suscettibili invece di essere neutralizzate almeno in parte con l'accoglimento della pauliana<sup>16</sup>. Allo stesso tempo, taluno esclude anche la possibilità di circoscrivere l'inefficacia al trasferimento dei beni da un patrimonio all'altro, dovendosi necessariamente coinvolgere l'intera vicenda circolatoria, sul versante sia dell'attivo sia del passivo<sup>17</sup>. Da una diversa prospettiva, parte della dottrina osserva che nessuno degli enti ai quali sono assegnate le risorse della scissa può essere identificato con il terzo beneficiario di un atto dispositivo da sottoporre a revocatoria, trattandosi semmai di società che proseguono la personalità giuridica della scissa<sup>18</sup>.

A quelle concernenti gli effetti dell'atto si aggiungono osservazioni relative al sistema societario di tutela del ceto creditorio, giudicato alternativo all'assetto comune dei rimedi a presidio della garanzia patrimoniale. La questione è prossima a quella affrontata della Corte di Giustizia e tuttavia assume contenuto più ampio: si tratta non solo della autosufficienza del sistema societario nella prospettiva europea ma anche dal punto di vista interno.

La tesi ostile alla revocatoria sottolinea anzitutto la fungibilità dell'opposizione dei creditori alla scissione con l'azione di inefficacia revocatoria<sup>19</sup>, escludendo l'ammissibilità di quest'ultima al fine evitare un'inutile

---

ta nella Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, § 14, non da una contestazione dell'ipotesi traslativa ma principalmente dalla necessità di escludere l'applicazione delle norme che governano la circolazione dei singoli cespiti.

<sup>16</sup>G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., 240, a nota 95; C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, cit., 121; M. MALTONI, M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, cit., 1096, a giudizio dei quali «la contrapposizione tra effetti riorganizzativi e effetti patrimoniali indebitamente tralascia che la scissione (come del resto anche la fusione) realizza *uno actu* tutti gli effetti, riorganizzativi e patrimoniali, [...] si che voler contrapporre gli uni agli altri è arbitrario e conduce, in definitiva, a conclusioni indifendibili»; F. FIMMANÒ, *La Cassazione scivola sulla revocatoria "selettiva" della scissione*, cit., 3; ID., *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*, cit., 478; ID., *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, cit., 121 ss., il quale segnala anche il coinvolgimento nell'operazione di un'intera massa anziché di singoli beni; A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, cit., 236-244; ID., *La Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità della revocatoria della scissione: spunti di riflessione*, cit., 929-930; A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 713 ss.; ID., *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, cit., 914-915; A. PICCHIONE, *Il sequestro giudiziario "strumentale" alla revocatoria della scissione di società*, cit., 232; D. LATELLA, *Scissione di società e revocatoria: un arretramento della corte di giustizia nel processo di modernizzazione del diritto societario dell'Unione Europea*, cit., 21-22; Trib. Napoli, 26 novembre 2018, cit., secondo cui quello dispositivo «è solo un momento strumentale alla realizzazione della modificazione organizzativa dell'azienda tra diversi enti societari e [...] apparirebbe fortemente distonico travolgere il momento attributivo senza curarsi degli effetti che ciò produrrebbe sull'alterazione della modificazione organizzativa realizzata con la scissione/fusione»; App. Roma, 27 marzo 2019, cit.

<sup>17</sup>In questi termini, A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 707-708, il quale pensando alla revocatoria fallimentare sostiene che «l'inefficacia nei confronti della massa dei creditori della scissa fallita, consacrata dalla sentenza di accoglimento della revocatoria, incidendo sull'atto nella sua interezza, [...] determinerebbe conseguenze anche con riguardo agli elementi patrimoniali passivi assegnati con la scissione, in quanto l'assegnazione resta senza causa»; A. PACIELLO, *La Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità della revocatoria della scissione: spunti di riflessione*, cit., 928, secondo cui «la peculiarità dell'operazione impedisce di ritenere possibile circoscrivere l'inefficacia esclusivamente alla porzione dell'attivo, e tantomeno a un singolo cespite sul quale esercitare le azioni esecutive con preferenze anche rispetto ai creditori del terzo revocato». In questi termini si esprime anche N. DE LUCA, *Dell'inutilità del rimedio revocatorio e di altri preconcetti. Ulteriori riflessioni sulla revocatoria della scissione*, cit., 221, che dall'affermazione ricava per un argomento a favore della revocatoria.

<sup>18</sup>G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 294.

<sup>19</sup>Per l'opposizione quale strumento utile alla conservazione della massa verso cui si indirizzano le pretese dei creditori sociali, *ex multis*, A. PROTO PISANI, *L'opposizione dei creditori nel nuovo diritto e processo societari*, in *Foro it.*, 2004, V, 53 ss.; P. LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, in *Riv. soc.*, 2004, 1366; F. FIMMANÒ, *Funzione, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, in *Soc.*, 1998, 446; ID., *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, cit., 590; ID., *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*, cit., 479; ID., *La Corte di giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*, cit., 162; A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, cit., 236 ss., persuaso tuttavia che «la tutela riconosciuta ai creditori tramite il diritto di opposizione agisce su un piano diverso rispetto a quello proprio del-



duplicazione dei rimedi<sup>20</sup>. Conclusioni analoghe sono proposte per la tutela risarcitoria, esperibile anche quando non può più essere pronunciata l'invalidità e che pure viene reputata fungibile con la pauliana<sup>21</sup>. Infine, si osserva che il vincolo solidale tra le società coinvolte nell'operazione dovrebbe impedire l'impo-  
verimento del patrimonio in garanzia che la revocatoria mira a superare<sup>22</sup>, dato che le risorse della scissa non confluiscono nel patrimonio di un terzo estraneo al vincolo obbligatorio ma in quello di un soggetto a sua volta tenuto alla prestazione<sup>23</sup>. Peraltro, alla configurazione della responsabilità solidale concorre l'inam-

---

la revocatoria» (240); A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 720; ID., *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, cit., 922-923; G. SCOGNAMIGLIO, *Fusione e scissione di società: lo schema di legge di attuazione delle direttive CEE*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 116; EAD., *Le scissioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, VII, 2.2, Torino, 2004, 294-295; M.S. SPOLIDORO, *Opposizione dei creditori*, in *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. SERRA, M.S. SPOLIDORO, Torino, 1994, 112 ss.; C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 521 ss.; L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, in *AA.VV., Studi per Franco Di Sabato*, II, Napoli, 2009, 870-871; A. BERLOTTI, *Della scissione delle società*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2015, 263-264; Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2021, n. 2153, cit.; App. Catania, 19 settembre 2017, cit. Va aggiunta l'impostazione di Trib. Milano, 20 dicembre 2018, in *Soc.*, 2019, 956, con nota di M.V. ZAMMITTI, *L'opposizione dei creditori alla fusione, ex art. 2503, comma 2, c.c. al vaglio della giurisprudenza milanese*, nel rilevare l'idoneità dell'opposizione alla fusione ad anticipare il medesimo controllo da svolgere in occasione della revocatoria promossa contro l'atto già perfezionato.

<sup>20</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 294-295; A. GEMMA, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005, 137-138; T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, cit., 93, il quale reputa l'opposizione idonea a precludere quanto meno la revocatoria giustificata da ragioni di pregiudizio conoscibili già prima dell'operazione; D. DAVIGO, *Brevi spunti su alcune questioni relative alla ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare dell'atto di scissione societaria*, cit., 259-260; C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, cit., 121; L. RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, cit., 1049; A.D. SCANO, *Gli effetti sostanziali della scissione*, cit., 882-883; A. RUOTOLO, D. BOGGIALI, *(In)compatibilità fra scissione e azioni revocatorie*, cit., 950-951; F. FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità «sussidiaria» per i debiti sociali non soddisfatti*, in *Soc.*, 2002, 1380; Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, cit.; App. Catania, 19 settembre 2017, cit.

<sup>21</sup> D. DAVIGO, *Brevi spunti su alcune questioni relative alla ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare dell'atto di scissione societaria*, cit., 261-262; C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, cit., 129-130; A. DE PRA, *Revocatoria dell'atto di scissione: limitata ammissibilità e rimedi «speciali»*, cit., 1439-1440.

<sup>22</sup> Una parte della giurisprudenza associa alla responsabilità solidale proprio la funzione di evitare la riduzione del patrimonio in garanzia. Afferma Trib. Torino, 8 novembre 2019, in *Il Caso.it*, che «la ragion d'essere della norma di cui all'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. deve rinvenirsi per un verso nella tutela della latitudine della garanzia patrimoniale generica stabilita dall'art. 2740, comma 1, c.c. in favore dei creditori e, per altro verso, nel principio generale che il debitore non può con un suo atto unilaterale, qual è la scissione rispetto ai creditori, diminuire la garanzia patrimoniale di cui essi godono».

<sup>23</sup> A. RUOTOLO, D. BOGGIALI, *(In)compatibilità fra scissione e azioni revocatorie*, cit., 948; L. RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, cit., 1049; M. MALTONI, M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, cit., 1096-1097; M. RUBINO DE RITIS, *Scissione societaria e revocatoria: i limiti all'intangibilità dell'operazione*, cit., 12-13; L. LUCHETTI, *L'operazione di scissione tra tutela dei creditori e certezza dei traffici giuridici*, cit., 193; F. FIMMANÒ, *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*, cit., 480-481; ID., *La Corte di giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*, cit., 163-164; ID., *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, cit., 130; E. DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, cit., 197-198; A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 720-721; A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, cit., 227 ss., persuaso altresì che «l'esistenza di più condebitori rafforzi la garanzia originaria in quanto offre ai creditori la possibilità di aggredire più patrimoni, tutti peraltro destinati all'esercizio d'impresa e quindi astrattamente idonei a produrre nuova ricchezza» (228); ID., *La Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità della revocatoria della scissione: spunti di riflessione*, cit., 926 ss.; R. FRANCO, *La pauliana della scissione societaria tra obbligazioni solidali ed ermeneutica degli interessi*, cit., 1310 ss.; A. PICCHIONE, *Il sequestro giudiziario «strumentale» alla revocatoria della scissione di società*, cit., 216 ss.; D. LA-TELLA, *Scissione di società e revocatoria: un arretramento della corte di giustizia nel processo di modernizzazione del diritto societario dell'Unione Europea*, cit., 46-47; Trib. Modena, 22 gennaio 2010, cit.; Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, cit.; Trib. Roma, 7 novembre 2016, cit.; Trib. Napoli, 26 novembre 2018, cit., secondo cui la revocatoria sarebbe «destinata a sovrapporsi con il rimedio specifico di cui all'art. 2506-*quater*, che appare addirittura più snello e pratico perché operante sul piano dell'adempimento forzoso del condebitore solidale e non sul piano della garanzia del credito nella fase patologica dell'inadempimento, seppure con il meccanismo della sussidiarietà»; App. Roma, 27 marzo 2019, cit.



missibilità di scissioni negative<sup>24</sup>, ossia connotate dall'attribuzione di passività superiori al valore dell'attivo: la preclusione impone l'assegnazione di quel netto positivo che consente al vincolo solidale di costituirsi ed operare<sup>25</sup>.

Sempre sul piano dei rimedi, si aggiunge una considerazione che pare essere condivisa dalla Corte d'Appello di Napoli nel provvedimento di rinvio pregiudiziale ma non dalla Corte di Giustizia. Si afferma cioè la necessità di dare concretezza al principio di irregredibilità degli effetti della scissione assimilando le ragioni di inefficacia a quelle di invalidità, al fine di estendere alla revocatoria il regime previsto dall'art. 2504 *quater* cod. civ. e così escludere l'azione in seguito alla pubblicazione dell'atto di scissione. La premessa risiede nell'argomento funzionale: poiché le limitazioni all'accertamento dell'invalidità mirano a conservare gli effetti dell'operazione, esse sono da riferire anche ad iniziative dirette a contestare solamente una porzione di tali effetti, poiché comunque idonee a pregiudicare quelle esigenze di stabilità<sup>26</sup>.

Da questa angolatura, il regime della scissione assume carattere di autosufficienza: i rimedi particolari risultano idonei alla protezione dei creditori sociali<sup>27</sup>, consentendo di escludere le incertezze connesse anche

<sup>24</sup> Contro operazioni di scissione negativa si esprimono, tra gli altri, G.B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 494; F. FIMMANÒ, *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, cit., 126; Cass. civ., sez. I, 20 novembre 2013, n. 26043, in *Giur. it.*, 2014, 1415, con nota di M. CAVANNA, *La scissione: un'operazione intangibile?*.

<sup>25</sup> In questi termini si esprime A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, cit., 228 e 241. L'impostazione contraria alla scissione negativa viene richiamata per escludere la revocatoria anche sulla base di un ulteriore rilievo; e cioè con la considerazione che l'accoglimento dell'azione, eliminando l'effetto patrimoniale positivo, finirebbe per configurare il medesimo esito che si tende ad evitare con il divieto di scissione negativa; in questi termini, F. FIMMANÒ, *La Corte di giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*, cit., 156-157; A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 715; ID., *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, cit., 915-916.

<sup>26</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 294; D. DAVIGO, *Brevi spunti su alcune questioni relative alla ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare dell'atto di scissione societaria*, cit., 266; F. FIMMANÒ, *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, cit., 590-591; ID., *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, cit., 124-125; ID., *La Cassazione scivola sulla revocatoria "selettiva" della scissione*, cit., 6-7; ID., *La Corte di giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*, cit., 155 e 168-169; A.D. SCANO, *Gli effetti sostanziali della scissione*, cit., 883; S. CASSANI, *Scissione e azione revocatoria*, cit., 76-77; A. RUOTOLO, D. BOGGIALI, *(In)compatibilità fra scissione e azioni revocatorie*, cit., 948; T. MARENA, *Sull'assoggettabilità della scissione all'azione revocatoria*, cit., 616; L. LUCHETTI, *L'operazione di scissione tra tutela dei creditori e certezza dei traffici giuridici*, cit., 190; M. MALTONI, M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, cit., 1096; A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, cit., 244; M. RUBINO DE RITIS, *Scissione societaria e revocatoria: i limiti all'intangibilità dell'operazione*, cit., 14; A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 715 ss.; ID., *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, cit., 912; S. CHIODINO, *Brevi osservazioni in tema di revocatoria della scissione*, cit., 268; E. DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, cit., 201; Trib. Napoli, 4 marzo 2013, cit.; Trib. Napoli, 31 ottobre 2013, cit.; Trib. Modena, 22 gennaio 2010, cit.; Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, cit.; Trib. Bologna, 24 marzo 2016, cit.; Trib. Bologna, 1° aprile 2016, cit.; App. Napoli, 27 febbraio 2018, cit.

<sup>27</sup> F. FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità «sussidiaria» per i debiti sociali non soddisfatti*, cit., 1379-1380; ID., *La Corte di giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*, cit., 163-164; ID., *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, cit., 124; L. RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, cit., 1044-1050; A. RUOTOLO, D. BOGGIALI, *(In)compatibilità fra scissione e azioni revocatorie*, cit., 950-951; M. MALTONI, M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, cit., 1097; A. PACIELLO, *La Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità della revocatoria della scissione: spunti di riflessione*, cit., 926; R. FRANCO, *La pauliana della scissione societaria tra obbligazioni solidali ed ermeneutica degli interessi*, cit., 1310 ss.; L. LUCHETTI, *L'operazione di scissione tra tutela dei creditori e certezza dei traffici giuridici*, cit., 190; A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 718 ss.; E. DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, cit., 193; L. ROCCO DI TORREPADULA, *Il nulla osta della Corte di giustizia europea alla revocatoria della scissione: più problemi che soluzioni*, cit., 555; D. LATELLA, *Scissione di società e revocatoria: un arretramento della corte di giustizia nel processo di modernizzazione del diritto societario dell'Unione Europea*, cit., 46-47; Trib. Roma, 7 novembre 2016, cit.; Trib. Napoli, 26 novembre 2018, cit. Quanto all'adeguatezza dei rimedi, sono da ricordare le opinioni di F.





solo alla possibilità di invocare tutele ulteriori, percepite talvolta come tanto destabilizzanti da poter perfino di pregiudicare il ricorso all'operazione<sup>28</sup>. La sostituzione degli strumenti del diritto societario al rimedio pauliano è inoltre considerata idonea a scongiurare le disparità ingiustificate tra i creditori sociali che potrebbero altrimenti determinarsi<sup>29</sup> e coerente alla necessità di assicurare l'equilibrio con le esigenze degli altri soggetti coinvolti dall'operazione<sup>30</sup>.

Un ultimo argomento contro l'esperibilità dell'azione viene individuato dalla disciplina concorsuale. Nell'ambito della procedura di concordato preventivo, l'art. 116 c.c.i. stabilisce che «se il piano prevede il compimento, durante la procedura oppure dopo la sua omologazione, di operazioni di trasformazione, fusione o scissione della società debitrice, la validità di queste può essere contestata dai creditori solo con l'opposizione all'omologazione» (comma 1). Inoltre, sempre in base all'art. 116 c.c.i., «gli effetti delle operazioni di cui al comma 1, in caso di risoluzione o di annullamento del concordato, sono irreversibili, salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi ai sensi degli articoli 2500-*bis*, comma secondo, 2504-*quater*, comma secondo, e 2506-*ter*, comma quinto, del codice civile» (comma 3). Una simile disciplina sembra confermare l'intento legislativo di preservare gli effetti della scissione, per soddisfare un bisogno di certezza che potrebbe essere generalmente pregiudicato anche dall'esercizio della pauliana<sup>31</sup>.

---

D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. not.*, 1990, I, 881-882; G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., 240, a nota 95, secondo i quali almeno in talune circostanze le tutele societarie potrebbero risultare perfino ultronee rispetto alle esigenze da soddisfare.

<sup>28</sup> In questa prospettiva, F. FIMMANÒ, *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, cit., 119, per il quale «il legislatore, anche in attuazione della Direttiva comunitaria, ha concepito un microsistema di tutela dei creditori, funzionale a contrastare l'abuso dell'istituto ma al tempo stesso funzionale a non impedirne l'uso» (corsivi dell'autore); L. ROCCO DI TORREPADULA, *Il nulla osta della Corte di giustizia europea alla revocatoria della scissione: più problemi che soluzioni*, cit., 555.

<sup>29</sup> C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, cit., 131; A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, cit., 245; ID., *La Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità della revocatoria della scissione: spunti di riflessione*, cit., 928, per il quale «le conseguenze della revocatoria non si riverberano solo sui creditori della beneficiaria, bensì sugli altri rimasti assegnati alla scissa che vedrebbero [...] ridursi la garanzia rappresentata dall'intero patrimonio della beneficiaria, proporzionalmente decurtato»; A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 705 ss., persuaso che nella revocatoria della scissione «si anniderebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra tutti coloro che erano creditori della scissa prima dell'operazione, giacché si perverrebbe al singolare esito a tenore del quale coloro che fossero assegnati alla beneficiaria patirebbero una riduzione quantitativa della garanzia patrimoniale rispetto al creditore revocante» (705-705); ID., *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, cit., 920 ss.; App. Roma, 27 marzo 2019, cit.

<sup>30</sup> M. MALTONI, M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, cit., 1094, i quali osservano che «l'applicazione dei rimedi generali può [...] addirittura aggravare il deficit di tutela di soggetti non protetti o addirittura pregiudicati dalla revocatoria, che magari hanno fatto affidamento proprio sulla stabilità degli effetti della scissione nell'assumere deliberazioni riguardo all'esercizio dei loro diritti di voto, o alle loro decisioni di investimento o di concessione di credito, eccetera»; A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 723-724; ID., *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, cit., 924; E. DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, cit., 193; L. ROCCO DI TORREPADULA, *Il nulla osta della Corte di giustizia europea alla revocatoria della scissione: più problemi che soluzioni*, cit., 555; R. FRANCO, *La pauliana della scissione societaria tra obbligazioni solidali ed ermeneutica degli interessi*, cit., 1307 ss.; App. Catania, 19 settembre 2017, cit.

<sup>31</sup> Un indice contro l'ammissibilità della revocatoria viene individuato nella disciplina del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza da F. FIMMANÒ, *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*, cit., 483; ID., *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, cit., 133; ID., *La Cassazione scivola sulla revocatoria "selettiva" della scissione*, cit., 18; A. PICCHIONE, *Il sequestro giudiziario "strumentale" alla revocatoria della scissione di società*, cit., 235; S. CHIODINO, *Brevi osservazioni in tema di revocatoria della scissione*, cit., 268-269; App. Roma, 27 marzo 2019, cit. Contro tale argomento, sottolineando l'applicazione ristretta all'ambito concorsuale delle regole dettate nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 732, a nota 109; L. SICIGNANO, *La dibattuta problematica dell'azione revocatoria dell'atto di scissione: l'interpretazione della norma europea, in attesa della corte di giustizia*, in





6. – Una diversa linea di pensiero riconosce l'ammissibilità della pauliana. Si sottolinea anzitutto la vicenda circolatoria contestuale alla riorganizzazione dell'ente<sup>32</sup>, con l'affermazione secondo cui la scissione «si articola su due livelli: il primo livello è rappresentato dalla modifica del contratto di società, il secondo livello, collegato al primo, si pone sul piano dei patrimoni della “società scissa” e della “società beneficiaria” determinando il “trasferimento” di determinati beni»<sup>33</sup>. La coesistenza di un duplice ordine di effetti, organizzativo-societari e patrimoniale-dispositivi<sup>34</sup>, induce l'opinione favorevole all'azione a precisare che la revocatoria non neutralizza i primi ed interviene unicamente sui secondi<sup>35</sup>, poiché estranei alle esigenze di stabilità perseguite dal sistema societario<sup>36</sup>.

Proprio l'idoneità dell'iniziativa a travolgere gli effetti patrimoniali senza pregiudicare le ulteriori conseguenze dell'operazione porta ad escludere le limitazioni che sono stabilite dall'art. 2504-*quater*, comma 1, cod. civ. L'estraneità alla regola che impedisce l'accertamento dell'invalidità in seguito all'iscrizione della scissione nel registro delle imprese viene fatta dipendere dal rilievo che la pauliana non denuncia l'invalidità dell'atto, sottraendosi così all'applicazione diretta della norma preclusiva<sup>37</sup>. Inoltre, l'applicazione analogica a casi diversi da quello espressamente disciplinato viene esclusa per il carattere eccezionale delle regole che

---

*GiustiziaCivile.com*, 11-12; P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Sull'ammissibilità della revocatoria della scissione*, cit., 255; Trib. Milano, 22 novembre 2019, inedita ma illustrata da M. DE PAMPHILIS, *Ammissibile l'azione revocatoria ordinaria contro l'atto di scissione societaria*, cit., 837, a nota 112.

<sup>32</sup> Trib. Roma, 16 marzo 2016, cit.; Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit.; Trib. Nuoro, 14 maggio 2018, cit.; Trib. Napoli, 16 novembre 2020, cit.; P. POTOTSCHNIG, *La revocabilità della scissione all'esame della Corte di Giustizia Europea*, in *Soc.*, 2018, 1419; ID., *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*, cit., 908; ID., *Corte di Giustizia e Corte di cassazione convergono sulla revocabilità della scissione*, cit., 475.

<sup>33</sup> Trib. Napoli, 16 novembre 2020, cit. Sia in questa sia in una precedente pronuncia (Trib. Napoli, 24 luglio 2017, cit.) si legge che «la scissione si presenta come una fattispecie a formazione progressiva nel cui ambito sono compiuti due negozi giuridici autonomi e collegati: il primo negozio diretto alla modifica dell'atto costitutivo della società che è riferibile giuridicamente ai soci; il secondo negozio giuridico, che è propriamente un atto di gestione della società, rappresentato dall'atto di assegnazione degli elementi patrimoniali alla “società beneficiaria”».

<sup>34</sup> Con riguardo proprio alla scissione, G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 505, fa notare che «il momento traslativo è sempre innegabile nel passaggio di elementi patrimoniali da uno ad altro soggetto sociale né può essere messo in forse da una o altra “costruzione” della vicenda». In termini opposti, tra i sostenitori della c.d. tesi modificativa, P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1068-1069.

<sup>35</sup> S.F. MARZO, *La controversa revocabilità della scissione societaria*, cit., 1142; V. SANGIOVANNI, *La revocabilità della scissione fra diritto societario e fallimentare*, cit., 1586; Trib. Catania, 9 gennaio 2012, cit.; Trib. Roma, 16 marzo 2016, cit.; Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit.; Trib. Roma, 12 giugno 2018, cit.; Trib. Catanzaro, 14 gennaio 2020, cit.; Trib. Napoli, 16 novembre 2020, cit.

<sup>36</sup> Per ammettere la revocatoria, Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit., sostiene che «la c.d. “irregredibilità” della scissione abbia ragione di essere così fortemente tutelata soltanto per quanto riguarda gli effetti di riorganizzazione delle società interessate dalla scissione; non anche, invece, con riguardo agli effetti meramente patrimoniali, in relazione ai quali non si ravvede alcuna ragione per una loro tutela maggiore rispetto a qualsiasi altra vicenda di trasferimento patrimoniale».

<sup>37</sup> F. DENOZZA, *La scissione di società*, i cit., 95; T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, cit., 68; M. PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*, cit., 150-151; P. POTOTSCHNIG, *La revocabilità della scissione all'esame della Corte di Giustizia Europea*, cit., 1423 ss.; ID., *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*, cit., 911-912; V. SANGIOVANNI, *La revocabilità della scissione fra diritto societario e fallimentare*, cit., 1586; Cass. civ., sez. I, 4 dicembre 2019, n. 31654, cit.; Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2021, n. 2153, cit., secondo cui «la norma dell'art. 2504 *quater* c.c. [...] è rivolta a prefigurare una sorta di sanatoria degli eventuali vizi formali o sostanziali del procedimento di scissione, tali da inficiare la validità dell'“atto finale di scissione”, [...] venendo, quindi, ad operare su un piano diverso da quello dell'“*actio pauliana*” che incide, invece, sulla efficacia dell'atto, limitatamente a vantaggio del solo creditore che abbia agito»; Trib. Palermo, 26 gennaio 2004, cit.; Trib. Palermo, 25 maggio 2012, cit.; Trib. Catania, 9 gennaio 2012, cit.; Trib. Catania, 9 maggio 2012, cit.; Trib. Venezia, 5 febbraio 2016, cit.; Trib. Roma, 16 marzo 2016, cit.; Trib. Roma, 16 agosto 2016, cit.; Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit.; Trib. Napoli, 24 luglio 2017, cit.; Trib. Benevento, 12 ottobre 2017, cit.; Trib. Roma, 12 giugno 2018, cit.; Trib. Nuoro, 14 maggio 2018, cit.; Trib. Catanzaro, 14 gennaio 2020, cit.



governano l'invalidità della scissione<sup>38</sup>. Infine, giurisprudenza e dottrina osservano che l'esercizio della pauliana presuppone proprio la validità dell'atto, altrimenti già improduttivo delle conseguenze pregiudizievoli da neutralizzare<sup>39</sup>.

Quanto al concorso tra quello generale e i rimedi di diritto societario, le opinioni favorevoli alla revocatoria considerano il regime societario inidoneo ad assicurare lo stesso grado di protezione dei creditori conseguibile con l'esercizio dell'azione di inefficacia.

Rispetto alla fungibilità con il rimedio risarcitorio, è ricorrente la considerazione che il danno risarcibile si declina in termini differenti dal pregiudizio necessario per la dichiarazione di inefficacia: il primo assume carattere diretto e immediato, mentre l'altro è indiretto poiché correlato al deterioramento della garanzia patrimoniale<sup>40</sup>.

Considerando l'opposizione alla scissione, si richiama l'attenzione sull'eterogeneità tra tale strumento e la revocatoria<sup>41</sup>, desumibile soprattutto dalla naturale estraneità al rimedio dell'opposizione dei creditori successivi all'operazione<sup>42</sup>. Per giunta, si osserva che l'opposizione alla scissione non configura uno strumento eccezionale o speciale rispetto alla pauliana, come tale suscettibile di sostituirsi ad essa, giacché diversamente da questa prescinde tanto dalla consapevolezza quanto dalla intenzionalità del pregiudizio ai creditori<sup>43</sup>.

Infine, in merito al vincolo solidale stabilito dall'art. 2506-*quater* cod. civ., è ricorrente il rilievo che esso non implica il ripristino della garanzia patrimoniale sugli specifici beni trasferiti con l'operazione<sup>44</sup>. Inoltre,

<sup>38</sup> Trib. Palermo, 26 gennaio 2004, cit.; Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit. Per una applicazione particolarmente restrittiva delle preclusioni alla dichiarazione di nullità si esprime G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. leg. 1991 n. 22: profili generali*, cit., 514-515, individuando vizi dell'atto rilevanti anche successivamente alla sua pubblicazione.

<sup>39</sup> T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, cit., 68; Cass. civ., sez. I, 4 dicembre 2019, n. 31654, cit.; Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit.; Trib. Napoli, 24 luglio 2017, cit.; Trib. Catanzaro, 14 gennaio 2020, cit. L'affermazione suscita perplessità se si considera che proprio l'assoggettamento a uno stringente termine di prescrizione impedisce di reputare l'atto automaticamente inefficace, benché invalido sin dall'origine.

<sup>40</sup> P. POTOTSCHNIG, *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*, cit., 911; P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Sull'ammissibilità della revocatoria della scissione*, cit., 257-258; Trib. Palermo, 25 maggio 2012, cit.; Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit.; Trib. Roma, 12 giugno 2018, cit.

<sup>41</sup> Sulla eterogeneità tra l'opposizione dei creditori, reputata idonea a proteggere questi e la società stessa in occasione di modifiche organizzative dell'ente, e l'azione revocatoria, indirizzata esclusivamente alla tutela della garanzia patrimoniale, è da ricordare la risalente analisi condotta da G. CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, 153 ss., propenso a concludere per «l'estraneità delle ipotesi di opposizione dei creditori ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale» (153).

<sup>42</sup> S.F. MARZO, *La controversa revocabilità della scissione societaria*, cit., 1144; P. POTOTSCHNIG, *La revocabilità della scissione all'esame della Corte di Giustizia Europea*, cit., 1421 ID., *Corte di Giustizia e Corte di cassazione convergono sulla revocabilità della scissione*, cit., 476; ID., *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*, cit., 909; V. SANGIOVANNI, *La revocabilità della scissione fra diritto societario e fallimentare*, cit., 1586; M. DE PAMPHILIS, *Ammissibile l'azione revocatoria ordinaria contro l'atto di scissione societaria*, cit., 833-834; B. DALLA VERITÀ, *L'operazione di scissione, tra vantaggi e possibili profili patologici: il non ancora sopito dibattito sull'ammissibilità dell'azione revocatoria*, in *IlCaso.it*, 23; Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2021, n. 2153, cit.; App. Napoli, 17 ottobre 2015, cit.; Trib. Venezia, 5 febbraio 2016, cit.; Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit.; Trib. Benevento, 12 ottobre 2017, cit.

<sup>43</sup> Cass. civ., sez. I, 4 dicembre 2019, n. 31654, cit.; Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2021, n. 2153, cit.; App. Napoli, 17 ottobre 2015, cit.; Trib. Venezia, 5 febbraio 2016, cit.; Trib. Roma, 16 marzo 2016, cit.; Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit., dove si legge che «l'opposizione dei creditori all'esecuzione della deliberazione di scissione (artt. 2504-*quater*, 2506 *ter*, ultimo comma, c.c.) non può costituire norma di diritto speciale di disciplina delle società elidendo l'applicabilità della norma di carattere generale contenuta nell'art. 2901 c.c., anche perché, fra le condizioni del relativo esercizio, non è necessariamente previsto, in riferimento ai crediti sorti prima del compimento dell'atto, che il debitore disponente conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni dei suoi creditori, costituente, invece, condizione per l'accoglimento dell'azione pauliana»; Trib. Catanzaro, 14 gennaio 2020, cit.

<sup>44</sup> M. DE PAMPHILIS, *Ammissibile l'azione revocatoria ordinaria contro l'atto di scissione societaria*, cit., 835; N. DE LUCA, *La revocatoria della scissione secondo la Corte UE. Prime riflessioni*, in *Foro it.*, 2020, IV, 206; ID., *Dell'inutilità del rimedio revocatorio e di altri preconcetti. Ulteriori riflessioni sulla revocatoria della scissione*, cit., 221.



la misurazione dell'importo netto su cui parametrare l'obbligazione solidale segue criteri differenti rispetto a quelli da considerare per verificare il pregiudizio alla consistenza del patrimonio in garanzia<sup>45</sup>: mentre il primo accertamento tiene conto del valore complessivo e "di funzionamento" delle risorse assegnate con l'operazione<sup>46</sup>, il secondo considera lo specifico bene e la sua utilità in vista della realizzazione coattiva dei crediti. Al pari dell'opposizione, poi, la solidarietà passiva di regola non opera a beneficio dei creditori successivi alla scissione<sup>47</sup> e non implica alcuna preferenza verso i creditori del comune debitore che rimangono inerti né dei creditori della società titolare del bene da espropriare<sup>48</sup>. Infine, la giurisprudenza ricorda che la presenza di ulteriori obbligati, tenuti in solido con il debitore principale, generalmente non vale ad escludere l'azione di inefficacia rispetto ad atti di disposizione realizzati da uno tra i condebitori<sup>49</sup>.

7. – Tra gli argomenti richiamate dalle due teorie contrapposte, quelli concernenti il carattere dispositivo o meno della scissione non sembrano assumere un ruolo dirimente<sup>50</sup>. Benché l'unitarietà degli effetti prodotti dall'operazione appaia indiscutibile, viene in rilievo la consolidata applicazione estensiva della revocatoria<sup>51</sup>. Questa risulta ormai consentita non solamente per il ridotto insieme degli atti a effetto traslativo, come tali idonei al trasferimento di beni da un patrimonio ad un altro, ma in occasione di ogni vicenda modificativa in senso peggiorativo della garanzia patrimoniale<sup>52</sup>. A titolo d'esempio, non sussistono dubbi circa

<sup>45</sup> P. POTOTSCHNIG, *La revocabilità della scissione all'esame della Corte di Giustizia Europea*, cit., 1420; ID., *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*, cit., 910.

<sup>46</sup> Un simile criterio si giustifica con la premessa che associa alla scissione non solamente l'assegnazione di specifici cespiti, ma anche l'attribuzione di una entità virtuale corrispondente al loro insieme organizzato per fini produttivi; in termini simili, quanto al duplice contenuto della scissione, G. MEO, *Attribuzione patrimoniale e apporto di capitale nella scissione di società*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 574 ss.

<sup>47</sup> P. POTOTSCHNIG, *La revocabilità della scissione all'esame della Corte di Giustizia Europea*, cit., 1420; A. DE PRA, *Revocatoria dell'atto di scissione: limitata ammissibilità e rimedi "speciali"*, cit., 1437.

<sup>48</sup> A. DE PRA, *Revocatoria dell'atto di scissione: limitata ammissibilità e rimedi "speciali"*, cit., 1437.

<sup>49</sup> Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2021, n. 2153, cit.; Trib. Roma, 16 marzo 2016, cit.; Trib. Roma, 16 agosto 2016, cit.; Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit. È da segnalare l'equivoco all'origine di simili affermazioni, se indirizzate a riconoscere la revocabilità della scissione: un conto è l'esercizio della pauliana in relazione ad atti posti in essere da uno dei co-obbligati; un altro conto è l'esperibilità dell'azione contro la scissione stessa.

<sup>50</sup> Come osserva C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 145, operazioni come la scissione possono essere prese in considerazione sia con riferimento alla personalità giuridica e alle sue modificazioni sia con riferimento alle distinte sfere patrimoniali e alla loro destinazione produttiva.

<sup>51</sup> In linea analogia, M. PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*, cit., 147; P. POTOTSCHNIG, *La revocabilità della scissione all'esame della Corte di Giustizia Europea*, cit., 1419; ID., *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*, cit., 908; A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 697, a nota 6; F. FIMMANÒ, *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, cit., 121; E. DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, cit., 195; R. FRANCO, *La pauliana della scissione societaria tra obbligazioni solidali ed ermeneutica degli interessi*, cit., 1302-1303; P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Sull'ammissibilità della revocatoria della scissione*, cit., 255-256.

<sup>52</sup> Si sperimenta a questo riguardo la scarsa utilità della distinzione tra tesi modificative e traslative, sottolineata in termini generali già da G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., 234; G.B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, cit., 481; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 125. Con riguardo al tema della revocatoria, la superfluità della distinzione teorica sembra condivisa da A. BELLO, *Revocatoria dell'atto di scissione: una questione aperta*, cit., 396-397; A. BERTOLOTTI, *Corte di Giustizia e Cassazione: le norme in tema di scissione (e di fusione) non precludono la revocabilità dell'operazione*, in *Giur. it.*, 2020, 1924; D. LATELLA, *Scissione di società e revocatoria: un arretramento della Corte di Giustizia nel processo di modernizzazione del diritto societario dell'Unione Europea*, cit., 5-6; Trib. Catania, 9 gennaio 2012, cit.; Trib. Messina, 10 aprile 2020, cit.



l'ammissibilità della pauliana verso atti di destinazione patrimoniale; pur non determinando un effetto traslativo, essi possono ugualmente ostacolare la realizzazione coattiva dei crediti e perciò essere sottoposti all'azione.

Considerazioni più articolate meritano i profili che riguardano l'equilibrio tra i rimedi del sistema generale e della disciplina societaria.

Viene in rilievo anzitutto la regola che introduce la responsabilità solidale degli enti coinvolti dalla scissione. Estensione solidale del vincolo e inefficacia conseguibile con la revocatoria configurano strumenti di tutela autonomi e non sovrapponibili. L'accoglimento della revocatoria non impone l'esecuzione di alcuna prestazione al titolare dei beni oggetto dell'atto reso inefficace, ma ripristina il diritto del creditore di soddisfare il proprio interesse tramite tali beni<sup>53</sup>. In una diversa logica, il vincolo solidale correlato alla scissione determina non la ricostituzione della responsabilità patrimoniale su specifici beni ma la costituzione un obbligo commisurato al valore netto delle risorse assegnate o lasciate presso la società<sup>54</sup>: mentre quella assegnataria del debito è tenuta all'intero pagamento, la società coobbligata è tenuta a corrispondere al creditore un importo non superiore al netto conseguito con la scissione<sup>55</sup>. Al di là di tale distinzione, la società coobbligata non si limita a rispondere per un debito ed un inadempimento altrui, come tipicamente avviene al terzo revocato, ma è essa stessa debitrice: perciò, risponde con l'intero patrimonio se non provvede all'esecuzione della prestazione<sup>56</sup> ed è tenuta a preservare la consistenza di tale massa anche a beneficio dei creditori beneficiari del vincolo solidale<sup>57</sup>. Il diritto del creditore è in ogni caso circoscritto, ma ha un oggetto dif-

---

<sup>53</sup> Non convince l'affermazione di A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, cit., 241 e 244, secondo cui la revocatoria consentirebbe azioni esecutive sul netto positivo trasferito alla beneficiaria o conservato presso la scissa; l'inefficacia sembra invece giustificare iniziative espropriative sull'intera massa interessata dall'atto e non solamente sulle risorse che costituiscono la differenza tra attivo e passivo.

<sup>54</sup> In questa logica, appare riduttiva la considerazione svolta da Trib. Napoli, 26 novembre 2018, cit., secondo cui «l'art. 2506 *quater* è una chiara applicazione del principio della garanzia generale del credito, art. 2740 c.c., [...] là dove prevede il mantenimento della garanzia natia seppure nella forma della solidarietà tra due enti». La responsabilità solidale non estende la garanzia patrimoniale ma aggiunge un nuovo debito e quindi una nuova responsabilità patrimoniale a quella che già sussiste nei confronti del debitore principale.

<sup>55</sup> Nell'illustrare il funzionamento della solidarietà "da scissione", Cass. civ., sez. III, 28 novembre 2001, n. 15088, in *Soc.*, 2002, 1377, con nota di F. FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità «sussidiaria» per i debiti sociali non soddisfatti*, rileva che «questa responsabilità solidale è [...] illimitata per la società a cui il debito, secondo il progetto di scissione (art. 2504 *octies*), fa carico, mentre è limitata per le altre società (limite individuato dalla norma nel "valore effettivo del patrimonio netto trasferito o rimasto" a ciascuna di esse)».

Regole particolari sottraggono taluni rapporti al limite del netto. In materia di sanzioni amministrative per violazioni della disciplina fiscale, l'art. 15, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, stabilisce che «la società o l'ente risultante dalla trasformazione o dalla fusione, anche per incorporazione, subentra negli obblighi delle società trasformate o fuse relativi al pagamento delle sanzioni [...]. Nei casi di scissione anche parziale di società od enti, ciascuna società od ente è obbligato in solido al pagamento delle somme dovute per violazioni commesse anteriormente alla data dalla quale la scissione produce effetto». Una forma di responsabilità solidale sottratta al limite del netto è inoltre prevista nella disciplina delle imposte sui redditi, dove ricorre la regola secondo cui: «gli obblighi tributari della società scissa riferibili a periodi di imposta anteriori alla data dalla quale l'operazione ha effetto sono adempiuti in caso di scissione parziale dalla stessa società scissa o trasferiti, in caso di scissione totale, alla società beneficiaria appositamente designata nell'atto di scissione»; «le altre società beneficiarie sono responsabili in solido per le imposte, le sanzioni pecuniarie, gli interessi e ogni altro debito e anche nei loro confronti possono essere adottati i provvedimenti cautelari previsti dalla legge» (art. 173, commi 12 e 13, Tuir). Riassumendo il contenuto delle regole che per i debiti tributari escludono il limite costituito dalla misura del patrimonio netto, Corte Cost., 26 aprile 2018, n. 90, in *Soc.*, 2018, 893, con nota di F. FIMMANÒ, *La Consulta introduce la "supersolidarietà" tributaria nella scissione*, osserva che «il regime della solidarietà tra tutte le società beneficiarie unitamente alla società scissa – vuoi che la scissione sia totale, vuoi che sia parziale – è illimitato e senza *beneficium excussionis*».

<sup>56</sup> Così anche A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, cit., 227-228 e 241; E. DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, cit., 199.

<sup>57</sup> M. MALTONI, M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, cit., 1097, per i quali «poiché vi è un titolo di



ferente nell'uno e nell'altro istituto: responsabilità patrimoniale limitata agli specifici beni trasferiti se si pensa alla revocatoria; debito limitato all'importo netto conseguito con la scissione<sup>58</sup> se si considera la solidarietà passiva<sup>59</sup>.

Proprio in ragione della loro eterogeneità, vincolo solidale ed azione revocatoria non si escludono automaticamente<sup>60</sup>. Tuttavia, è possibile che l'estensione dell'obbligo escluda la lesione della garanzia patrimoniale indispensabile per l'accoglimento della pauliana.

Anzitutto, è possibile che la scissione sia di per sé inidonea a pregiudicare i creditori o perfino suscettibile di avvantaggiarli e allora non sembrano porsi particolari problemi né per quanto riguarda l'estensione solidale del vincolo né per quanto riguarda la revocatoria<sup>61</sup>. Tuttavia, anche qualora il patrimonio in garanzia della società a cui il debito è assegnato risulti oggettivamente impoverito, è l'estensione solidale del vincolo a poter escludere il deterioramento quantitativo o qualitativo del patrimonio a cui la revocatoria mira a reagire, costituendo una responsabilità patrimoniale aggiuntiva sui beni del condebitore<sup>62</sup>. La conclusione vale anche in circostanze nelle quali il pregiudizio ai creditori potrebbe sembrare più evidente; ad esempio, pensando alla scissione realizzata da una società in crisi per trasferire gran parte dell'attivo a una di nuova costituzione e tenere per sé i debiti<sup>63</sup>. In seguito all'operazione ciascuno dei creditori anteriori manterrebbe invariata la garanzia<sup>64</sup>, distribuita tra i beni conservati presso la scissa e quelli trasferiti all'altro ente, obbligato a sua

---

responsabilità patrimoniale delle società partecipanti alla scissione non assegnatarie del debito nei confronti del creditore della scissa (il cui debito non sia stato a loro assegnato), quest'ultimo potrà agire in revocatoria nei confronti di ogni atto dispositivo posto in essere da una società partecipante alla scissione, se pregiudizievole per la sua garanzia patrimoniale (alla stregua del creditore del debitore principale rispetto agli atti dispositivi posti in essere dal fideiussore); qualora la società non assegnataria del debito partecipi ad un'ulteriore operazione di fusione o di scissione, quello stesso creditore potrà anche avvalersi dell'istituto dell'opposizione *ex art. 2503 c.c.*; A. PACIELLO, *La Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità della revocatoria della scissione: spunti di riflessione*, cit., 928. Sono da ricordare anche le decisioni richiamate a nt. 49, che dalla revocabilità degli atti posti in essere dai coobbligati desumono l'ammissibilità del rimedio contro la scissione.

<sup>58</sup> Al fine di escludere l'ammissibilità della pauliana, A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 721, sostiene che «se si ammettesse la revocatoria, l'acquisizione all'attivo fallimentare della scissa della totalità dei beni assegnati alla beneficiaria – con la conseguente loro destinazione alla soddisfazione dei creditori ammessi al passivo del fallimento della scissa – realizzerebbe il risultato pratico di porre in non cale il limite del valore del netto trasferito posto alla responsabilità della beneficiaria per i debiti non soddisfatti dalla scissa».

<sup>59</sup> Si coglie in questi profili la distinzione segnalata da N. DE LUCA, *La revocatoria della scissione secondo la Corte UE. Prime riflessioni*, cit., 206, tra una tutela basata su valori, quale è la responsabilità solidale circoscritta al netto, ed una che fa invece riferimento a specifici beni, ossia la revocatoria.

<sup>60</sup> Sembra tuttavia sminuire le distinzioni appena sottolineate A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, cit., 241, nel considerare la responsabilità solidale come una sorta di «revocatoria implicita».

<sup>61</sup> Così M. MALTONI, M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, cit., 1093, nel rilevare che «la scissione può benissimo aumentare, e anche di parecchio, la possibilità dei creditori attuali di essere pagati. Ciò accade ogni volta che la scissione comporti il trasferimento di elementi del passivo da un patrimonio incapiente o insolvente, o comunque a rischio, a un patrimonio più capace di garantire il pagamento tramite asset patrimoniali o flussi»; P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Sull'ammissibilità della revocatoria della scissione*, cit., 260.

<sup>62</sup> In senso conforme, F. FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità «sussidiaria» per i debiti sociali non soddisfatti*, cit., 1380; A. BERTOLOTTI, *Della scissione delle società*, cit., 264; A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, cit., 238; A. PICCIAU, *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, cit., 916-917; Trib. Napoli, 15 marzo 2019, cit.

<sup>63</sup> Richiamando simili operazioni, A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 729-730, osserva che «in questa fattispecie [...] la scissione non altera nella sostanza la garanzia patrimoniale dei creditori».

<sup>64</sup> Risulta perciò parziale l'affermazione secondo cui alla scissione è «strutturalmente connaturata la oggettiva riduzione del patrimonio della società che resta direttamente debitrice, con l'effetto che la riduzione della garanzia non è una mera eventualità ma un effetto naturale dell'operazione» (Trib. Pescara, 17 maggio 2017, cit.). Il trasferimento delle risorse dalla società debitrice interviene a favore di un ente obbligato a sua volta, sicché non può reputarsi scontata né costante la riduzione della garanzia. In questi termini, anche F. FIMMANÒ, *Scissione societaria e tutela dei creditori involontari*, cit., 13; ID., *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale*





volta. Né la sussistenza di un pregiudizio rilevante per la revocatoria può dirsi automaticamente presente per la maggior difficoltà nel soddisfacimento del credito correlata al *beneficium ordinis* in favore del condebitore<sup>65</sup>: tale beneficio riguarda non la consistenza della garanzia, alla cui conservazione la revocatoria è diretta, ma il piano distinto ed autonomo dei presupposti per procedere con l'azione esecutiva<sup>66</sup>.

In altre circostanze la responsabilità solidale non consente di escludere *a priori* un pregiudizio al valore della garanzia patrimoniale, dovendosi perciò procedere ad un esame caso per caso del presupposto per la pauliana. È soprattutto nelle operazioni più articolate che un simile inconveniente può configurarsi. A titolo d'esempio, una lesione palese si riscontra qualora una parte del patrimonio venga assegnata a un ente già indebitato per un importo maggiore rispetto sia alle risorse attribuite sia al patrimonio lasciato presso la scissa; in uno scenario simile sarebbero i creditori della beneficiaria preesistente ad avvantaggiarsi ed estendere le proprie pretese su beni inizialmente destinati a soddisfare i soli creditori della scissa. È in queste circostanze – nelle quali può effettivamente realizzarsi quel deterioramento della garanzia contro cui si indirizza la pauliana – che si pone il problema del concorso tra quella generale e le tutele di diritto societario<sup>67</sup>.

**8.** – Nelle ipotesi in cui la responsabilità solidale non esclude il pregiudizio per i creditori, si determina un proliferare di rimedi, con la coesistenza di quelli societari e quelli generali. L'abbondanza degli strumenti di tutela induce a considerare l'eventualità di un criterio per il loro coordinamento.

Tra gli strumenti utili al coordinamento di diversi rimedi la giurisprudenza degli anni più recenti valorizza soprattutto il canone della proporzionalità<sup>68</sup>. Il giudizio di proporzionalità implica due valutazioni complementari<sup>69</sup>, concernenti la relazione tra bisogno e tecnica di protezione<sup>70</sup>. La prima valutazione, quella di ade-

---

della scissione, cit., 119, il quale sottolinea che «la riduzione della garanzia per i creditori è un effetto naturale dell'operazione soltanto per la società che resta direttamente debitrice» (corsivi dell'autore); ID., *La Cassazione scivola sulla revocatoria "selettiva" della scissione*, cit., 6; A. PICCIAU, *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, cit., 916-917.

<sup>65</sup> Così, invece, S.F. MARZO, *La controversa revocabilità della scissione societaria*, cit., 1146; M. PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*, cit., 151; A. BELLO, *Revocatoria dell'atto di scissione: una questione aperta*, cit., 400; Cass. civ., sez. I, 4 dicembre 2019, n. 31654, cit.; Trib. Pescara, cit.

<sup>66</sup> In linea analoga, non reputando significativo per i creditori sociali lo svantaggio determinato dal *beneficium ordinis*, F. FIMMANÒ, *Corte di Giustizia e revocatoria preferenziale della scissione*, cit., 135.

<sup>67</sup> Sempre in relazione al pregiudizio per i creditori, è da segnalare la necessità di complicate valutazioni di fatto nell'ambito di operazioni che, come la scissione, coinvolgono l'intero patrimonio e la stessa struttura giuridica dell'ente. A titolo d'esempio, non sembra pregiudizievole la scissione nei confronti di un creditore il quale già non possa trovare integrale soddisfacimento mediante il patrimonio della società debitrice, qualora a seconda delle vicende future l'operazione possa provocare sia un ulteriore deterioramento della garanzia sia una sua piena reintegrazione. Tanto il pregiudizio quanto il carattere fraudolento di un simile atto sembrano esclusi anche da F. CRISCUOLO, *Azioni di garanzia e tutela del debitore*, in *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, a cura di R. DI RAIMO, Napoli, 2006, 431 ss.

<sup>68</sup> La proporzionalità dipende dalla funzione stessa del rimedio: «il titolare del diritto deve poter contare su mezzi che gli consentano di reagire alla violazione, e di reazione si può parlare solo là dove vi è proporzione tra tutela e offesa arrecata» (G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir. Annali*, X, Milano, 2017, 392).

<sup>69</sup> Segnala G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, a cura di S. MANGIAMELI, II, Milano, 2006, 250 ss., che le fasi del giudizio passano a tre negli anni più recenti e soprattutto in area pubblicistica, aggiungendosi la valutazione di proporzionalità in senso stretto (o di bilanciamento e di ragionevolezza) a quelle di idoneità e necessità.

<sup>70</sup> In relazione al nesso tra strumento di tutela ed interesse protetto, appaiono pienamente attuali le osservazioni di A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 341, per il quale «il "rimedio", non sempre ha bisogno di appoggiarsi ad un diritto ma sicuramente ad un interesse in qualche modo protetto e che risulta, allo stato, leso o insoddisfatto»; P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 4, persuaso che «non è l'interesse a strutturarsi attorno al rimedio, ma il



guatezza, guarda alla effettività della protezione in favore del soggetto interessato<sup>71</sup>, ossia il creditore se si pensa alla revocatoria. La seconda, quella di necessità, estende l'analisi alla posizione di soggetti ulteriori, al fine di circoscrivere gli inconvenienti nei loro riguardi alla misura strettamente indispensabile per la realizzazione dell'interesse protetto<sup>72</sup>. La proporzionalità del rimedio concretamente invocato è da escludere qualora risulti disponibile un diverso strumento di tutela, meno gravoso per altri soggetti ma ugualmente idoneo a realizzare lo scopo perseguito<sup>73</sup>. A prescindere dal movente che giustifica la scelta dell'interessato, l'attivazione del rimedio sproporzionato si connota come oggettivamente abusiva<sup>74</sup>. Di riflesso, la posizione protetta invocando lo strumento inappropriato risulta "meno meritevole di tutela", poiché idonea a provocare inconvenienti evitabili con il ricorso a quello meno invasivo<sup>75</sup>.

In area privatistica simili conclusioni si giustificano con la clausola di buona fede, vincolante sia per le parti del contratto sia per i soggetti del rapporto obbligatorio, e prima ancora con doveri di solidarietà sociale di portata più ampia<sup>76</sup>. In linea con queste premesse, una giurisprudenza ancora attuale formula l'affermazione secondo cui «disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato»<sup>77</sup>.

Da un'impostazione analoga muove una recente pronuncia della Corte di Cassazione<sup>78</sup>, nel concepire

---

rimedio a trovare modulazione in funzione degli interessi»; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1055, nell'affermare che «è l'interesse che conforma il rimedio e non viceversa».

<sup>71</sup> Per la giurisprudenza prevalente l'effettività della tutela si identifica con il diritto «ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato» (Cass. civ., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2015, I, 2909, con nota di B. SASSANI, *In difesa del senso comune. Noterelle intorno al dolo del giudice e al suo libero apprezzamento in sede risarcitoria*).

<sup>72</sup> In relazione a tale criterio di stretta necessità, con riguardo proprio ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, P. PERLINGIERI, *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur.*, 2011, 1304-1305, avverte che «al principio tendenziale di universalità della garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.) fa da contraltare quello di proporzionalità, [...] volto a impedire che il debitore sia pregiudicato oltre la misura necessaria al soddisfacimento del creditore; e ciò non soltanto in sede di esecuzione forzata (art. 496 c.p.c.) ma anche nel delicato settore dei mezzi di conservazione delle garanzie patrimoniali. [...] Il principio di adeguatezza della misura cautelare alle peculiarità del fatto concreto rappresenta una conseguenza dello stretto collegamento tra pluralità e flessibilità dei rimedi e l'esigenza di scegliere, in un clima di solidarietà e, quindi, di buona fede e correttezza, la misura meno invasiva. [...] Particolare rilievo assume la portata precettiva del principio di proporzionalità nell'esercizio dell'azione revocatoria e, in particolare, nel rapporto tra universalità della responsabilità patrimoniale ed entità dei debiti esistenti».

<sup>73</sup> In questi termini, S. POLIDORI, *Ragionevolezza, proporzionalità, «giusto rimedio»: le tendenze evolutive e un'occasione mancata (dalla Cassazione)*, in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di G. PERLINGIERI, A. FACCHECHI, II, Napoli, 2017, 915.

<sup>74</sup> Così, nel delineare la categoria dell'abuso in senso oggettivo, tra gli altri, F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 101.

<sup>75</sup> In linea analoga, ancora F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., 143: «la ragione di questa minore meritevolezza risiede nel fatto che la prerogativa invocata scaturisce da un comportamento che avrebbe potuto essere evitato adottandone uno diverso i cui effetti sarebbero risultati più pertinenti al caso concreto rispetto a quelli pretesi dal titolare della situazione soggettiva e quindi, in definitiva, più giusti».

<sup>76</sup> G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Persona e mercato*, 2015, 7 ss.; Cass. civ., sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, 1514, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*; Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, *ivi*, 2010, I, 85, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; Cass. civ., sez. III, 2 aprile 2021, n. 9200, in banca dati *DeJure*; Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743, in banca dati *DeJure*.

<sup>77</sup> L'affermazione si legge in Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, cit., nel passaggio in cui viene segnalata l'abusività immanente all'esercizio del diritto secondo modalità sproporzionate rispetto all'interesse perseguito.

<sup>78</sup> Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743, cit. In termini divergenti, Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*,



l'estinzione del diritto alla tutela non azionata tempestivamente, a prescindere dal decorso del termine di prescrizione<sup>79</sup>. Viene in rilievo proprio il precetto che vincola le parti a comportarsi secondo correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1135 cod. civ.), dal quale viene ricavato l'obbligo per il creditore di perseguire il proprio interesse limitando al minimo gli inconvenienti nei confronti del debitore. Dalla violazione di un simile obbligo si fa dipendere l'estinzione della pretesa<sup>80</sup>. Un ruolo decisivo assume il canone di proporzionalità con riferimento sia alla scelta dello strumento di tutela sia al momento della sua attivazione: il ricorso tardivo ad un rimedio azionabile già in precedenza risulta consentito se non implica inconvenienti eccessivi rispetto allo scenario altrimenti configurabile; è invece da respingere, poiché sproporzionata, la domanda suscettibile di pregiudicare oltre il necessario la posizione del debitore<sup>81</sup>.

Tornando alla scissione, simili premesse possono orientare in numerose ipotesi contro l'ammissibilità della revocatoria. Il creditore anteriore agisce per definizione in ritardo quando ricorre alla pauliana<sup>82</sup>. Egli mira a neutralizzare un pregiudizio possibile anche grazie alla sua inerzia<sup>83</sup>, ossia alla mancata opposizione alla

---

2004, I, 1397, che ricorda come la tendenza all'affermazione del principio secondo cui «anche prima del decorso del termine prescrizione, il mancato esercizio del diritto, protrattosi per un conveniente lasso di tempo, imputabile al suo titolare e che abbia fatto sorgere nella controparte un ragionevole ed apprezzabile affidamento sul definitivo non esercizio del diritto medesimo, porta a far considerare che un successivo atto di esercizio del diritto in questione, rappresenti un caso di abuso del diritto, nella forma del ritardo sleale nell'esercizio del diritto, con conseguente rifiuto della tutela, per il principio della buona fede nell'esecuzione del contratto»; Cass. civ., sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23382, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce «Contratti bancari», n. 46.

<sup>79</sup> Un'indicazione di segno conforme può rinvenirsi nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti elaborati dalla c.d. Commissione Lando, dove all'art. 8:101 si prevede proprio una preclusione nei confronti del creditore il quale intenda reagire a un pregiudizio che ha concorso a provocare. Seguendo le medesime premesse, il successivo art. 8:109, stabilisce che il debitore può invocare l'esclusione o la limitazione delle tutele nei suoi confronti purché una simile decisione risulti conforme a buona fede e correttezza.

<sup>80</sup> Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743, cit., secondo cui «la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del “*neminem laedere*”, ma trova tuttavia il suo limite precipuo nella misura in cui detto comportamento non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico, una volta comparato con la gravosità imposta sull'altro contraente, solo in questo ristretto ambito potendosi fare riferimento all'istituto della *Verwirkung*».

<sup>81</sup> Secondo A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 67, sussiste la necessità di compiere «una riduzione teleologica [...] che neghi effetti giuridici all'esercizio del diritto rispetto a situazioni concrete che, pur essendo astrattamente riconducibili alla astratta previsione legale, presentano una connotazione specifica, da questa non espressamente contemplata come eccezione, tale da rendere quella regola inaccettabile secondo una valutazione di ragionevolezza fondata sui medesimi punti di vista assunti dal legislatore. In questo senso non sarà tanto importante valutare se il diritto sia stato esercitato secondo modalità corrette quanto verificare se il risultato conseguito ecceda quello che l'ordinamento consente di ottenere legittimamente».

<sup>82</sup> Opinioni analoghe ricorrono circa la possibilità di agire con la revocatoria ordinaria da parte del creditore il quale abbia omesso di esercitare l'azione di inefficacia “anticipata” prevista dall'art. 2929-bis cod. civ. In quest'ordine di idee, A. FEDERICO, *Alienazioni a titolo gratuito e tutela dei creditori ex art. 2929 bis c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 804-805; S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929-bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 172 ss.; B. BORRILLO, *Il nuovo art. 2929-bis c.c.: le tutele del creditore e del debitore a confronto*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 16-17. Peraltro, mentre l'azione ai sensi dell'art. 2929 bis cod. civ. determina per il creditore e i terzi i medesimi inconvenienti della pauliana, l'opposizione alla scissione implica disagi molto minori rispetto alla revocatoria, impedendo la produzione stessa dell'effetto nocivo in luogo del difficoltoso ripristino di una condizione ormai modificata. In questa logica, se si concepisce la preclusione della pauliana per l'omessa attivazione del rimedio regolato dall'art. 2929-bis cod. civ., a maggior forza la conclusione sembra dover valere considerando l'opposizione alla scissione.

<sup>83</sup> Sostiene L. LUCHETTI, *L'operazione di scissione tra tutela dei creditori e certezza dei traffici giuridici*, cit., 190, che ammettendo la revocatoria «si andrebbe ad attribuire ai creditori anteriori una sorta di diritto di ripensamento, laddove abbiano inizialmente valutato positivamente la scissione, decidendo di non opporsi entro i termini di cui all'art. 2503 c.c., per poi consentire loro *ex post* di valutare nuovamente l'operazione e considerarla a quel punto pregiudizievole. In questo modo, in realtà, ciò che si determinerebbe sarebbe un pregiudizio ai nuovi creditori delle beneficiarie che hanno fatto affidamento su di un determinato patrimonio, andando, inoltre, ad incidere sulla regolarità operativa delle stesse, con grave pregiudizio rispetto alla loro stessa continuità aziendale».



scissione<sup>84</sup>. Se si riconosce l'obbligo di agire con lo strumento tempestivo e meno pregiudizievole per il debitore e gli altri soggetti coinvolti, pena la preclusione di quello oneroso tardivo, sembra inevitabile la necessità per il creditore che ne ha la possibilità di opporsi alla scissione<sup>85</sup>, precludendone il perfezionamento ovvero imponendo la salvaguardia della specifica posizione creditoria con gli strumenti indicati dall'art. 2503, comma 1, cod. civ.<sup>86</sup>.

9. – Le considerazioni che precedono possono valere per i titolari di crediti già sorti alla data della scissione, o al limite per quelli condizionali oppure incerti<sup>87</sup>. Di regola, sono solamente questi soggetti a beneficiare della responsabilità solidale suscettibile talvolta di escludere il pregiudizio che l'azione di inefficacia tende ad evitare<sup>88</sup> e a potersi opporre alla scissione. Le persistenti incertezze circa l'esercizio dell'azione da parte dei creditori successivi, e principalmente di quelli involontari<sup>89</sup>, suggeriscono di approfondire ulteriormente la relazione tra il regime della scissione e il sistema generale di tutela del credito.

<sup>84</sup> Una conferma può trarsi dalle considerazioni svolte da R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati ed azioni revocatorie (tra diritto attuale e prospettive di riforma)*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 299, il quale rileva che l'inerzia ovvero il rigetto della domanda sono da includere tra gli elementi della fattispecie strumentale al perfezionamento degli atti contro i quali la disciplina societaria consente l'opposizione dei creditori.

<sup>85</sup> È da aggiungere l'osservazione di A. PICCIAU, *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, cit., 922 ss., il quale individua nell'opposizione dei creditori proprio la finalità di consentire il consolidamento definitivo degli effetti, perciò non neutralizzabili successivamente mediante l'azione revocatoria.

<sup>86</sup> Occorre segnalare la capacità espansiva di tale conclusione, estesa ad ambiti ulteriori rispetto alla scissione. Sono numerose le norme che, pur senza escludere apertamente la revocatoria, introducono strumenti di reazione diversi contro atti potenzialmente pregiudizievoli per il ceto creditorio. Si può richiamare la disciplina delineata per i patrimoni destinati a uno specifico affare dagli artt. 2447 *bis* ss. cod. civ., designati in dottrina come una forma di «scissione sub-societaria» (P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 128). L'atto costitutivo della massa segregata è suscettibile di opposizione preventiva dei creditori ed anche con riguardo a tale atto è controversa l'ammissibilità della revocatoria. La questione sembra poter essere risolta sulla base dell'impostazione che reputa doverosa l'attivazione del rimedio meno gravoso per il debitore, orientando così per l'esperibilità della sola opposizione da parte dei creditori anteriori. Per la soluzione contraria alla revocatoria, valorizzando proprio il diritto di opporsi al compimento dell'atto, R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati ed azioni revocatorie (tra diritto attuale e prospettive di riforma)*, cit., 299; S. LOCORATOLO, *Patrimoni destinati, insolvenza e azione revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 125 ss.; A. GEMMA, *Destinazione e finanziamento*, cit., 136 ss.; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, II, Bologna, 2019, 447. In altra direzione, e cioè per l'ammissibilità della pauliana, F. FIMMANÒ, *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, cit., 596.

<sup>87</sup> Per l'ammissibilità dell'opposizione alla scissione da parte di tali soggetti, Trib. Genova, 13 luglio 1992, in *Soc.*, 1993, 501, con nota di C. SANTAGATA, *Condizioni dell'accoglimento dell'opposizione a fusione: natura e prova*; Trib. Milano, 27 ottobre 1997, in *Soc.*, 1998, 433, con nota di F. FIMMANÒ, *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*; Trib. Brindisi, 17 luglio 1998, *Soc.*, 1999, 1348, con nota di E. SANDRINI, *Natura ed effetti dell'opposizione dei creditori alla scissione*; Trib. Milano, 14 novembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, 1351, con nota di O. CAGNASSO, *L'opposizione alla fusione: profili sostanziali e procedurali*; Trib. Roma, 12 giugno 2017, in *Riv. not.*, 2018, 381, con nota di S. PEPE, *L'opposizione alla scissione ex art. 2503 c.c.*

<sup>88</sup> V. tuttavia nt. 55.

<sup>89</sup> Il problema si pone per i creditori involontari la cui esistenza sia già prevedibile al momento dell'atto; risulta altrimenti difficilmente concepibile la dolosa preordinazione al pregiudizio necessaria per la revocatoria. È peraltro da ricordare che proprio in relazione ai crediti involontari più facilmente pronosticabili intervengono regole particolari volte ad incrementare la tutela del creditore con la previsione di una responsabilità solidale illimitata quale effetto della scissione (nt. 55). Per i creditori volontari vale invece il rilievo che essi decidono di assumere la titolarità del credito già confidando sul patrimonio risultante dalla scissione. In termini simili, quanto alla seconda classe di creditori, M. MALTONI, M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, cit., 1093; L. LUCHETTI, *L'operazione di scissione tra tutela dei creditori e certezza dei traffici giuridici*, cit., 191; A. PACIELLO, *La Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità della revocatoria della scissione: spunti di riflessione*, cit., 928, convinto che «per i creditori successivi [...] vale la presunzione che essi abbiano valutato il grado di affidamento del loro futuro debitore e su tale base si siano regolati di conseguenza, sicché la loro tutela fuoriesce dal raggio d'azione della sterilizzazione degli effetti dell'operazione di scissione, collocandosi sul diverso piano dell'azione risarcitoria prevista dall'art. 2506 *ter c.c.*»; E. DE CHIARA,



L'ipotesi del carattere eccezionale delle regole societarie viene raramente considerata dall'impostazione contraria all'esercizio della revocatoria<sup>90</sup>. Sul versante opposto, coloro che sono a favore dell'azione escludono l'eccezionalità delle norme che introducono specifici rimedi contro i pregiudizi provocati dalla scissione. In questa direzione viene sottolineata la difformità tra le fattispecie rilevanti per la revocatoria e per gli strumenti di diritto societario, individuata nella diversa importanza assegnata al profilo psicologico<sup>91</sup>. Revocatoria ed opposizione condividono un nucleo comune di carattere oggettivo, ossia l'attitudine lesiva dell'atto contro cui si indirizza la reazione del creditore. A distinguere i due strumenti sembra essere la componente soggettiva, decisiva solamente per la revocatoria. Almeno in apparenza, la rilevanza che l'elemento psicologico assume per l'azione di inefficacia e non anche per l'opposizione impedisce di considerare il secondo rimedio eccezionale ed alternativo al primo. Rilievi analoghi possono valere per la tutela risarcitoria, che è la sola concepibile a protezione dei creditori successivi alla scissione: trattandosi di responsabilità oggettiva<sup>92</sup>, non rilevano i profili di carattere soggettivo decisivi invece per la pauliana.

In base all'opinione più diffusa, l'eccezionalità di una norma dipende dalla deroga che essa introduce ad una generale. Dipende, cioè, dalla previsione di un effetto diverso ed incompatibile rispetto a quello consueto<sup>93</sup>.

A prima vista, queste premesse confermano l'autonomia tra i rimedi di diritto societario e la revocatoria. L'opposizione e la responsabilità oggettiva "da scissione" non sembrano condividere il nucleo di fattispecie rilevante per la pauliana, poiché questa implica una condizione psicologica estranea sia all'opposizione sia alla tutela risarcitoria.

Conclusioni diverse possono dipendere dalla ricostruzione che scompone la struttura della norma giuridica in quattro elementi, in luogo dei due ricordati più spesso (fattispecie ed effetto). Si individuano cause, concause, effetti ed infine coeffetti<sup>94</sup>. La distinzione tra cause e concause corrisponde a quella tra elementi essenziali ("elementi") ed elementi non essenziali ("coelementi") per l'applicazione della norma. I primi giustificano l'effetto; i secondi concorrono a determinarlo<sup>95</sup>. Perciò l'insegnamento tradizionale spiega che «nella zona normativa del fatto gli elementi costituiscono il nucleo centrale della fattispecie, la "causa"

---

*Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, cit., 193-194; App. Roma, 27 marzo 2019, cit.

<sup>90</sup> L'allusione alla eccezionalità del rimedio è implicita nell'opinione che configura quello societario come un sistema chiuso e autosufficiente (§ 5). In termini più diretti, A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, cit., 722, nel sostenere che «l'insieme delle disposizioni dettate dagli art. 2506-bis ss. c.c. a protezione dei creditori costituisca un corpo speciale che deroga alle norme generali del sistema privatistico e tra queste alle norme sull'azione revocatoria, che viene saldato con l'essenziale prescrizione della prospettiva risarcitoria contemplata dall'art. 2504-quater, comma 2, c.c.».

<sup>91</sup> Nt. 43. Alla rilevanza "asimmetrica" del profilo soggettivo sembra alludere anche F. FIMMANÒ, *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, cit., 594; ID., *La Cassazione scivola sulla revocatoria "selettiva" della scissione*, cit., 14.

<sup>92</sup> Sul carattere oggettivo della responsabilità per i danni conseguenti alla scissione, C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, cit., 129; F. FIMMANÒ, *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*, cit., 483-484.

<sup>93</sup> Su queste basi si giustifica l'affermazione secondo cui «le norme eccezionali sono quelle che sottraggono una parte dei casi astrattamente disciplinati dalla norma regolare dall'applicazione di questa» (AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, 2008, 62).

<sup>94</sup> A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 17-18: «ogni norma si distingue in due momenti, disposti in ordine di successione cronologica e ideale. *Causa* è il momento preliminare. *Effetto* è il momento successivo. Considerando poi la norma nel corpo dei suoi aspetti tipici e nelle sue integrazioni marginali e atipiche, distinguiamo in essa *elementi essenziali* ed *elementi non essenziali*. L'incrocio delle due bipartizioni precedenti dà luogo alla quadripartizione: *causa, concausa; effetto, coeffetto*» (corsivi dell'autore).

<sup>95</sup> Per A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 20, «le concause, in armonia alla loro funzione marginale, come sono esterne al *nomen iuris* delle cause principali, così di massima rimangono estranee alla struttura concettuale dell'effetto».





dell'effetto giuridico, mentre i coelementi influiscono dall'esterno sulla efficacia dando così luogo a semplici "concause"»<sup>96</sup>.

Trasferendo questa impostazione nell'ambito della revocatoria, il requisito oggettivo del pregiudizio e quello soggettivo consistente nella coscienza o nella intenzionalità di ledere l'interesse creditorio sembrano collocarsi su piani differenti. Il deterioramento della garanzia configura l'"elemento", interno e costitutivo della fattispecie: senza tale ragione di pregiudizio la revocatoria non si giustifica. La componente psicologica individua un mero "coelemento", estraneo alla fattispecie ed operante quale *condicio iuris*; tale requisito si pone in relazione non tanto con il fine primario di preservare la consistenza della garanzia patrimoniale ma con esigenze di tutela collaterali, che rinviano alla salvaguardia del debitore stesso e dei terzi in buona fede. Al pari delle condizioni obiettive di punibilità nel diritto penale, il presupposto psicologico riguarda non la necessità dell'effetto giuridico ma la sua opportunità<sup>97</sup>. Mentre la lesione della garanzia patrimoniale configura un presupposto strutturale e imprescindibile per il rimedio, giacché correlato alla funzione; la consapevolezza oppure la volontà del pregiudizio esorbitano dal contenuto della fattispecie ed individuano mere condizioni per l'accoglimento della domanda. Una conferma si ricava dall'art. 2901, comma 1, cod. civ., che dopo aver indicato la necessità del pregiudizio e prima di passare ai coelementi di carattere soggettivo, specifica che l'inefficacia "da revocatoria" può darsi solo «quando concorrono le seguenti condizioni». Oltre alla collocazione in parti differenti dei profili oggettivi e di quelli soggettivi, è significativo il richiamo a questi ultimi quali mere "condizioni", con una chiara allusione al tipico coelemento dell'atto giuridico, strumentale unicamente alla sua efficacia. Un ulteriore indizio può ricavarsi da altre norme, dislocate sia in ambito concorsuale (in primo luogo, artt. 64 ss. l. fall. ed oggi, artt. 163 ss. c.c.i.) sia in diverse disposizioni del codice civile (tra queste, artt. 2467 e 2497-*quinquies*<sup>98</sup>), le quali attestano la costante necessità del pregiudizio e sminuiscono o rendono del tutto ininfluenza la componente psicologica. Su queste basi, il contenuto della fattispecie rilevante per la revocatoria si riduce all'elemento oggettivo consistente nella lesione alla garanzia patrimoniale<sup>99</sup>. Su un piano distinto si colloca la verifica circa la sussistenza dei coelementi necessari alla pronuncia di inefficacia.

Dalle osservazioni svolte sembra di poter ricavare il carattere eccezionale delle regole che prevedono particolari rimedi contro i pregiudizi "da scissione". In questa logica, tali rimedi possono reputarsi idonei ad escludere la tutela pauliana: essa individua lo strumento di reazione in favore del creditore contro qualsiasi atto pregiudizievole del creditore; opposizione e rimedio risarcitorio consentono invece di reagire non ad un qualsiasi atto dispositivo ma agli specifici pregiudizi provocati dalla scissione societaria. Il fatto presupposto per la revocatoria risulta il medesimo rilevante per l'opposizione dei creditori e, in seguito al compimento dell'operazione, per l'iniziativa risarcitoria. Gli strumenti di tutela propri del sistema societario esigono tut-

<sup>96</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 483.

<sup>97</sup> Quanto alla configurazione delle condizioni di punibilità dell'illecito penale quali mere *condiciones iuris*, A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 3.

<sup>98</sup> Per l'assimilazione ad una forma di revocatoria automatica dell'obbligo restitutorio dei rimborsi di finanziamenti anomali anteriore di meno di un anno dal fallimento, F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 254; M. IRRERA, *Sub art. 2467*, in *Il nuovo diritto societario. Le riforme del diritto italiano*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, 1793; C. D'ALESSANDRO, *Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 1036; Trib. Livorno, 20 novembre 2018, in *Fall.* 2019, 1107, con nota di F. CANAZZA, *Inefficacia dei rimborsi dei finanziamenti soci ex art. 65 l.fall. e correlazione con il dettato dell'art. 2467 c.c.*; Trib. Trani, 18 giugno 2021, in *IlCaso.it*.

<sup>99</sup> La corrispondenza tra elementi essenziali (o cause dell'efficacia) ed elementi inessenziali (o concause dell'efficacia), da un lato, e tra rilevanza ed efficacia giuridica, dall'altro, è spiegata sempre da A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 26 ss.



## JUS CIVILE

tavia la sussistenza di un elemento ulteriore, consistente nella peculiarità dell'atto: non un qualsiasi atto lesivo ma proprio la scissione. Per questa sono previsti rimedi alternativi a quelli consueti: l'opposizione, la quale offre a creditori anteriori il diritto di impedire i medesimi inconvenienti che la pauliana tende a neutralizzare; il rimedio risarcitorio, il quale implica proprio l'irreversibilità del pregiudizio e configura la sola protezione ammissibile per i creditori successivi all'operazione<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Sia l'opposizione sia il rimedio risarcitorio permettono di considerare gli effetti della scissione nel loro insieme, guardando alle conseguenze complessive dell'operazione. A titolo d'esempio: mentre nella logica della revocatoria potrebbe accogliersi la domanda diretta contro la scissione la quale riduca il valore della garanzia patrimoniale, nonostante tale conseguenza sia accompagnata dal riequilibrio della struttura finanziaria e dal superamento di una fase di crisi; la valutazione in termini più estesi necessaria nell'ambito dell'opposizione ed in sede risarcitoria non pare giustificare l'accoglimento della domanda rivolta contro una simile operazione.



MATTEO PELLEGRINI

Dottorando – Università degli Studi di Bologna

## RIFLESSIONI SUL TRUST: I PUNTI D'ARRIVO DELLA METABOLIZZAZIONE IN ITALIA NELL'ATTESA DI UNA DISCIPLINA INTERNA

SOMMARIO: 1. *Lo strumento del trust: struttura e funzionamento.* – 2. *Il successo del trust in Italia: le possibili applicazioni.* – 3. *Il trust come modello giuridico: la metabolizzazione nel nostro ordinamento.* – 4. *Spunti comparatistici: il vicino (e buon) esempio della Repubblica di San Marino.* – 5. *La prospettiva di una disciplina interna: il d.d.l. Riccardi sul contratto di affidamento fiduciario.*

1. – A più di trent'anni dalla ratifica in Italia della Convenzione dell'Aja del 1985, sorge spontaneo interrogarsi su quali siano i punti di arrivo dello sviluppo del trust in Italia. Nonostante le numerosissime pronunce giurisprudenziali sul tema, il legislatore italiano, discostandosi dalla tendenza riscontrata negli altri 'vicini' ordinamenti di *civil law*<sup>1</sup>, non ha adottato una disciplina organica sull'istituto, limitandosi ad alcuni sporadici interventi circoscritti, tra l'altro, alla materia fiscale. Ancora ad oggi, infatti, il giurista italiano che redige l'atto istitutivo di trust deve richiamare una legge regolatrice straniera, scegliendola tra quegli ordinamenti che già possiedono una loro normativa.

Prima di poter analizzare lo stato dell'arte del trust in Italia e di delinearne le possibili prospettive evolutive, occorre fare qualche passo indietro.

Lo strumento del trust nasce nell'impianto sociale e normativo dell'Inghilterra medievale<sup>2</sup> e può essere rappresentato, in linea generale, come un rapporto giuridico atto principalmente a scindere la *legal ownership* dalla *beneficial ownership*, dando vita ad una segregazione patrimoniale. L'effetto segregativo ha come principale conseguenza l'impossibilità da parte dei creditori personali del *trustee* di aggredire i beni conferiti in trust<sup>3</sup>. Sebbene una segregazione perfetta<sup>4</sup> comporterebbe anche una irraggiungibilità del patrimonio personale del *trustee* per i creditori del trust, ciò non si verifica nel diritto inglese: non vi è reciprocità del fenomeno segregativo, dal momento che il concetto di separazione patrimoniale mira alla protezione dei benefi-

---

<sup>1</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo alla Repubblica di San Marino o alla Svizzera, dove il Consiglio Federale ha recentemente posto in consultazione la modifica del codice delle obbligazioni che prevede una disciplina del 'trust svizzero'.

<sup>2</sup> Per un approfondimento sulle origini dell'istituto cfr. J. SEIPP, *Trust and fiduciary duty in the early common law*, in *Boston University Law Review*, 2011, 1014. M. BLOCH, *La società feudale*, Piccola Biblioteca Einaudi, 1999. C. FLORIO, *Trust: dalla fiducia come concetto pregiuridico al trust inglese*, 2017, disponibile in formato eBook al link <https://www.avvocatoflorio.com/trust/equity-e-trust-inglese/>.

<sup>3</sup> Convenzione dell'Aja 1985, art. 2(a) e 11(a).

<sup>4</sup> M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, III ed., Cedam, 2016, 9.



ciari e non a salvaguardare i beni del *trustee*, sicché quest'ultimo risponde anche con il proprio patrimonio dei debiti incorsi durante l'attività di amministrazione e gestione del trust<sup>5</sup>. Inoltre, affinché il *trustee* venga esonerato da responsabilità, non è sufficiente che quest'ultimo dichiari di agire come *trustee*, ma che emerga dall'interpretazione del contratto nel suo complesso un'evidente intenzione delle parti di escludere tale responsabilità personale. Tuttavia, la reciprocità nel fenomeno di separazione non è esclusa aprioristicamente in altri ordinamenti appartenenti all'area culturale di diritto inglese. Ad esempio, in Jersey e Guernsey, due importanti poli per il mercato delle società di *trustees*, nonché, come si avrà modo di affrontare nel prosieguo, nella Repubblica di San Marino, viene esclusa la responsabilità personale di colui che dichiara di agire come *trustee* durante una determinata transazione. Particolarmente interessante è il caso della Scozia, dove è stata elaborata a livello dottrinale ed approvata dalla giurisprudenza la '*dual patrimony theory*'<sup>6</sup>.

La peculiarità del trust consiste dunque nel «*combinare un effetto reale con un effetto obbligatorio e nel rendere quest'ultimo opponibile ai terzi secondo presupposti e con effetti diversi da quelli ai quali farebbe normalmente ricorso la cultura civilistica*»<sup>7</sup>. Tale commistione di effetti reali ed obbligatori è diretta conseguenza della sussistenza, all'interno dello stesso strumento giuridico, di *legal* e *equitable interests*. Nello specifico, è opportuno soffermarsi sulla natura dei diritti che sorgono in capo ai beneficiari una volta che il trust è stato validamente costituito. Innanzitutto, si è soliti pensare ai *legal interests* come diritti *in rem*, opponibili dunque ai terzi in generale, ed agli *equitable interests* come diritti *in personam*, i quali produrrebbero effetti obbligatori nei confronti di un limitato numero di soggetti<sup>8</sup>.

In sintesi, è possibile affermare che, nel caso di controversie concernenti le dinamiche interne del trust (ad es. l'amministrazione e i doveri del *trustee*) i beneficiari potranno esercitare diritti *in personam* nei confronti del *trustee*, mentre, qualora i beneficiari si ritrovassero a dover rintracciare e riprendere possesso di un determinato bene presente nel fondo in trust, gli stessi avranno diritto di agire *in rem* direttamente contro il terzo<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. *Miur and Others, Trustees v City of Glasgow Bank and Liquidators*. Più recentemente, il caso *Investec Trust (Guernsey) Ltd v Glenalla Properties Ltd* ha confermato l'unidirezionalità degli effetti segregativi, sottolineando la mancanza, all'interno del diritto inglese, di una «*capacità personale e capacità fiduciaria in capo al trustee*». Sembra dunque che, nel diritto inglese, le uniche vie di tutela preventiva per il *trustee* siano l'istituzione di una *trust company* a responsabilità limitata per gestire i rapporti contrattuali con terzi o la creazione di uno *special purpose vehicle* (SPV) per il coinvolgimento in specifiche transazioni.

<sup>6</sup> SCOTTISH LAW COMMISSION, *Report on trust law*, agosto 2014, n. 239. La Law Commission scozzese ha commentato tale dottrina osservando che, quando un soggetto diventa *trustee*, esso acquista automaticamente un 'secondo' patrimonio: sebbene siano imputabili alla stessa persona, il patrimonio del *trustee* rappresenta un'entità legale separata dal patrimonio del fondo in trust. Cfr. Nella giurisprudenza *Ted Jacob Engineering Group Inc v Robert Matthew Johnson-Marshall* e *Glasgow City Council v The Board Of Managers Of Springboig St John's School*.

<sup>7</sup> M. LUPOLI, *op. cit.*, 9.

<sup>8</sup> D. HAYTON, P. MATTHEWS, C. MITCHELL, *Underhill and Hayton – Law of trust and trustees*, XIX ed., LexisNexis Butterworths, 2017, para 2.9.

<sup>9</sup> Le conseguenze dell'attribuzione di soli *legal interests* o di *equitable interests* in capo ai beneficiari sono profondamente diverse: nel primo caso, i beneficiari sarebbero in grado di far valere i diritti derivanti dall'atto istitutivo di trust nei confronti anche di soggetti terzi, nel secondo caso, potrebbero agire solo nei confronti di determinati soggetti (ossia i *trustees*) per la corretta esecuzione delle disposizioni contenute nell'atto istitutivo e per l'adempimento dei relativi doveri. Invero, l'interesse in rem abilita i beneficiari ad agire nei confronti di terzi, con l'esclusione di quelli in buona fede, per revocare un determinato trasferimento o transazione anche in caso di inerzia da parte del *trustee*, dando vita, dunque, ad un fenomeno sostitutivo. Tale fenomeno viene ancor più enfatizzato nella possibilità da parte dei beneficiari, in caso di alienazione a terzi, di rivolgersi direttamente alla corte del *situs* in cui il bene si trova, anche qualora questo non coincidesse con il luogo dell'amministrazione del trust (ossia con la collocazione geografica del *trustee*). Partendo dal fatto che i beneficiari sono considerati *equitable owners* dei diritti e dei beni devoluti in trust, non è irragionevole sostenere che essi detengano solo diritti *in personam*. Tuttavia, la giurisprudenza inglese, già nel 1841, nel caso *Saunders v Vautier*, affermò che la posizione del beneficiario non può essere slegata da un interesse *in rem* sui beni devoluti in trust, laddove il beneficiario sia un adulto capace e i suoi diritti emergano inequivocabilmente dall'atto istitutivo.



Come già intuibile dall'analisi fin qui svolta, la struttura del trust consta di tre principali figure: il disponente, il *trustee* e i beneficiari. Il disponente è il titolare dei beni oggetto di trasferimento e colui che istituisce il trust, fornendo indicazioni al *trustee* riguardo l'amministrazione dei beni conferiti e ritenendo eventuali poteri o determinati diritti nel caso in cui fosse anche beneficiario. Il *trustee* è, invece, il destinatario del trasferimento e si occupa dell'amministrazione del trust, seguendo le disposizioni del disponente e nell'ottica di conseguire il miglior interesse dei beneficiari. I beneficiari, infine, sono coloro che 'beneficiano' concretamente dei beni conferiti in trust. Essi possono essere preventivamente determinati dal disponente oppure, come succede nei *discretionary trusts*, possono essere identificati successivamente mediante l'esercizio del relativo potere di nomina da parte del *trustee* o di un soggetto terzo, incluso il disponente ed eventuali *fixed beneficiaries*.

All'interno della struttura-base delineata, spesso emerge anche una quarta figura, quella del guardiano. Il ruolo del guardiano è stato elaborato nella pratica come '*marketing tool*' per incentivare la creazione di trust, con la consapevolezza di avere un soggetto ulteriore a protezione degli interessi e delle volontà del disponente. Lo spazio d'azione del guardiano consiste principalmente in poteri di veto nei confronti delle decisioni del *trustee* e, più raramente, anche in poteri gestori e di revoca.

Un ulteriore punto di interesse è certamente il tema della natura giuridica dell'atto istitutivo di trust. Invero, ci si interroga se l'atto istitutivo abbia natura contrattuale, come propriamente intesa all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Per rispondere a tale quesito è opportuno partire dal fatto che la relazione fra il disponente ed il *trustee* non ha natura contrattuale: la creazione del trust, infatti, consiste in una dichiarazione unilaterale da parte del disponente, il quale può ritenere poteri e diritti per sé stesso. Il rapporto fra il disponente ed il *trustee*, avendo ad oggetto i beni conferiti in trust, non termina, infatti, con la morte di una delle parti, come avverrebbe nel caso di una relazione contrattuale basata su un rapporto di fiducia. Di conseguenza, il trust prenda vita da un atto giuridico, nello specifico da un atto «*unilaterale programmatico, recettizio e soggetto a rifiuto (tranne nel caso in cui disponente e trustee coincidano)*»<sup>10</sup>. Tuttavia, nonostante la contestualizzazione del trust come atto giuridico all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, rimane una difficoltà nell'individuazione della causa che dà vita a tale rapporto, essendo quest'ultima totalmente estranea al sistema legale inglese dove l'istituto è nato. Riprendendo l'approccio giurisprudenziale<sup>11</sup>, la causa dell'atto istitutivo consiste nel programma della segregazione di posizioni soggettive, al servizio del compito affidato al *trustee*. L'atto istitutivo è poi strettamente legato agli atti dispositivi attraverso i quali vengono trasferite al *trustee* le posizioni soggettive delle quali egli si avvarrà per attuare il programma delineato dal disponente. In tal senso, i negozi dispositivi presentano una causa tipica, consistente nel preciso compito conferito al *trustee*. Se all'interno dei trust testamentari ed autodichiarati<sup>12</sup> l'atto istitutivo e gli atti dispositivi coincidono, nei trust *inter vivos* essi possono presentarsi distinti a livello documentale e, in riferimento a quelli dispositivi, intervenire anche in un momento successivo.

Per quanto concerne gli elementi costitutivi, i requisiti per una valida creazione del trust sono ravvisabili nelle cosiddette tre certezze: certezza nell'intenzione di costituire il trust (*certainty of intention*), certezza nella composizione del fondo in trust, ossia il fatto che i beni conferiti siano agevolmente identificabili (*certainty of subject*) e la certezza nella determinazione dei beneficiari (*certainty of object*). In riferimento alla

<sup>10</sup> Come osservato in M. LUPOLI, *op. cit.*, 7 che riprende Trib. Trento, sez. Cles, 3 febbraio 2009, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010.

<sup>11</sup> Trib. Napoli, decr. 19 nov. 2008, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009.

<sup>12</sup> Il trust autodichiarato (cosiddetta *declaration of trust*) sussiste laddove il disponente coincida con il *trustee*. In questo caso non si verifica un vero e proprio trasferimento di posizioni soggettive, ma solo una 'dichiarazione' dell'effetto segregativo desiderato.





prima certezza, è possibile affermare che l'intenzione manca quando il disponente riserva per sé stesso una vasta gamma di poteri, controllando di fatto ogni azione del *trustee*. La certezza del *subject* del trust mira a escludere la validità del trust stesso qualora i beni conferiti siano di difficile identificazione, lasciando ampio spazio, invece, riguardo la natura dei diritti da conferire: è infatti possibile trasferire al *trustee* un diritto assoluto, un diritto relativo, un diritto reale, un diritto di credito o anche una posizione beneficiaria rispetto ad un preesistente trust. Infine, per quanto concerne l'ultima delle tre *certainties*, è nullo il trust che definisca i beneficiari in modo così vago da non fornire al giudice gli strumenti necessari per appurare se un soggetto sia effettivamente o meno un beneficiario. A livello di regola generale, i beneficiari possono essere individuati nominativamente, come classe di beneficiari, per mezzo di altri criteri o attraverso l'esercizio, anche successivo all'atto istitutivo, di un potere di nomina. Nella circostanza in cui i beneficiari non siano individuati nominalmente o per categoria, i criteri di identificazione non conducano ad individuazione alcuna (almeno momentaneamente) oppure in cui il potere di nomina non sia ancora stato esercitato, il trust viene considerato comunque valido: il *trustee* amministrerà il fondo in favore del disponente o, in caso di morte, dei suoi eredi.

In riferimento, invece, al funzionamento del trust, i rapporti interni sono caratterizzati dall'esercizio di determinati poteri e dall'adempimento di specifici doveri. I poteri, all'interno della struttura di un trust, possono essere analizzati, innanzitutto, in base al loro oggetto: da un lato poteri dispositivi, i quali, comportando atti di disposizione del fondo in trust, sono diretti essenzialmente alla distribuzione dei beni in trust ai beneficiari designati; dall'altro, poteri gestionali, ossia tutte quelle facoltà di cui il *trustee* è dotato per amministrare il trust. Dal punto di vista della natura dei poteri, si avranno poteri fiduciari, che devono essere esercitati per l'interesse dei beneficiari e sui quali l'organo giurisdizionale competente può esercitare un controllo. Tali poteri sono strettamente legati, inoltre, ai *doveri* fiduciari che sorgono in capo al *trustee* e, laddove contemplato, anche al guardiano. È interessante notare come il concetto di doveri fiduciari rappresenti una categoria aperta, in via di sviluppo, e quindi sensibile al mutare della società. Ecco che, con la tendenza ad una sempre più consapevole pianificazione patrimoniale, il *trustee* del XXI secolo, operando nel perimetro dei suoi doveri fiduciari, deve tener presente anche i fattori ESG (*Environmental, Social, Governance*) nella sua attività gestoria del fondo in trust, in particolar modo quando la stessa implica di porre in essere anche strategie di investimento<sup>13</sup>.

Contrapposti a quelli fiduciari sono i poteri personali o *bare powers*, esercitabili anche per il proprio tornaconto personale. Infine, in base all'obbligatorietà o meno dell'esercizio, si distinguono i *trust powers*, poteri che devono essere esercitati, ma che lasciano un certo spazio d'azione riguardo le modalità di esercizio, ed i *mere powers*, il cui esercizio e modalità sono entrambi discrezionali. Il disponente, per assicurarsi che le proprie volontà vengano rispettate, non ha a sua disposizione solo lo strumento dei poteri, ma anche quello

---

<sup>13</sup> Cfr. UNEP FI, *Fiduciary duties in the 21st century*, 2015 dove si sostiene che la mancanza di considerazione nelle strategie di investimento di tutti i fattori rilevanti a lungo termine, tra i quali rientrano a pieno titolo quelli ESG, configuri una violazione dei doveri fiduciari; M. BOWMAN, *Banking on climate change: how finance actors and transnational regulatory regimes are responding*, Kluwer Law International, 2014, 34; S. LYNDENBERG, *Ethics, Politics, Sustainability and the 21<sup>st</sup> century trustee*, Emerald Publishing Limited, 2014, 197-213; M.M. SCHANZENBACH, R.H. SITKOFF, *The Law and Economics of Environmental Social and Governance Investing by a Fiduciary*, in *Harvard Law School*, 2018; S.N. GARY, *Best Interest in the Long Term: Fiduciary Duties and ESG Integration*, in *University of Colorado Law Review*, 2019, 736 e 800; M.M. SCHANZENBACH e R.H. SITKOFF, *Reconciling Fiduciary Duty and Social Conscience: The Law and Economics of ESG Investing by a Trustee*, in *Stanford Law Review*, 2020, 381-454; M.M. SCHANZENBACH, R.H. SITKOFF, *Fiduciary Duty, Social Conscience, and ESG Investing by a Trustee*, 55 Annual Heckerling Institute on Estate Planning, 2021, disponibile al link: <https://ssrn.com/abstract=3959199>; A. OTSUKA, *ESG investment and reforming the fiduciary duties*, in *Ohio State Business Law Journal*, 2021, 136-163.



della lettera di desideri<sup>14</sup>: ovvero un documento confidenziale, rilasciato dal disponente al *trustee*, che funge da linea guida per l'esercizio di poteri discrezionali attribuiti a quest'ultimo. È bene specificare che le lettere di desideri che spesso accompagnano un trust testamentario ma che possono essere ritrovate anche nei trust *inter vivos*, non hanno efficacia legale vincolante: sarà il *trustee* a valutare se, quanto espresso dal disponente, sia comunque diretto al perseguimento del migliore interesse del trust e dei beneficiari.

2. – Il trust, dunque, si esplica essenzialmente nella gestione da parte di un soggetto (*trustee*) di un patrimonio mirata al raggiungimento degli obiettivi prefissati dal disponente che, nella maggior parte dei casi, coincide con il soggetto che si priva di tale patrimonio per destinarlo alla realizzazione dei predetti obiettivi<sup>15</sup>. Il programma predeterminato consiste nell'attribuire un vantaggio ad uno o più soggetti (beneficiari) oppure nel perseguire uno specifico scopo. In linea generale, dunque, il trust, nel concreto, può rivelarsi uno strumento utile ogniqualvolta vi sia un soggetto con un particolare obiettivo da perseguire con riferimento ad un determinato patrimonio.

Già solo da una considerazione di questo tenore emerge quanto il trust sia uno strumento flessibile, che prevede una struttura sufficientemente ampia da adattarsi e far fronte alle più disparate esigenze. Tale duttilità viene confermata dalla possibilità di scegliere uno o più *trustee*, di predeterminare i beneficiari o di predisporre un *discretionary trust* (con successiva nomina dei beneficiari), di scegliere la legge regolatrice del trust e, eventualmente, una legge diversa per l'amministrazione del fondo (che corrisponderà alla legge della giurisdizione in cui risiede il *trustee*).

Il principale merito del trust rimane, però, la capacità di dar vita ad un fenomeno di segregazione patrimoniale, nello specifico fra quello che è il 'patrimonio' del trust, costituito dai beni conferiti dal disponente nel fondo, e il patrimonio di colui che gestisce ed amministra il fondo, ossia il *trustee*. L'effetto segregativo che nasce dal rapporto giuridico che si instaura con il trust fornisce sicurezza e separazione principalmente sotto tre profili<sup>16</sup>.

La prima protezione che ne deriva consiste nel proteggere il fondo in trust da tutte le vicende personali che possono avere un impatto negativo sulla persona e sulla sfera patrimoniale del *trustee*. Così anche nel caso di fallimento, pretese creditorie o aggressioni patrimoniali dei più disparati generi del patrimonio del *trustee*, il fondo costituito rimarrà intatto.

Il secondo profilo di protezione si riferisce, invece, agli eventi che possono colpire, in questo caso, la figura del disponente. Difatti, i rischi materiali e immateriali che possono colpire il patrimonio di un individuo sono svariati. Una prima categoria di rischi è rappresentata dalle vicende personali del disponente che possono avere un impatto negativo sul suo patrimonio. Si pensi, ad esempio, all'insorgenza di problemi di salute, ad una morte improvvisa oppure a mutamenti dell'assetto familiare dovuti a crisi coniugali, apertura della successione, atti pregiudizievoli da parte di un familiare titolare di determinate posizioni beneficiarie. Inoltre, rappresentano un'altra fonte di rischio i possibili mutamenti ed instabilità politiche o i disastri ambientali. Ancora, possono presentarsi anche rischi c.d. immateriali, come ad esempio situazioni di disarmonia ed inerzia che minino la gestione unitaria e concorde del patrimonio familiare, circostanze di incompetenza, una *family governance* inadeguata o una *mala gestio* con riguardo a specifici *asset*. Il punto è indubbiamente ri-

<sup>14</sup> Per una disamina più approfondita si veda D. HAYTON, P. MATTHEWS, C. MITCHELL, *op. cit.*, para 56.53.

<sup>15</sup> A. BUSANI, *Il Trust. Istituzione, gestione, cessazione*, Cedam, 2020, 3.

<sup>16</sup> Cfr. D. PARETE, *Il trust per tutti*, Egea, 2020, 6-11.



levante se si tiene in considerazione il fatto che alcuni studi hanno rilevato che il 70% delle famiglie, infatti, perde la propria ricchezza dopo la seconda generazione ed il 90% dopo il passaggio a quella successiva<sup>17</sup>. Da qui, si avverte spesso l'esigenza di proteggere l'assetto economico familiare da vicende personali o esterne che possano inaspettatamente creare nocumento ad esso, anche se solo in una mera ottica di pianificazione patrimoniale. L'obiettivo di raggiungere un tale livello di protezione non deve, tuttavia, dilatarsi in modo tale da deviare la stessa causa fiduciaria del trust verso configurazioni di tipo patologico. In altre parole, non è da considerarsi meritevole di tutela quel trust costituito da un disponente a cui sono già ben note delle fondate pretese creditorie nei suoi confronti, dal momento che la relativa costituzione sarebbe da subito soggetta ad azione revocatoria.

La terza sfera giuridica che gode della protezione offerta dal trust è quella dei beneficiari. La segregazione dei beni nel fondo in trust permette di attribuire, rispettando i limiti imposti dal diritto successorio applicabile, il patrimonio o specifici *assets* ai beneficiari nei termini e nei tempi ritenuti più opportuni dal *trustee* nell'interesse dei beneficiari stessi, in armonia, laddove ciò fosse possibile, con quanto espresso dal disponente nella lettera di desideri. Un tale obiettivo è particolarmente sentito, come si vedrà in seguito, laddove l'attribuzione da parte del *trustee* faccia conseguire, in capo al beneficiario, anche determinate responsabilità, come spesso avviene nei passaggi generazionali di imprese familiari. Ancora, non sono di certo infrequenti i trust liberali che presentino delle finalità di natura assistenziale, specificatamente costituiti dunque con l'obiettivo di tutelare anche sotto il profilo patrimoniale soggetti beneficiari che risultino impossibilitati nel far fronte alle proprie esigenze.

Un ulteriore vantaggio della scelta del trust per la propria pianificazione patrimoniale è dato dalla economicità propria di tale strumento. Infatti, è solo una erronea convinzione culturale quella che vede il trust come strumento riservato ai soli detentori di grandi patrimoni. Se è vero che, come è possibile evincere spesso dai media, il trust è da secoli utilizzato dai personaggi e dalle famiglie più facoltose, ciò non implica necessariamente che l'istituto non sia alla portata di tutti. Il costo del trust si compone di due parti principali: la progettazione e redazione dell'atto istitutivo e l'onorario riservato al *trustee*. Per quanto concerne la prima, i costi *una tantum* di progetto e istituzione consistono principalmente nelle spese notarili. Non è possibile standardizzare l'entità dei costi, in quanto essa dipende fortemente dalla complessità dell'operazione che si richiede e dell'insieme di beni che si vuole conferire. Tuttavia, quello della parcella notarile rimane comunque un costo che normalmente si affronta quando si pone in essere un atto di liberalità, come avviene ad esempio per la più classica donazione, e non rappresenta dunque una spesa legata al solo strumento del trust, ma un onere economico che si andrebbe ad affrontare anche percorrendo altre vie. Con riguardo, invece, all'onorario del *trustee*, è possibile effettuare la stessa considerazione preliminare. Anche in questo caso, benché siano diverse le motivazioni, risulta impossibile fornire un costo standard, in quanto esso dipenderà significativamente dalla tipologia di beni detenuti e, in particolare, dall'attività richiesta dal professionista per la gestione di taluni beni. È chiaro che per un trust che detiene, ad esempio, il controllo di una *holding* di famiglia che governa a sua volta decine di società sottostanti, l'onorario del *trustee* sarà consistente, in quanto, in tali circostanze, il professionista dovrà necessariamente farsi affiancare da altre figure, come *investment advisors* o *asset management companies*, nell'espletamento delle sue funzioni. Tuttavia, per i trust liberali più sempli-

---

<sup>17</sup> Si veda l'interessante discussione in merito "How to beat the third-generation curse" della SINGAPORE MANAGEMENT UNIVERSITY disponibile al link: <https://business.smu.edu.sg/master-wealth-management/lkcsb-community/how-beat-third-generation-curse>.

L'analisi delle seguenti strategie si ispira al lavoro di Stefano Loconte in S. LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Ipsoa, III ed., 2018.



ci, che non richiedono un'attività gestoria complessa, il compenso del *trustee* risulta essere una spesa assolutamente sostenibile<sup>18</sup>. La tendenza più recente è quella di fissare una somma annuale che copra le attività ordinarie, alla quale verrà poi aggiunto un compenso per eventuali ulteriori attività, spesso calcolato su base oraria.

Da ultimo, e non di certo per importanza, è di estrema rilevanza ai fini della pianificazione patrimoniale il ruolo svolto dal *trustee*. Un aspetto positivo che da subito emerge nella scelta di una figura professionale per la gestione del patrimonio è quello della riservatezza garantita dal professionista riguardo questioni, talvolta anche complesse, che possono concernere la vita privata del disponente e dei beneficiari oppure taluni beni contenuti nel fondo in trust. L'aspetto di confidenzialità cui si fa riferimento attiene più che altro a delle esigenze, spesso di natura personale, cui il *trustee* ha compito di far fronte. Il disponente normalmente espone tali necessità al *trustee* attraverso lo strumento della lettera di desideri, talvolta indicando anche i criteri alla luce dei quali dovrebbe avvenire la distribuzione ai beneficiari. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il disponente abbia due figli, uno più responsabile e già avviato all'attività lavorativa ed un altro meno maturo. Il disponente potrà dunque comunicare tali circostanze al *trustee*, il quale, a sua volta, andrà ad effettuare (sempre a titolo esemplificativo) nei confronti del primo delle attribuzioni in virtù delle quali possano anche derivare determinate responsabilità (come, ad esempio, l'attribuzione di partecipazioni sociali) mentre a favore del secondo effettuerà con cautela e sempre nel rispetto delle norme di diritto successorio, delle elargizioni in denaro che siano utili al suo sostentamento e non dunque beni per la cui gestione tale soggetto si troverebbe impreparato.

Un ulteriore effetto benefico derivante dalla scelta di una figura professionale e competente quale *trustee*, ruolo che molto spesso viene assunto da una Trustee Company specializzata nella gestione ed amministrazione di trust, è indubbiamente quello di porre in essere tecniche gestorie che abbiano l'obiettivo di mitigare i rischi. Questo perché la globalizzazione delle famiglie e delle loro esigenze patrimoniali e personali ha contribuito ad indirizzare la pianificazione patrimoniale verso fenomeni di transnazionalità, i quali richiedono un alto livello di preparazione in capo ai professionisti al fine di poter rispondere efficacemente alle esigenze del proprio cliente<sup>19</sup>. Ecco che allora sempre più spesso il *trustee* viene affiancato da *investment advisors* per attuare strategie di diversificazione del portafoglio, consistenti, appunto, in una riduzione della rischiosità del relativo rendimento<sup>20</sup>.

Si può dunque comprendere, alla luce degli svariati benefici che lo strumento comporta, come sia possibile ritrovare il trust all'interno di più branche del diritto. La funzione primaria è indubbiamente quella della tutela patrimoniale per fini successori, sia per predisporre un passaggio generazionale sicuro e consapevole, sia per evitare sperperi ad opera di soggetti poco portati ad una buona amministrazione. Il *trustee*, infatti, oltre ad essere una persona di 'fiducia', può fornire una importante *expertise* nella gestione di specifiche transazioni ed investimenti, proteggendo (si pensi, ad esempio, ad un piano di accumulo del capitale) il patrimonio interessato ed il suo titolare da eventuali atti di prodigalità da parte di quest'ultimo. Tuttavia, è possibile affermare che il trust si sia consolidato anche in ulteriori contesti. Penso, ad esempio, all'ambito societario, come nei casi di trust per l'affidamento di partecipazioni sociali, di *employment benefit trust* per facilitare le transazioni di *private equity* e di trust liquidatorio. Nel contesto, invece, del diritto processuale civile si rin-

<sup>18</sup>D. PARETE, *op. cit.*, 14.

<sup>19</sup>S. LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, III ed., Ipsa, 2018, XIV.

<sup>20</sup>Per le tecniche di diversificazione più innovative si rimanda a C.K. MERKER, S.W. PECK, *The trustee governance guide*, Palgrave Macmillan, 2019.



vengono il trust di garanzia quale sequestro convenzionale e il trust per garantire una situazione debitoria, ritenuti entrambi strumenti in grado di ovviare alle inefficienze dei relativi istituti già presenti nell'ordinamento. In materia di pubblica amministrazione, poi, il trust è ampiamente utilizzato per la gestione di fondi pensione. Negli Stati Uniti, inoltre, si ricorre al cosiddetto *'qualified blind trust'*, disciplinato dalla section 208 del titolo 18 United States Code, per evitare conflitti di interesse di natura finanziaria da parte di dipendenti pubblici, inclusi i vertici di agenzie federali quale l'FBI ed i giudici federali.

Detto ciò, per quanto riguarda più precisamente la pianificazione, è bene osservare preliminarmente che i patrimoni moderni sono sempre più caratterizzati da un alto grado di complessità, dovuto principalmente alla diversa natura dei beni che lo compongono, come, a titolo esemplificativo, proprietà immobiliari, beni mobili registrati, conti bancari esteri, partecipazioni societarie, polizze vita ed investimenti finanziari di disparato genere, tra cui, in tempi recenti, investimenti in criptovalute e NFT. Tale complessità implica l'esigenza di una attenta pianificazione ed organizzazione del patrimonio stesso, in modo da preservarlo, ottimizzarlo ed incrementarlo, in un'ottica di *tax-efficiency*, per poi trasmetterlo alle generazioni future. L'accennata duttilità del trust fa sì che tale strumento assolva perfettamente questa funzione, permettendo un passaggio generazionale che più si adatti alle esigenze del singolo disponente e della sua famiglia. Il trust, in tale contesto, può essere costituito *inter vivos*, come atto di liberalità da parte del disponente, oppure può essere annesso alle sue ultime volontà, assumendo la forma, in questo caso, di trust testamentario.

Nella specifica ottica della pianificazione patrimoniale, spicca una particolare tipologia di trust, mirata alla conservazione e protezione del patrimonio da soggetti terzi che potrebbero interferire con esso: quella degli *asset protection trust*. Pur non sussistendo una chiara definizione di *'asset protection trust'* a livello normativo, è possibile affermare che esso sia un trust con caratteristiche peculiari che lo rendono unico nel suo genere. Nello specifico, il disponente di un *asset protection trust* è incluso nella classe di beneficiari o rappresenta l'unico beneficiario secondo i termini dell'atto istitutivo. Inoltre, la struttura del trust, inclusi il *trustee*, la *proper law* del trust e, nei limiti possibili, i beni conferiti in trust, si presenta localizzata interamente *off-shore*. Infine, un *asset protection trust* contiene generalmente una *flee clause*, ovvero una clausola all'interno dell'atto istitutivo mediante cui, al verificarsi di un determinato evento *'trigger'*, i beni conferiti in trust, il *trustee* ed il foro di amministrazione del trust vengono trasferiti automaticamente in un'altra giurisdizione (tipicamente una giurisdizione *trust-friendly* che presenti, al momento del trasferimento, condizioni più favorevoli per la sopravvivenza del trust rispetto alla giurisdizione di origine), senza bisogno di un ulteriore intervento proattivo da parte del *trustee* o del disponente. È interessante notare come le *flee clauses*, contenute in vari *asset protection trust off-shore*, abbiano sollevato problemi durante la pandemia dovuta alla diffusione del COVID-19, in particolare, a fronte della dichiarazione di *'stato di emergenza'* da parte di alcune giurisdizioni, circostanza contemplata in diversi trust quale evento *'trigger'*.

È chiaro, dunque, come un tale strumento possa rendersi appetibile per quei soggetti che mirano a proteggere o preservare determinati beni da creditori personali o da altri soggetti che potrebbero vantare pretese. Le possibili (e temibili) rivendicazioni includono, *ex multis*, azioni per inadempimento contrattuale, azioni di riduzione per lesione di quote di legittima, azioni revocatorie da parte di creditori personali o coniugi in regime di comunione dei beni ed azioni revocatorie fallimentari esperite dal curatore.

Una tale tipologia di trust, tuttavia, non può avere come unica causa giustificatrice, perlomeno in Italia, l'intenzione del disponente di sottrarre determinati beni alla garanzia generica riconosciuta in favore dei creditori dall'art. 2740 cod. civ. in quanto, se così fosse, si andrebbe a costituire una fattispecie di trust orientato al perseguimento di interessi non meritevoli di tutela.

Tornando alle possibili applicazioni del trust, la flessibilità, l'efficienza e l'economicità menzionate po-





canzi, rendono tale strumento adatto anche per perseguire fini altruistici. In particolare, la qualifica del trust come ONLUS può dar vita ad una struttura giuridica in grado di intervenire efficacemente in tutti quei settori fondamentali della parte più fragile e indifesa della società nazionale ed internazionale, tra cui si annoverano la beneficenza, l'assistenza agli indigenti, la tutela ambientale e la promozione e valorizzazione del patrimonio culturale. Inoltre, garantisce ai soggetti che la ricevono rilevanti agevolazioni fiscali<sup>21</sup>.

Il trust ONLUS può assumere un ruolo di particolare rilevanza, inoltre, in contesti di calamità naturali, come il più idoneo strumento per efficacia, efficienza e flessibilità nell'attuazione di interventi di solidarietà umana. Nello specifico, il d.l. n. 35/2005 ha predisposto un sistema di premi fiscali nei confronti di soggetti che effettuano erogazioni in denaro o in natura a beneficio di un ente ONLUS<sup>22</sup>. Tale sistema risulta incentivante per una raccolta fondi immediata che è essenziale per fronteggiare situazioni emergenziali quali calamità naturali. Un esempio pratico all'interno dell'ordinamento italiano è il 'Trust Terremotati di Accumoli e Amatrice', istituito nella tragica circostanza del terremoto che ha colpito l'Italia Centrale nel 2016. Ancora, lo strumento del trust è stato utilizzato anche per fronteggiare alcune delle tragiche conseguenze della pandemia: è il caso del Trust 'Uniti oltre le attese' ONLUS, istituito da BPER Banca nella primavera del 2021 a sostegno delle famiglie più bisognose degli infermieri deceduti a causa del COVID-19.

I trust con uno scopo di pubblica utilità si rilevano utili anche ai fini di promozione culturale. Ne è un esempio il progetto intrapreso dall'istituzione 'Bologna Musei'<sup>23</sup> che il 23 luglio 2020 ha istituito, primo nel suo genere in Italia, il Trust per l'Arte Contemporanea con lo scopo di contribuire al posizionamento della città di Bologna come una delle capitali dell'arte contemporanea. Altrettanto esemplificativo è l'Italian Art Trust ONLUS, ossia un progetto *no-profit* volto al finanziamento, sostegno e promozione di giovani artisti *under 35* attraverso un supporto economico e laboratoriale durante il loro percorso accademico e post-accademico.

3. – Si è visto dunque come gli operatori del diritto in Italia hanno trovato nel trust quelle esigenze di flessibilità, efficienza e riservatezza non riscontrabili in altri istituti affini all'interno del nostro ordinamento. Si è dunque verificato un fenomeno di *shopping*<sup>24</sup> del diritto al di fuori dei confini nazionali, in ordinamenti dove le predette esigenze trovavano una risposta maggiormente efficace.

<sup>21</sup> Il trust per uno scopo di utilità sociale è stato legittimato dall'Atto di Indirizzo 25 maggio 2011 dell'Agenzia del Terzo Settore e dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 38/E del 1° agosto 2011. Per quanto concerne la qualificazione ONLUS, è necessario verificare che il trust rispetti i requisiti formali e sostanziali di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 460/1997. L'atto istitutivo di un trust ONLUS deve essere redatto per iscritto nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o registrata e deve prevedere l'utilizzo nella denominazione ed in qualsivoglia segno distintivo o comunicazione rivolta al pubblico, della locuzione 'organizzazione non lucrativa di utilità sociale' o dell'acronimo 'ONLUS'. Inoltre, devono essere previste espressamente, *ex multis*, lo «svolgimento di attività in uno o più dei settori indicati; l'esclusivo perseguimento di finalità di solidarietà sociale; il divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili e avanzi di gestione [...]; l'obbligo di redigere il bilancio o il rendiconto annuale». Sul riconoscimento del trust ONLUS si segnala la recente circolare n. 9 del 21 aprile 2022 del Ministero del Lavoro, dalla cui impostazione emerge che il trust non potrebbe essere qualificato tra gli enti di carattere privato diversi dalle società. Sul punto cfr. T. TASSANI, G. SEPIO, *Sui trust pesa l'esclusione del Ministero del Lavoro dal Terzo Settore*, in *Il Sole 24 ore*, 28 aprile 2022, i quali affermano che «[l]a gravità di una simile situazione, in termini di impatto applicativo e di lesione di posizioni giuridiche meritevoli di tutela, richiede [...] un intervento normativo ad hoc».

<sup>22</sup> L'art. 14 del richiamato decreto prevede infatti che tali erogazioni siano «deducibili dal reddito complessivo del soggetto erogatore nel limite del dieci per cento del reddito complessivo dichiarato, e comunque nella misura massima di 70.000 euro annui».

<sup>23</sup> L'istituzione 'Bologna Musei' nasce con delibera del Consiglio comunale di Bologna del 5 dicembre 2012, n. 269053 come soggetto terzo ed indipendente dal Comune e con lo scopo di promuovere e valorizzare il patrimonio culturale e museale della città.

<sup>24</sup> F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, 2005, 86 ss. Galgano osservava come il concetto di *shopping* del diritto fosse nato grazie alla diffusione di clausole compromissorie all'interno dei rapporti contrattuali. Lo *shopping*, in



Il concetto di *shopping* del diritto non è un qualcosa di avulso al sistema giuridico italiano ma anzi viene proprio ammesso dalla Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali, il cui art. 3 stabilisce che i cittadini di uno Stato possano, per contratto, scegliere il diritto di uno Stato terzo, prevedendo quale limite il rispetto delle norme imperative interne. Tuttavia, anche tale limite è superabile laddove apposite convenzioni internazionali lo consentano. È proprio quanto accaduto in materia di trust con la Convenzione dell'Aja del 1985, che ha permesso ai cittadini di Paesi di *civil law* di fruire di uno strumento assai appetibile come quello del trust così come concepito negli ordinamenti di origine. Seguendo una tale impostazione, «una figura di *common law* può, per i vantaggi che è suscettibile di offrire, essere utilizzata da cittadini di *civil law*, senza che un simile innesto provochi rigetto da parte del sistema che lo accoglie»<sup>25</sup>.

L'ultranazionalità del diritto statutale, ossia la sua applicazione al di fuori dei confini nazionali dello Stato che lo ha prodotto è uno dei due effetti della globalizzazione dell'economia che, da un lato conduce alla formazione di un diritto non statale, la *lex mercatoria*, dall'altra agisce appunto sul principio stesso di nazionalità<sup>26</sup>.

Il diritto rappresenta un processo in continua evoluzione e spesso la risposta alle esigenze della nuova società è il frutto di emulazione di modelli giuridici stranieri. Tale orientamento si basa dunque sull'idea di circolazione del diritto. Ciò comporta che laddove determinati ordinamenti siano in grado di plasmare «nuovi e migliori modelli di soluzione di problemi reali»<sup>27</sup> che vengono percepiti anche nei Paesi confinanti, ecco che il modello inizierà a circolare anche in questi ultimi.

Se, tuttavia, in passato la circolazione riguardava principalmente modelli legislativi o metodologie giuridiche, nell'epoca moderna il fenomeno che effettivamente di riscontra è quello della circolazione delle giurisprudenze<sup>28</sup>. Ciò rileva soprattutto se si prende in considerazione il fatto che, in particolare nell'area del diritto civile, le disposizioni legislative (ossia il diritto codificato) hanno bisogno di un adeguamento alle problematiche odierne e dunque di integrazione dei loro contenuti da parte dei giudici<sup>29</sup>. Tale lettura contribuisce ancor di più a giustificare la diffusione del trust oltre i confini del mondo anglosassone, proprio in virtù del fatto che lo stesso è un istituto creato e modernizzato principalmente dalla giurisprudenza. Ecco che nel contesto dell'economia globalizzata cambia anche il ruolo dell'interprete, che è «*sempre meno bouche de la loi e sempre più partecipe nella creazione della norma*»<sup>30</sup>.

D'altronde, è doveroso osservare che i risultati della globalizzazione del commercio internazionale sono ben noti al nostro ordinamento. Ciò anche grazie all'affermarsi di nuove tipologie contrattuali che presentano un carattere di atipicità, non potendo essere rigorosamente ricondotte all'interno delle categorie privatistiche dell'ordinamento ricevente. Tale fenomeno può verificarsi «sia dalla circolazione di modelli contrattuali stranieri sia dalle “rigidità” dei sistemi giuridici interni»<sup>31</sup>. La significativa diffusione internazionale di istituti c.d.

---

tema di arbitrato, consiste proprio nello scegliere, attraverso la clausola compromissoria, una legge che non abbia alcun tipo di contatto tra le parti, meglio identificata come “legge neutra”. Nota è anche la tecnica del *repechage*, con la quale vengono effettuate scelte multiple, come, ad esempio, la legge sostanziale di uno Stato e la legge processuale di un altro.

<sup>25</sup> F. GALGANO, *op. cit.*, Il Mulino, 2005, 87.

<sup>26</sup> F. GALGANO, *op. cit.*, Il Mulino, 2005, 77.

<sup>27</sup> G. VISINTINI, *La circolazione delle giurisprudenze*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1, 74.

<sup>28</sup> Cfr. G. ALPA, *Comparazione e diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. e impr.*, 2016, 4-5, 879 ss.

<sup>29</sup> G. VISINTINI, *op. cit.*, 74.

<sup>30</sup> F. FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, in *Contr. e impr.*, 2012, 2, 391.

<sup>31</sup> E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, mercato, contratto*, in *Pers. e merc.*, 2017, 3, 138 ss. L'Autore afferma che «*esempio di questo processo di arricchimento è stato quello che ha portato, ormai da tempo, all'affacciarsi in alcuni sistemi di contratti un tempo*



atipici condiziona, in virtù di una superiore tutela degli scambi commerciali internazionali, anche l'ingresso degli stessi in ordinamenti che non li contemplano. È il caso, ad esempio, dei contratti atipici internazionalmente uniformi<sup>32</sup> come il contratto autonomo di garanzia che è stato riconosciuto nel nostro ordinamento, passando dunque il vaglio del giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322, comma 2, cod. civ., onde scongiurarne l'isolamento commerciale. Sarebbe infatti impensabile giudicare nullo un contratto universalmente considerato valido<sup>33</sup>. Le esigenze del commercio internazionale nonché la «*permeabilità del nostro ordinamento*»<sup>34</sup> hanno dunque ampliato, esprimendoli oltre che rispetto al nostro ordinamento giuridico anche «*rispetto ad ordinamenti di omogenea civiltà giuridica*»<sup>35</sup>, i parametri su cui il giudizio di meritevolezza si fonda, pervenendo gradualmente ad un'operatività del modello giuridico straniero anche nei rapporti puramente interni.

È stato questo lo sviluppo anche del trust nel nostro ordinamento: dapprima, nella sua genesi, percepito come uno strumento riservato alla gestione ed amministrazione di grandi patrimoni transfrontalieri, ed ora, come si è avuto modo di osservare, utilizzato quale strumento di efficace risposta anche nelle stesse contrattazioni domestiche e di minore complessità.

Ogni cammino verso la metabolizzazione di un istituto giuridico 'straniero' è, però, contrassegnato da iniziali ostacoli e, come osserva autorevole dottrina<sup>36</sup>, in un'ottica di tutela delle nostre radici giuridiche non sempre è augurabile che la composizione del contrasto si svolga con l'assoluta predominanza del modello straniero.

Ciò è inevitabilmente accaduto anche per il trust. È ben nota, infatti, la diversa tradizione giuridica fra ordinamenti di *common* e *civil law*, divergenza che si riverbera in vari campi del diritto. Un primo ostacolo al recepimento dell'istituto del trust è attribuibile sicuramente al concetto di 'proprietà', il quale, da sempre, ha apportato difficoltà nello sviluppo ed accettazione dell'istituto anglosassone. Il problema è innanzitutto semantico<sup>37</sup>: se nel *common law* la parola 'proprietà' (la cui traduzione più accurata sarebbe '*ownership*') fa riferimento a determinati beni che appartengono a qualcuno, nell'ordinamento giuridico italiano, come in vari ordinamenti di *civil law*, essa indica la relazione che un determinato soggetto ha con i beni in questione. Inoltre, il concetto inglese di '*ownership*' risulta essere più ampio e duttile di quello di 'proprietà', potendo esso sdoppiarsi in *legal* e *beneficial ownership*, la prima in capo al *trustee* e la seconda ai beneficiari. Ne consegue che il *trustee*, *vis-a-vis* il mondo esterno, detiene tutte le facoltà collegate al diritto di proprietà, mentre nelle dinamiche interne del trust i suoi poteri sono limitati a ciò che è espressamente autorizzato dalla legge e dai termini dell'atto istitutivo. Tale frammentazione del diritto di proprietà non è contemplabile, *prima facie*, da parte di un ordinamento di *civil law*, all'interno del quale vige un sistema di numero chiuso di diritti reali e dove, quindi, un soggetto o è proprietario o non lo è affatto.

Il mondo del *civil law*, tuttavia, già prima del formale riconoscimento del trust, non è restato indifferente al concetto di 'affidamento' ed ha infatti sviluppato la nozione di atto fiduciario<sup>38</sup>, che presenta caratteristi-

---

sconosciuti come il leasing; ma lo stesso fenomeno di import, o di ricezione, si è avuto, per il contratto di factoring, di joint ventures, di catering, di Garantievertrag, e così via, fino alle più recenti e discusse figure dei contratti cosiddetti derivati, quali i contratti di swap, di futures, ecc. [...]».

<sup>32</sup> R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, II ed., Cedam, 2021, 32 ss.

<sup>33</sup> F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Cedam, 385.

<sup>34</sup> Cfr. F. GALGANO, *op. ult. cit.*, 386 in cui l'Autore richiama giurisprudenza di legittimità e di merito che richiama tali concetti.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> G. VISINTINI, *op. cit.*, 75.

<sup>37</sup> P. MATTHEWS, *The compatibility of the trust with the civil law notion of property*, in L. SMITH (a cura di), *The Worlds of Trust*, Cambridge University Press, 2013, 314.

<sup>38</sup> M. LUPOI, *op. cit.*, 32 osserva come, invece, nel diritto civile europeo del XII secolo in poi, siano state elaborate figure giuridi-



che in parte analoghe al trust anglosassone. È un istituto giuridico in forza del quale un soggetto, chiamato fiduciante, trasferisce ad un altro soggetto, chiamato fiduciario, la proprietà di un bene con il patto che questi utilizzerà il bene secondo le istruzioni impartitegli dal fiduciante e nell'interesse di un beneficiario<sup>39</sup>. Si può parlare di proprietà fiduciaria in senso tecnico, però, solo quando il vincolo impresso sul bene al servizio di un interesse altrui presenta il carattere di un vincolo reale, come nel trust del *common law*<sup>40</sup>. Tale conseguenza crea una significativa discrepanza fra l'affidamento fiduciario ed il trust, in forza del quale, come osservato, i beneficiari godono di diritti *in rem*, potendo dunque esperire rimedi nei confronti anche di soggetti terzi al rapporto giuridico in essere. Il beneficiario di un trust risulta dunque in una posizione di netto vantaggio rispetto al beneficiario di un affidamento fiduciario come tradizionalmente concepito.

Il successo del trust sotto questo profilo, l'effetto segregativo che protegge il patrimonio del trust da eventuali attacchi da parte dei creditori del *trustee* e la maggior flessibilità, garantita a quest'ultimo, nella gestione ed amministrazione del fondo istituito, hanno portato il trust a prevalere su altre figure giuridiche più o meno affini. Riprendendo il discorso sulla circolazione dei modelli giuridici pocanzi affrontato, il trapianto di norme giuridiche è il risultato di un processo competitivo in cui ogni ordinamento produce soluzioni giuridiche diverse per risolvere problemi simili. Ognuna di queste soluzioni entra a far parte di un virtuale «mercato degli istituti giuridici»<sup>41</sup>, dove ogni norma è in competizione con le altre, e, al termine di tale processo, sopravvive o soccombe a seconda di quanto si riveli efficiente. Sotto tale profilo, il trapianto del trust negli ordinamenti di *civil law* sarebbe il risultato di una competizione nella quale abbia dimostrato di essere economicamente più efficiente delle alternative individuate dalla tradizione europea continentale.

Gli ostacoli pocanzi esposti vennero, in realtà, velocemente superati in Italia, che fu il primo Paese di *civil law* a ratificare la Convenzione con la l. 16 ottobre 1989, n. 364. La Convenzione ottempera a due principali esigenze: da un lato l'armonizzazione delle disposizioni sulla legge applicabile al trust nei Paesi contraenti e, dall'altro, fornire una *legal framework* per il riconoscimento dei trust come intesi all'art. 2. È bene specificare che le disposizioni sul riconoscimento dei trust esulano dall'applicazione delle regole sul riconoscimento e circolazione delle sentenze straniere, le quali rimangono definite dallo Stato in questione. Invero, le regole sul riconoscimento all'interno della Convenzione sono atte a fornire una guida a tutti i Paesi che non presentano una propria disciplina dell'istituto, in particolare riguardo gli effetti da attribuire ad un trust straniero all'interno del proprio ordinamento giuridico. La Convenzione è il risultato di una riconciliazione fra posizioni e tradizioni giuridiche divergenti appartenenti alle delegazioni di *common law* e *civil law*. L'intenzione di conciliare diversi punti di vista si è trasfusa nell'art. 2, all'interno quale, con l'obiettivo di inglobare le sfaccettature dei vari ordinamenti giuridici coinvolti, sono stati volutamente omessi termini come «*equitable and legal ownership*» e «*patrimony*», che, come osservato, avrebbero sollevato problematiche da entrambi i lati. L'art. 2 fornisce dunque un'ampia e generica definizione di trust, tanto da spingere alcuna dottrina<sup>42</sup> ad affermare che esso abbia dato vita al cosiddetto «*shapeless trust*» (ossia il «trust amorfo»), essendo stati espunti vari elementi essenziali del modello inglese di trust. Invero, una tale prospettiva tocca un punto criti-

---

che che hanno ispirato il trust inglese e che non hanno nulla da spartire con l'affidamento fiduciario che rappresenta una creazione della Pandettistica tedesca. Secondo l'autore, «l'originaria vena civilistica dei trust contribuisce a rendere i trust intelligibili anche in sistemi giuridici di matrice romanistica o mista ed in sistemi che, pur appartenendo all'area culturale del diritto inglese, non hanno mai avuto un ordinamento di equity».

<sup>39</sup> A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI, G. GRANELLI, XXV ed., Giuffrè, 2019, 645.

<sup>40</sup> F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, II ed., Cedam, 2010, 465.

<sup>41</sup> U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: an Essay in Comparative Law and Economics*, in *International Review of Law and Economics*, 1994, 3.

<sup>42</sup> M. LUPOI, *The Shapeless Trust in Trust & Trustees*, 1995, 3, 15.



co: l'art. 2 fornisce una definizione talmente ampia di trust da ricomprendere, almeno potenzialmente, svariati istituti affini provenienti dalle più disparate tradizioni giuridiche. Penso, ad esempio, alle fondazioni, alle *Stiftung* in Liechtenstein, alla *patrimoine affectée* in Francia o agli *Tsos e Family Tongs* in Cina. Inoltre, la specificazione di beni 'posti sotto il controllo del trustee' non implica necessariamente un trasferimento del titolo di proprietà o anche di un diritto reale in capo a quest'ultimo. Il 'controllo' come genericamente inteso all'art. 2 non presuppone infatti un necessario fenomeno di segregazione patrimoniale. La Convenzione sembra dunque non aver fornito una chiara definizione di cosa sia il trust, ma semplicemente aver rimarcato gli istituti giuridici ai quali le disposizioni si applicano.

Sempre con riferimento alle fonti normative, il legislatore italiano non ha ad oggi fornito una disciplina circa l'istituto del trust, limitandosi solo a sporadici e disorganici interventi, prevalentemente in materia fiscale<sup>43</sup>.

Il legislatore è intervenuto, dapprima, con la legge Finanziaria del 2007<sup>44</sup>, la quale, modificando l'art. 73 del TUIR<sup>45</sup>, ha previsto la tassazione dei redditi prodotti da trust residenti in Italia. Solo dopo dieci anni, è stata emanata la l. 22 giugno 2016, n. 212 (legge sul 'Dopo di noi'), la quale ha disciplinato, incentivandolo con significativi vantaggi fiscali, il trust nei confronti di soggetti portatori di disabilità gravi<sup>46</sup>. Tali interventi disorganici e distanziati nel tempo indicano un certo «ritardo culturale»<sup>47</sup> all'interno dell'ordinamento, dovuto ad una mancanza di dialogo fra le varie branche del diritto. Il giurista dovrebbe adottare, invece, un 'approccio poliedrico' nell'analisi di determinati temi, come l'artista Monet che, osservando la Cattedrale di Rouen, notava le differenti visuali determinate dai toni di luce che si susseguono nel corso della giornata<sup>48</sup>.

4. – L'inerzia del legislatore italiano si pone in antitesi con la tendenza degli altri 'vicini' Paesi di *civil law*. Volgendo lo sguardo non troppo lontano, infatti, la Repubblica di San Marino, che, insieme all'Italia, è stata fra i primi cinque Paesi con una tradizione di *civil law* a ratificare la Convenzione dell'Aja, è stata pioniera nell'emanazione di una legge interna che disciplinasse in maniera organica lo strumento del trust.

Pochi mesi dopo la ratifica della Convenzione, infatti, vennero emanate due leggi: la l. 17 marzo 2005, n. 37 (oggi sostituita dalla l. 1° marzo 2010, n. 42 e successive modifiche), recante una disciplina organica degli aspetti civilistici del trust, e la l. 17 marzo 2005, n. 38 (ad oggi ancora in vigore) per regolamentare gli aspetti fiscali dell'istituto.

---

<sup>43</sup> È doveroso segnalare che, in contraddizione con l'inerzia del legislatore, si rileva una copiosa produzione di giurisprudenza di legittimità sul trust, soprattutto in materia fiscale. Basti pensare, a titolo esemplificativo, che uno studio condotto dall'ASSOCIAZIONE IL TRUST IN ITALIA ha rilevato, nel periodo da gennaio 2019 a marzo 2020, circa quaranta pronunce. A oggi le pronunce della Corte di Cassazione in materia fiscale superano agilmente il centinaio. Per completezza di trattazione, si segnala che una tale 'iperattività' del giudice di legittimità ha spinto la stessa Agenzia delle Entrate a prendere atto del mutato orientamento in materia di imposizione indiretta sui beni conferiti in trust mediante l'adozione della (tanto attesa) circolare 34/E del 20 ottobre 2022, con la quale si è "cristallizzato", in linea generale, il principio della tassazione in uscita.

<sup>44</sup> L. 27 dicembre 2006, n. 296.

<sup>45</sup> Testo Unico delle Imposte sui Redditi, d.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986.

<sup>46</sup> Per la legge sul 'Dopo di Noi' v. per tutti M. LUPOI (a cura di), *Trust e Dopo di Noi*, in *T&AF*, Quaderno 12, 2016. Per gli aspetti fiscali cfr. G. SEPIO, *Il 'Dopo di Noi' e le misure fiscali a tutela del patrimonio di persone con disabilità grave*, in *Il fisco*, 2016, 2734 ss. e T. TASSANI, *La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul 'Dopo di Noi', tra agevolazioni e impatto sistematico*, in *Notariato*, 2016, 517 ss.

<sup>47</sup> M. LUPOI, *op. cit.*, in M. LUPOI (a cura di), *op. cit.*, 5.

<sup>48</sup> G. CALABRESI, A. DOUGLAS MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 1089 ss.





La legge di San Marino sul trust replicava fedelmente i capisaldi dello strumento di origine anglosassone che erano stati parzialmente riflessi anche all'interno della Convenzione dell'Aja.

Tuttavia, la legge del 2005, come d'altronde la maggior parte delle leggi allora esistenti in materia di trust, era inevitabilmente basata sul modello legislativo inglese<sup>49</sup> e, in particolare, sul Trustee Act del 1925. Tali normative, che rappresentano ancora ad oggi in diversi Paesi la base della legislazione in forza della quale vengono istituiti i trust, restano, tuttavia, ancorate al modello di trust inglese, rivelandosi inadatte ad operazioni di pianificazione patrimoniale che abbiano carattere transnazionale o che si affaccino al mondo *off-shore*<sup>50</sup>. Inoltre, fattore ancor più rilevante, i giuristi degli ordinamenti di *civil law* hanno iniziato ad avvertire l'esigenza di una legislazione che presentasse quei caratteri di organicità e completezza che il modello inglese ontologicamente non presenta, in quanto costantemente alimentato e modificato dal diritto positivo.

È così che nasce modello di trust 'internazionale'<sup>51</sup> che si ebbe per la prima volta con la Trust Jersey Law del 1984, emanata in un ordinamento – quello di Jersey – che, nonostante gli influssi passati del *common law*, si basa prevalentemente sul diritto consuetudinario normanno-francese proprio dei Paesi di *civil law*. La legge di Jersey con le sue successive modifiche riscosse da subito grande successo e, grazie soprattutto all'attenzione verso il nuovo contesto economico-sociale (ben lontano dalla struttura di matrice medievale su cui la legislazione inglese si basava), riuscì nell'obiettivo di attrarre nel mondo *off-shore* una vasta clientela internazionale. L'appetibilità della Legge di Jersey, oltre ad aver funzionato da esempio per le altre giurisdizioni *off-shore*, si è protratta ininterrottamente fino ai nostri giorni, essendo infatti ancora ad oggi la legge regolatrice più utilizzata in materia di trust. Bisogna riconoscere che l'*appeal* della legge di Jersey non è solamente dovuto al suo respiro continentale ma anche dal fatto che la stessa offre un sistema giudiziario più efficiente, con tempi anche di risoluzione delle controversie decisamente più rapidi.

In un contesto di generale *favor* del modello di trust internazionale, la Repubblica di San Marino ha sostituito la legge sul trust del 2005 con la l. 1° marzo 2010, n. 42, con l'obiettivo di porsi all'avanguardia nel settore, finanche volendo superare le evoluzioni normative di altri Stati. Il testo di legge del 2010, in sintesi, mira dunque a (i) introdurre una disciplina pienamente compatibile con il tessuto del diritto comune sanmarinese; (ii) regolare in modo coerente ed organico la materia dei trust istituiti per volontà del disponente; (iii) fornire una disciplina moderna del trust, salvaguardando usi distortivi o fraudolenti dell'istituto<sup>52</sup>.

Nello specifico, il nuovo assetto normativo ha innanzitutto modificato i requisiti formali per l'istituzione di un trust, prevedendo che, nel caso in cui l'atto istitutivo *inter vivos* sia stipulato fuori dalla Repubblica, «ad esso deve essere allegata la dichiarazione di un Avvocato e Notaio della Repubblica di San Marino, il quale ne attesta la validità ai sensi della Legge» (art. 6, comma 1, lett. b). Ancora, lo stesso articolo prescrive l'individuazione di un professionista iscritto nell'Albo degli Avvocati e Notai o dei Dottori commercialisti o dei Ragionieri commercialisti della Repubblica di San Marino nel caso in cui il *trustee* non sia un soggetto residente nel territorio della Repubblica (art. 6, comma 1, lett. c). In questo modo, si è voluto introdurre il concetto di 'agente residente' così da assicurare che i trust di diritto sanmarinese abbiano pur sempre un collegamento con il territorio della Repubblica, anche in quei casi in cui il trust sia stato istituito all'estero o abbia un *trustee* residente in altro Stato. Ciò, probabilmente, anche in un'ottica di tutela dell'importante 'mercato del trust' che ha preso spazio nella piccola Repubblica nell'ultimo ventennio.

<sup>49</sup> Si riporta in breve l'exkursus storico sulla trust law inglese: Trustee Act 1983, Trustee Act 1925, Trustee Investment Act 1961, Perpetuities and Accumulation Act 1964, Trustee Act 2000.

<sup>50</sup> P. MATTHEWS, *La legge sul trust a San Marino e il modello di trust internazionale*, in *Contr. e impr.*, 2007, 251.

<sup>51</sup> Cfr. M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, 311 ss. e A. BUSANI, *op. cit.*, 20 ss.

<sup>52</sup> Segreteria di Stato per le finanze ed il bilancio, *Relazione sul progetto di legge L'istituto del trust*, 2009.



All'art. 7, in coerenza con l'obiettivo pocanzi esposto di contrastare eventuali utilizzi abusivi di trust, è stata prevista nell'attestato di trust l'indicazione di elementi minimi ed indispensabili per prevenire fenomeni di riciclaggio.

La nuova legge sanmarinese ha inoltre introdotto delle disposizioni *trustee-friendly* che prendono come esempio Paesi *off-shore* quali Jersey, Isole Cayman, Bahamas e BVI, mirate, anche in questo caso, ad incentivare e tutelare il mercato dei *trustee* sul suolo della Repubblica. In primo luogo, l'art. 18 della l. n. 42/2010 ha previsto un ampliamento della categoria di soggetti che possono assumere la qualifica del *trustee*, eliminando la precedente rigida formulazione che richiedeva necessariamente per l'aspirante *trustee* un'autorizzazione dell'Autorità di Vigilanza, che veniva rilasciata in pratica solo a società bancarie, finanziarie e fiduciarie aventi sede ed operanti nel territorio sanmarinese. Le nuove disposizioni in materia di *trustee* prevedono, invece, un libero accesso alla qualifica per tutte quelle persone, fisiche o giuridiche, che non siano già *trustee* di oltre tre trust sanmarinesi e che risultino conformi alle normative antiriciclaggio. Ancora, il nuovo art. 47 permette di limitare la responsabilità del *trustee* nei confronti di terzi in tutti quei casi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ove egli abbia agito nella qualità di *trustee*. Viene così esclusa la responsabilità del *trustee* verso terzi: egli risponderà infatti della propria condotta solo nei confronti dei beneficiari e del guardiano.

Su quest'ultimo punto, la legge sanmarinese risulta all'avanguardia anche in materia di tutele offerte ai beneficiari del trust, con disposizioni che non hanno pari negli ordinamenti di diritto civile. L'art. 55, rubricato 'Azioni di separazione e di recupero', prevede, infatti, che «*qualora il trustee abbia disposto di beni in trust in violazione delle regole dell'atto istitutivo ovvero senza corrispettivo o per un corrispettivo manifestamente inadeguato, [...] qualunque beneficiario e il guardiano hanno diritto di pretendere che l'avente causa dal trustee restituisca i beni al fondo in trust*». La tutela diretta del beneficiario nei confronti dei terzi esprime così al meglio il carattere reale del vincolo di cui Galgano, come sopra riportato, parlava proprio con riferimento ai beni conferiti in un fondo in trust.

Da ultimo, è interessante notare come il ruolo del *trustee* sanmarinese nonché le posizioni dei beneficiari vengono tutelate non solo dalle norme cui si faceva cenno precedentemente, ma anche dal ruolo fondamentale svolto da un particolare organo giudicante, istituito *ad hoc* per decidere su controversie o quesiti in materia di trust e sul quale mi soffermerò nel prosieguo.

È doveroso osservare, però, che a fianco del modello internazionale, alcuni Paesi hanno iniziato ad avvertire l'esigenza di coniugare lo strumento del trust con una regolamentazione che risultasse ancor più vicina al contesto normativo di *civil law*. Pioneristica anche sotto questo profilo è sempre la Repubblica di San Marino che, con la l. n. 43/2010, ha introdotto, per la prima volta in un ordinamento di *civil law*, uno strumento che è astrattamente in grado di porsi in competizione con il trust: il contratto di affidamento fiduciario<sup>53</sup>.

La legge, all'art. 1, definisce l'affidamento fiduciario come «*il contratto con il quale l'affidante e l'affidatario convengono il programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente i novanta anni*». L'affidamento fiduciario disciplinato nell'ordinamento sanmarinese è dunque un contratto tra affidante e affidatario, stipulato per l'attuazione di un programma destinatorio. Il carattere peculiare di tale disciplina risiede proprio nella nozione di 'programma', che, vista la funzione ricoperta nello schema contrattuale delineato, assurge a causa del contratto di affidamento fiduciario. L'art. 1 della predetta legge prevede, inoltre, la possibilità che i beni oggetto di affidamento possano essere «*presenti o futuri, determinati o determinabili, trasferiti dall'affidante o da*

<sup>53</sup> M. LUPOI, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 5, 469.



terzi all'affidatario ovvero da quest'ultimo vincolati» e che il contratto debba assumere la forma scritta a pena di invalidità. Altro imprescindibile requisito è il parere di un Notaio sammarinese che ne attesti la validità, condizione che persegue lo stesso obiettivo contenuto nella legge di San Marino sul trust, ossia quello di assicurare che i trust di diritto sanmarinese abbiano pur sempre un collegamento con il territorio della Repubblica.

L'effetto di segregazione patrimoniale, essenziale per replicare il meccanismo del trust, è poi sancito all'art. 3, comma 2. Ancora, la legge si allinea al diritto dei trust circa l'individuazione dei beneficiari prevedendo, tuttavia, alcune limitazioni atte, in via cautelativa, a prevenire eventuali abusi. Difatti, nella legge sanmarinese è d'obbligo indicare almeno un beneficiario nel contratto e, nel caso si avessero in mente ulteriori beneficiari, il contratto deve determinare perlomeno il criterio per la loro individuazione.

Una delle disposizioni più interessanti, però, è forse il comma 5 dell'art. 1, il quale prevede che il contratto non sia soggetto a risoluzione tranne nel caso di impossibilità sopravvenuta. La significativa limitazione in termini di possibile risoluzione del contratto ha come obiettivo quello di garantire il più possibile l'attuazione del programma: alla centralità del programma destinatorio consegue, infatti, la necessità di una sua permanente vincolatività affinché lo stesso sia stabile<sup>54</sup>.

Tale previsione, sebbene a prima vista peculiare, risulta coerente con la struttura tipica del trust, sia in quanto atto unilaterale sia quale istituto che, al fine di garantire la maggior continuità nella gestione dei beni presenti nel fondo, prevede meccanismi di sostituzione del *trustee*. Tale dato non è certo sfuggito al legislatore sanmarinese che, sempre al fine di garantire il perseguimento del programma destinatorio, ha inserito le disposizioni di cui agli artt. 5 (rubricato 'Attuazione del programma destinatorio') e 6 (rubricato 'Obbligazioni dell'affidatario'). In particolare, la prosecuzione del rapporto viene ulteriormente garantita dalla possibilità in capo all'affidatario di sostituire altri a sé nei rapporti derivanti dal contratto, sia liberamente sia previo consenso dell'affidante o dei soggetti dallo stesso designati (art. 6, comma 4), nonché dal sistema di autorizzazioni delineato nel contratto in virtù del quale un soggetto diverso dall'affidatario può compiere atti con effetti reali sul patrimonio affidato (art. 5).

Le predette disposizioni, analizzate complessivamente, producono – sebbene con riferimenti concettuali di diritto civile – le stesse conseguenze che si configurano nel diritto dei trust in caso di morte, revoca, dimissioni o incapacità del *trustee*, ossia la continuazione del rapporto giuridico in essere in capo ad altro soggetto senza che ciò vada in alcun modo ad inficiare il patrimonio affidato ed il suo scopo<sup>55</sup>.

Parimenti interessanti sono i primi due commi dell'art. 6, nei quali il caposaldo viene tradotto 'civilisticamente' nell'obbligo in capo all'affidatario di comportarsi secondo correttezza e buona fede. Viene specificato, inoltre, che l'affidatario, nell'adempire alle proprie funzioni «(a) agisce quale fiduciario, tenuto a soddisfare esclusivamente interessi altrui; (b) usa la diligenza che un soggetto avveduto userebbe nelle medesime circostanze rispetto a beni propri; (c) se svolge professionalmente l'attività di affidatario, impiega la competenza che è ragionevole attendersi da un professionista» (art. 6, comma 2).

Sempre nel confronto tra *trustee* e affidatario, preme osservare come la legge oggetto di disamina affronta il tema della responsabilità dell'affidatario verso terzi: il legislatore sanmarinese ha infatti seguito, seppur estendendo la responsabilità a obbligazioni originate da qualunque fonte, il *trend* della più avanguardistica

<sup>54</sup> A. VICARI, *Il contratto di affidamento fiduciario nella legge di San Marino*, in A. BARBA, D. ZANCHI, *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, 2012, 211.

<sup>55</sup> M. LUPOI, *op. ult. cit.*, 469 ss. L'Autore prosegue affermando che «[p]er vero, le disposizioni sammarinesi sono più efficienti perché consentono il passaggio del patrimonio affidato anche senza il concorso della volontà dell'affidatario o dei suoi eredi e senza necessità di provvedimento giudiziale».



legislazione sui trust, prevedendo una limitazione della responsabilità dell'affidatario al solo patrimonio affidato. Nel caso in cui, poi, l'affidatario non dovesse fare menzione della propria qualità prima di assumere contrattualmente un'obbligazione, lo stesso risponderà anche con le proprie sostanze, potendo solo successivamente agire in rivalsa sul patrimonio affidato (art. 9, comma 3).

Da ultimo interessante notare come, invece, in tema di atti compiuti dall'affidatario in assenza di poteri o nel caso di atti *ultra vires*, non risultando applicabili i rimedi propri degli ordinamenti di *equity*, la legge sanmarinese prevede che il terzo che contrae con l'affidatario abbia il diritto di esigere in qualsiasi momento che quest'ultimo giustifichi i propri poteri e fornisca copia di quanto disposto nel contratto di affidamento fiduciario.

L'avanguardia sanmarinese in materia di fiducia non si esaurisce con le due leggi fino ad ora analizzate, l'una ispirata al modello internazionale di trust (l. n. 42/2010) e l'altra a creare uno strumento di *civil law* idoneo ad entrare in competizione con il trust (l. n. 43/2010). Il legislatore, infatti, con legge costituzionale 26 gennaio 2012, n. 1, ha istituito la Corte per i trust ed i rapporti fiduciari con la finalità di offrire risposte pertinenti ed adeguate a questa materia di nicchia.

La Corte ha competenza «*per tutti i casi e le controversie in materia di rapporti giuridici nascenti dall'affidamento o dalla fiducia, quali trust, affidamento fiduciario, fedecommesso, istituzioni di erede fiduciario, ed istituti simili, da qualunque ordinamento regolati [...]*» (art. 1 l. cost. 26 gennaio 2012, n. 1).

Il legislatore sanmarinese, preso atto della necessità di giuristi estremamente qualificati sotto il profilo scientifico e professionale così da poter dare alle parti soluzioni appropriate ed appaganti, ha così istituito una corte che, seppur esercita una giurisdizione ordinaria, gode di un significativo grado di autonomia rispetto al Tribunale.

A fianco a tale esigenza, si è probabilmente avvertita l'esigenza di emulare ciò che accade negli ordinamenti di *equity* in cui il giudice da sempre svolge un ruolo chiave nella vita del trust, affiancando così al trust e agli altri strumenti fiduciari sanmarinesi un organo giudicante che assume anche una funzione di supporto per il *trustee*/affidatario nello svolgimento del suo ruolo. Infatti, i *trustee* che operano negli ordinamenti di *equity* sono soliti frequentare le aule di giustizia potendo ricorrere al giudice laddove ne avvertissero il bisogno durante il loro ufficio; tale facoltà è quella che nella prassi è chiamata *inherent jurisdiction* consistente in un «*insieme di poteri non determinati e non definiti, ma che consentono al giudice di intervenire sotto molteplici profili nella vita del trust*»<sup>56</sup>. Ad esempio, l'art. 7 del decreto delegato 30 settembre 2013, n. 128, che fornisce alla Corte la possibilità di adottare misure cautelari e provvisorie, sembra riflettere il potere di emettere ordini di fare e di non fare delle corti di *equity* attraverso l'utilizzo delle *injunction*. Tali strumenti processuali, che possono avere contenuto assai vario, risultano particolarmente efficaci in quanto consentono, con un ampio margine di discrezionalità in capo al giudice, interventi individualizzati per far fronte alle esigenze emergenti nei diversi casi concreti, derogando, così, alla tipicità della tutela inibitoria nell'ordinamento sammarinese che risulterebbe troppo rigida in materia di trust e fiducia<sup>57</sup>.

5. – La ratifica della Convenzione dell'Aja da parte dell'Italia ha comportato una sempre maggior diffusione dello strumento del trust, che è culminata nello sviluppo del cosiddetto 'trust interno'. Tale categoria è

<sup>56</sup> S. D. PUGGIONI, *Il ruolo del giudice italiano nella vita del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2018, 267.

<sup>57</sup> Sul punto e per una più approfondita disamina sulla Corte per i trust ed i rapporti fiduciari di San Marino cfr. V. PIERFELICI, *La corte per il trust a San Marino*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2016, 5 ss.



oggi comunemente impiegata per designare un trust i cui elementi significativi sono collegati al nostro ordinamento giuridico, ma che è disciplinato da una legge straniera. Inizialmente, tuttavia, la figura del ‘trust interno’ non venne sostenuta ed accolta dalla dottrina, preoccupata dalle ripercussioni che un istituto come il trust avrebbe potuto avere sull’ordinamento giuridico<sup>58</sup>.

Nello specifico, principale oggetto di discussione fu l’apparentemente problematico impatto del trust sulla garanzia patrimoniale generica *ex art. 2740 cod. civ.* e sul principio del numero chiuso dei diritti reali. Tali obiezioni, tuttavia, sono rimaste circoscritte ad orientamenti dottrinali e giurisprudenziali di carattere minoritario. Difatti, è stato agevole contro-argomentare che la stessa garanzia patrimoniale generica non è da assurgere al rango di supremo (e quindi inderogabile) principio di ordine pubblico economico in quanto, proprio l’art. 2740 cod. civ., al comma 2, prevede che la responsabilità del debitore possa subire delle limitazioni, laddove previsto dalla legge. Il nostro ordinamento, infatti, già conosce limitazioni in questo senso, come, ad esempio, la disciplina del fondo patrimoniale, l’istituto dell’accettazione di eredità con beneficio di inventario o, ancora, i vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter cod. civ.* ed i patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex art. 2447-bis ss. cod. civ.*<sup>59</sup>. Ecco, dunque, che ci si è interrogati se la Convenzione dell’Aja, oltre a contenere norme di diritto internazionale privato, possa qualificarsi come strumento di diritto materiale uniforme, con la conseguenza di trasformarsi, a seguito di ratifica, in vera e propria normativa interna<sup>60</sup>. Tale interrogativo è stato risolto positivamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente, le quali rinvergono nel disposto dell’art. 11 della Convenzione dell’Aja il dato normativo giustificativo che legittima il generarsi di un patrimonio separato ogni qualvolta si istituisca un trust interno dotato delle caratteristiche che lo rendono riconoscibile ai sensi della Convenzione<sup>61</sup>. Pertanto, l’art. 11 della Convenzione dell’Aja, successivo e speciale rispetto alla disposizione codicistica, «*ben può costituire l’eccezione (di fonte legislativa) al principio della responsabilità illimitata*»<sup>62</sup>.

In altre parole, la Convenzione dell’Aja protegge il fenomeno di segregazione patrimoniale che si genera con l’istituzione di un trust mediante l’utilizzo di norme che, una volta completato il processo ratifica, sono a tutti gli effetti norme di diritto interno<sup>63</sup>.

Ancora, con riferimento agli altri richiamati profili di problematicità, è possibile sostenere che la posizione giuridica del *trustee* coincida con l’ordinario diritto di proprietà e, pertanto, non si andrebbe a creare alcun nuovo diritto reale. Altresì da respingere è l’obiezione secondo cui il trust possa configurarsi come strumento idoneo a porre in essere pratiche elusive e frodi nei confronti dei creditori, in quanto l’atto di disposizione dei beni in trust è soggetto ad azione revocatoria *ex art. 2901 cod. civ.* come qualsiasi altro atto di alienazione.

Tali obiezioni, infatti, erano più che altro incomprensioni dovute, come si è avuto modo di osservare, agli inevitabili ostacoli che ineriscono alla fase iniziale della circolazione di un modello giuridico e risultano ad oggi superate: la legittimità del trust interno, infatti, alla luce delle considerazioni sopra esposte, non rappresenta più un tema di discussione per la dottrina e la giurisprudenza prevalente.

A seguito della ratifica della Convenzione dell’Aja, infatti, è stato possibile riconoscere in Italia i trust che presentavano i requisiti di cui agli articoli 2 e seguenti. Nonostante ciò, non è mai stata introdotta nell’ordinamento italiano una norma regolatrice dell’istituto, tanto che per la *governance* interna del trust (per la

<sup>58</sup> Per una più diffusa trattazione degli argomenti “negazionisti” del trust interno cfr. A. BUSANI, *op. cit.*, 79 ss.

<sup>59</sup> Cfr. A. BUSANI, *op. cit.*, 124 ss.

<sup>60</sup> Cfr. A. BUSANI, *op. cit.*, 80 ss.

<sup>61</sup> Cfr. A. BUSANI, *op. cit.*, 127.

<sup>62</sup> Si veda, *ex multis*, Trib. Verona 8 gennaio 2003 e Trib. Bologna, 1° ottobre 2003.

<sup>63</sup> Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, 87.





cosiddetta *proper law of the trust*) è necessario, come si è già avuto modo di osservare, rifarsi ad una legislazione straniera. Visti l'accoglimento e la conseguente diffusione dei trust interni, si avverte nell'ordinamento l'urgenza di predisporre un'organica regolamentazione del trust. Tale esigenza è confluita dapprima all'interno del disegno di legge delega n. 1151 del 2019, nella cui relazione si osserva che i trust interni sono ormai «una realtà con la quale gli operatori giuridici si trovano quotidianamente a confrontarsi, con notevoli incertezze dovute al fatto che la legge regolatrice va necessariamente rinvenuta in ordinamenti stranieri»<sup>64</sup>. L'art. 1, comma 1, lett. p)<sup>65</sup> invita infatti il Governo a predisporre una disciplina interna, nel rispetto dei principi dell'ordinamento, per la costituzione ed il funzionamento del trust, che inglobi e superi, in maniera coerente ed organica, i già menzionati frammentari tentativi di legificazione (principalmente in materia tributaria) in tema e chiarisca i rapporti dell'istituto con l'art. 2645-ter cod. civ.<sup>66</sup>. Per il vero, il progetto del disegno di legge delega è ancor più ampio dal momento che si propone, alla luce di esempi in altri ordinamenti europei, di fornire altresì una «disciplina sistematica della fiducia e delle sue applicazioni contrattuali, che garantisca in primo luogo un'adeguata tutela dei beneficiari»<sup>67</sup>, disciplina purtroppo assente all'interno del codice civile, nonostante, come già osservato, alcune tipologie di affidamenti fiduciari non siano sconosciute all'ordinamento italiano. Il comma 2 prevede, invece, che i decreti legislativi siano adottati entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro della giustizia. Il disegno di legge delega è, tuttavia, ancora pendente innanzi al Parlamento<sup>68</sup> e sarà dunque interessante osservare, in futuro, come si muoverà il Governo all'interno di tale ambizioso progetto.

Un passo forse più concreto, però, è riscontrabile nel disegno di legge Riccardi sull'affidamento fiduciario. Il d.d.l. 5 agosto 2019, n. 1452 intitolato 'Disposizioni sul negozio di affidamento fiduciario', mira infatti a colmare la lacuna normativa presente in Italia e a dare attuazione ai riferimenti sul contratto fiduciario contenuti nella l. 22 giugno 2016, n. 112. Nel perseguimento di tali finalità, il citato d.d.l. presenta un approccio del tutto innovativo: invece di 'tradurre' il trust come quasi tutti gli ordinamenti che hanno legiferato in materia, esso prova a percorrere un'altra strada, dando vita ad una figura giuridica interamente appartenente alla *civil law*, quella del contratto di affidamento fiduciario. Ciò in continuità con la l. 112/2016 (c.d. 'Dopo di Noi'), che ha menzionato il contratto di affidamento fiduciario al fianco del trust, evidenziandone la corrispondenza funzionale, nonché sulla falsariga della vicina esperienza sanmarinese e, nello specifico, della disaminata l. 1° marzo 2010, n. 43.

Il contratto di affidamento fiduciario<sup>69</sup>, che può avere sia natura *inter vivos* sia un'origine testamentaria, viene definito in termini di 'programma' che «l'affidatario fiduciario si obbliga ad attuare impiegando uno o

<sup>64</sup> Relazione al disegno di legge delega n. 1151/2019.

<sup>65</sup> D.d.l. delega n. 1151/2019, art. 1, comma 1: «Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] p) disciplinare le modalità di costituzione e di funzionamento del trust e degli altri contratti di affidamento fiduciario, garantendo un'adeguata tutela dei beneficiari».

<sup>66</sup> L'art. 2645-ter è stato introdotto nel codice civile italiano dall'art. 39-*nonies* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito, con modificazioni, nella L. 23 febbraio 2006, n. 51. La discussione sui rapporti fra il trust e gli altri vincoli di destinazione ex art. 2645-ter è affrontata all'interno del terzo capitolo della presente ricerca.

<sup>67</sup> Relazione al disegno di legge delega n. 1151/2019.

<sup>68</sup> Il sito web del Senato della Repubblica riporta il testo d.d.l. come 'in corso di esame in commissione' al link <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/51488.htm>.

<sup>69</sup> Cfr. *amplius* M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2014; M. LUPOI, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust*, in *Fondazione Italiana del Notariato e-library*, 2017.



*più beni in favore di uno o più beneficiari [...]»* (art. 1). Tale compito può essere svolto con l'ausilio di un garante, che andrebbe a ricoprire il classico ruolo svolto dal guardiano nel trust. La previsione e l'importanza conferita al 'programma', cui l'affidatario si impegna a dare attuazione, permette di risolvere la problematica della mancanza di 'causa' nel trust, in quanto non contemplabile negli ordinamenti di *civil law*. Analogamente alla struttura delineata nella legge sammarinese, il programma diventerebbe dunque il pilastro fondante del contratto di affidamento fiduciario, assurgendo a causa giustificatrice dello stesso.

Il progetto di legge prevede, inoltre, che l'affidatario sia domiciliato o svolga la sua attività di amministrazione e gestione in Italia, in modo da assicurare a tutte le parti coinvolte l'efficienza della tutela giurisdizionale<sup>70</sup>. La segregazione patrimoniale prodotta dal trust è assicurata dall'art. 3 del d.d.l. il quale prevede che il patrimonio affidato sia distinto da quello del soggetto affidatario.

Tratteggiati i profili essenziali del contratto di affidamento fiduciario, il d.d.l., al capo II, prevede interessanti disposizioni mirate all'attuazione del programma destinatorio. Oltre a fornire la possibilità di subordinare il compimento di taluni atti da parte dell'affidatario al preventivo consenso dell'affidante o del garante (art. 7), vengono previste delle specifiche obbligazioni di condotta in capo all'affidatario che, in linea generale, dovrà comportarsi secondo correttezza e buona fede (art. 8).

È interessante notare come i *fiduciary duties* del *trustee* nei confronti dei beneficiari vengano qui riflessi nel più ampio principio di buona fede di cui agli artt. 1337 e 1375 cod. civ., che permea tutte le fasi del rapporto contrattuale e si estrinseca altresì nei parametri qualificati della diligenza, correttezza e trasparenza professionale.

Analogamente a quanto previsto nella legge sanmarinese, nel d.d.l. si rinviene un divieto di proporre azione di risoluzione del contratto nei confronti dell'affidatario fiduciario. Ciò sempre nell'ottica di garantire l'attuazione del programma fino al suo effettivo compimento.

I terzi che contraggono con l'affidatario fiduciario possono soddisfarsi soltanto sul patrimonio affidato, ma l'affidatario fiduciario risponde anche con il proprio patrimonio, con diritto di rivalsa, qualora non abbia fatto menzione della propria qualità prima di assumere una obbligazione (art. 11). Viene così riflessa la stessa disciplina presente nella legge di San Marino, con evidenti limitazioni rispetto a come la responsabilità del *trustee* è concepita negli ordinamenti di origine.

È interessante notare, inoltre, come l'affidante, che rappresenta la controparte contrattuale dell'affidatario, possa ritenere poteri non contemplabili, invece, per il disponente di un trust, esposto, come ben noto, al rischio di vedersi opposta la contestazione circa un possibile *sham trust*. Risulta possibile, inoltre, circostanza impensabile nel diritto dei trust, inserire i beneficiari come parte contrattuale, con rilevanti conseguenze sulla vita del rapporto giuridico<sup>71</sup>.

Un punto indubbiamente di merito del disegno di legge è la parte in cui, con l'intento di affiancare alle disposizioni tributarie di cui alla richiamata legge sul 'Dopo di Noi' le opportune previsioni civilistiche in merito agli istituti nella stessa richiamati, vengono previsti e favoriti i contratti di affidamento fiduciario in favore di soggetti c.d. deboli (art. 15). Una tale previsione, se attuata, contribuirebbe a rompere la tendenza di discontinuità che ha caratterizzato la produzione legislativa italiana in materia di trust, in cui alle disposizioni in materia tributaria non sono mai opportunamente seguiti degli interventi di carattere civilistico.

Come già osservato, il giudice ricopre un ruolo chiave durante la vita del trust. Particolarmente innovative

<sup>70</sup> Relazione al d.d.l. 5 agosto 2019, n. 1452, 3.

<sup>71</sup> M. LUPOI, *I nuovi scenari della fiducia e della destinazione patrimoniale*, in *Fiducia e Destinazione Patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, Bologna University Press, 2022, 106.



nello scenario italiano risultano, dunque, le disposizioni del Capo IV del d.d.l. sulla tutela dei diritti e, in particolare, quelle concernenti la competenza del tribunale in materia di affidamento fiduciario (art. 21), le quali mirano ad attribuire al giudice ampi poteri ispirandosi così al modello della *'inherent jurisdiction'* delle corti inglesi. Si pensi, a titolo esemplificativo, il potere di integrare, modificare o eliminare disposizioni del contratto se ciò appare utile per la migliore attuazione del programma o, ancora, il potere di impartire direttive all'affidatario fiduciario su richiesta di quest'ultimo o di qualsiasi soggetto interessato.

Tale aspetto assume un grande valore all'interno della proposta legislativa in quanto il tema della tutela dei diritti dei beneficiari in sede giurisdizionale è sempre stato trascurato (fatta salva l'eccezione della Repubblica di San Marino come pocanzi osservato) dagli ordinamenti che si sono approcciati a replicare il trust, producendo «*effetti nefasti sull'appetibilità degli istituti giuridici da essi regolamentati*»<sup>72</sup>.

Il contratto di affidamento fiduciario, dunque, potrebbe non solo porsi in competizione con il trust ma presentarsi addirittura come strumento più efficiente e ciò in quanto tale fattispecie contrattuale risulterebbe il «*prodotto del laboratorio della comparazione giuridica*» mentre il trust sarebbe il «*prodotto della storia*»<sup>73</sup>. Lo sviluppo del richiamato disegno di legge offrirebbe infatti al diritto civile italiano «*una traccia per il progresso e per l'ingresso con pari dignità nel consesso degli ordinamenti giuridici ai quali gli altri guardano per il proprio sviluppo*».

Il disegno di legge si trova, tuttavia, nella fase embrionale del suo iter parlamentare e sarà necessario, dunque, attendere il legislatore per vedere se e in quali termini la sua portata innovativa verrà (auspicabilmente) recepita. Ad ogni buon conto, una normazione di tale portata rappresenterebbe l'opportunità per l'Italia di guidare altri ordinamenti di *civil law* verso una disciplina del trust compatibile con la loro tradizione giuridica e, come osservato nella stessa Relazione alla proposta, di tornare ad essere esportatrice – e non solo importatrice – di innovazione legislativa.

---

<sup>72</sup> Relazione al d.d.l. 5 agosto 2019, n. 1452, 3.

<sup>73</sup> M. LUPOI, *op. ult. cit.*, 106.



GAETANO ANZANI

Dottore di ricerca – Università degli Studi di Pisa

## RAGGIO PROTETTIVO E FUNZIONI DELLE DUE SPECIE DI RESPONSABILITÀ CIVILE

SOMMARIO: 1. Responsabilità civile in senso lato come apparato di rimedi per la lesione di interessi giuridicamente rilevanti: tipologie e possibili funzioni della tutela. – 2. Antiche ricostruzioni della responsabilità da fatto illecito e della responsabilità da inadempimento come sanzioni per la violazione di un “dovere”. – 3.1. Progressivo superamento della qualificazione formale dell’interesse leso e della centralità di un dovere violato. Ruolo dell’“ingiustizia” nell’art. 2043 cod. civ. – 3.2. Ruolo dell’ingiustizia nell’art. 1218 cod. civ. La responsabilità da inadempimento quale species della responsabilità da fatto illecito. – 4. Divergenza tra gli artt. 2043 e 1218 cod. civ. sotto il profilo dei criteri d’imputazione. – 5.1. Varietà dei criteri d’imputazione nelle fattispecie settoriali di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. – 5.2. Fattispecie di responsabilità maggiormente rigorose per il criterio di imputazione o per l’irrelevanza della colpevolezza. – 6. “Garanzia” e “violazione del contratto” come istituti che prescindono da un inadempimento in senso tecnico. – 7. I c.d. “danni punitivi”. – 8. Conclusioni. Interessi meritevoli di protezione quale baricentro delle due specie di responsabilità e attuale connotazione funzionale di entrambe. Dolo e colpa quali forme non sempre indifferenti di colpevolezza.

1. – Gli interessi rilevanti per l’ordinamento giuridico<sup>1</sup> sono suscettibili di lesioni, che potrebbero generare danni. La responsabilità civile in senso lato<sup>2</sup> offre rimedio a questi ultimi<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Un bisogno è un’entità pregiuridica che risulta dalla razionalizzazione dell’istinto individuale, ma una norma di diritto può riconoscere l’importanza del bisogno e trasformarlo nel sostrato reale di un’entità giuridica, ossia dell’“interesse” riferibile ad un soggetto giuridico. L’interesse «astrattamente identificato dalla norma e pertanto rilevante per il diritto», dunque, è la tensione positivamente rilevante verso un “bene della vita” in grado di appagare un’esigenza umana, e la norma ha il ruolo «di regola ordinante e di criterio risolutore di possibili conflitti» (così L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, VI ed., IX, Torino, 1993, 537). Per una trattazione sul concetto assai complesso di “bene”, v. M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadr.*, 1987, 607.

Un conflitto tra interessi composto da qualche norma dell’ordinamento giuridico, d’altronde, è il comun denominatore di tutte le “situazioni giuridiche soggettive”, le quali esprimono «un modo di essere di un soggetto rispetto a un conflitto», ossia – guardando al fenomeno da una diversa angolazione – «un modo di atteggiarsi della norma in suo confronto» (così F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 56). In questa prospettiva, il “rapporto giuridico”, nell’accezione di «rapporto sociale regolato dal diritto», è la posizione reciproca di due soggetti riconosciuti titolari, rispettivamente, di un interesse preminente e di un interesse recessivo rispetto al medesimo bene (così F. CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, 7).

L’opportunità di fondare la teoria generale del diritto sulla ricerca dell’interesse sotteso alle norme giuridiche è sostenuta, tra gli altri, da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432; ID., *La Costituzione e l’ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 261. Per un’applicazione di tale metodo, v. già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, rist. 1980, 29 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, *passim*; nonché L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile*, I, t. 1, *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, cap. VI; G. DI GIANDOMENICO, *Rapporto giuridico e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, 1543.



L'art. 1223 c.c., dettato in materia di responsabilità contrattuale e richiamato in materia di responsabilità extracontrattuale dall'art. 2056, comma 1, cod. civ., identifica i pregiudizi risarcibili nella «perdita subita» (o «danno emergente») e nel «mancato guadagno» (o «lucro cessante»). Queste espressioni alludono letteralmente a valori patrimoniali, ma vanno intese in un'accezione ampia, che ricomprenda utilità non patrimoniali e giustifichi una nozione altrettanto ampia di «patrimonio»<sup>4</sup>.

Gli strumenti della responsabilità civile – principalmente – colmano il divario tra, da un lato, la situazione in cui il danneggiato viene a trovarsi in seguito all'inadempimento o all'illecito e, dall'altro, quella in cui si sarebbe ragionevolmente trovato se l'aspettativa connessa al suo interesse non fosse rimasta frustrata<sup>5</sup>, ancorché una discutibile opinione tradizionale escluda che la responsabilità aquiliana consenta di collocare il

<sup>2</sup> Com'è noto, la «responsabilità civile in senso lato» comprende sia la responsabilità «da inadempimento» di un'obbligazione, denominata pure «contrattuale», sia la responsabilità «da fatto illecito», denominata pure «extracontrattuale» o «aquiliana» o «civile in senso stretto».

<sup>3</sup> Parte della dottrina distingue correttamente la lesione di un interesse, collegata ad una condotta o ad una situazione lesiva alla stregua di un nesso di «causalità materiale», dal danno in senso lato «risarcibile» che derivi da tale lesione alla stregua di un nesso di «causalità giuridica» (in senso stretto). In questa prospettiva, va osservato che, nell'area della responsabilità extracontrattuale, il termine «danno» ricorre nella formulazione dell'art. 2043 cod. civ. in una duplice accezione, perché una prima volta si trova inserito nella locuzione «danno ingiusto», che pertiene al risultato del «fatto doloso o colposo» (*rectius*, della «condotta colpevole») del danneggiante in base ad un «nesso eziologico materiale» ex artt. 40 e 41 cod. pen., mentre una seconda volta indica l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria, senza aggettivazioni o precisazioni. Più precisamente, sebbene spesso le due accezioni di «danno» – anche in giurisprudenza – vengano confuse ed impropriamente impiegate, il «danno ingiusto» è la lesione «ingiusta» di un interesse, mentre il «danno» menzionato nella seconda parte dell'art. 2043 cod. civ. indica, ex art. 1223 cod. civ., la perdita o la mancata acquisizione di un'utilità che il danneggiato ha subito, nei limiti di un «nesso eziologico giuridico (in senso stretto)», in conseguenza dell'illecita invasione della sua sfera giuridica. In tal senso, v. G. TUCCI, *Il danno ingiusto*, Padova, 1970, 15 ss., ma spec. 48 ss.; nonché D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. 3, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 349; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. della resp. civ.*, diretto da M. FRANZONI, II, II ed., Milano, 2010, 3 ss.

Per una differente impostazione ed un'ulteriore rassegna delle opinioni sulla locuzione «danno ingiusto», v. R. SCOGNAMIGLIO (*Appunti sulla nozione di danno*, in *Scritti in onore di Gioacchino Scaduto*, III, *Diritto civile e diritto romano*, Padova, 1970, 193); nonché A. DE CUPIS (*Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 19 ss., 59 ss., 127 ss.), che identifica l'interesse – non nella tensione verso un bene della vita, bensì già – nell'obiettiva possibilità di soddisfare un bisogno tramite un bene, e A. DI MAJO (*Discorso generale sulla responsabilità civile*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI-P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, IV, t. 3, cit., 5 ss., 34 ss.), Autori i quali sovrappongono il concetto di lesione di un interesse e quello di danno, tanto che sulla base di una tendenziale coincidenza tra danno ingiusto e danno risarcibile affermano la piena corrispondenza di natura, patrimoniale o non patrimoniale, tra interesse leso e pregiudizio conseguente.

La giurisprudenza non dubita della necessità di distinguere tra causalità materiale e giuridica, sebbene pure la prima implichi valutazioni di ordine giuridico: cfr. Cass. civ., 11 ottobre 2021, n. 27526. Per una visione d'insieme, cfr. Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581; nonché, *ex multis*, Cass. civ., 30 novembre 2018, n. 30998.

Tutto ciò che si è detto, *mutatis mutandis*, vale anche per la responsabilità da inadempimento ex art. 1218 cod. civ. Del resto, la disciplina legislativa della responsabilità aquiliana, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 2056, comma 1, cod. civ., è perlopiù la medesima dettata per la responsabilità contrattuale. In materia di responsabilità anche contrattuale, cfr. Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28985.

<sup>4</sup> La *Differenztheorie*, infatti, necessita sul punto di un correttivo alla luce della «teoria normativa» del danno (v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, 150 ss.), nonché del «criterio soggettivo di determinazione del danno» fondato sull'*id quod interest* e del «danno figurativo» (v. M. FRANZONI, *op. cit.*, 115 ss.).

<sup>5</sup> «Di qui il significato di «*interest*» nel senso del far differenza fra l'essere di alcunché in un certo modo e l'essere in altro modo diverso, fra il caso che un dato evento (cui si ha interesse) si verifichi e il caso che non si verifichi, fra il caso che un rischio temuto non si avveri e il caso che si avveri» [così E. BETTI, voce *Interesse (Teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 839]. Favorevole ad un criterio «soggettivo» di misurazione del danno risarcibile è anche A. DE CUPIS, *op. cit.*, I, 330 ss.

Si tratta di concetti elaborati nel corso di millenni a partire dal diritto romano: v. F. PROCCHI, *Dall'«id quod interest» alla costruzione della cd. «Differenzhypothese» ad opera di Friedrich Mommsen*, in *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2011, 483.





danneggiato in una posizione migliore di quella anteriore alla violazione della sua sfera giuridica<sup>6</sup>.

Ai sensi dell'art. 2058 cod. civ., la responsabilità civile, su richiesta del danneggiato e purché sia in tutto o in parte possibile, deve consistere in un "risarcimento in forma specifica" (anche detta "reintegrazione in forma specifica") che elimini le conseguenze materiali della lesione<sup>7</sup>; ma il giudice può disporre un "risarcimento per equivalente"<sup>8</sup> nel caso in cui il primo tipo di tutela risulti eccessivamente oneroso per il responsabile. Ad ogni modo, nell'ipotesi in cui non si possa o voglia adempiere all'obbligazione risarcitoria in forma specifica, il risarcimento andrebbe tradotto in un'entità pecuniaria, pur da liquidare con criteri peculiari improntati al costo della *restitutio in integrum* o al valore d'uso del bene danneggiato<sup>9</sup>.

La generica tutela apprestata dall'istituto della responsabilità, tuttavia, si tinge in concreto di sfumature funzionali diverse<sup>10</sup> a seconda delle circostanze nelle quali l'interesse protetto è stato lesa e, soprattutto, della patrimonialità o non patrimonialità del pregiudizio<sup>11</sup>.

La tutela è propriamente "risarcitoria" in presenza di un danno patrimoniale, che è stimabile attraverso parametri (di solito, "di mercato") con i quali fissare un equivalente monetario oggettivo del bene perso o alterato in conseguenza della lesione illecita.

La funzione del "risarcimento" è o, perlomeno, può essere "compensativa", giacché il denaro rientra nella gamma di valori del bene offeso e sostituisce un'utilità perduta. Il patrimonio del danneggiato, nonostante un'eventuale modificazione qualitativa, viene perfettamente reintegrato sul piano quantitativo<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> In una prospettiva critica, si consenta il rinvio a G. ANZANI, *Interesse positivo e interesse negativo nelle diverse forme di responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1692.

<sup>7</sup> La reintegrazione in forma specifica, pertanto, non è propriamente una reintegrazione del diritto leso.

<sup>8</sup> Com'è noto, si tratta del pagamento di una somma di denaro corrispondente alla stima del pregiudizio subito.

<sup>9</sup> Per una panoramica, v. C. ANGIOLINI, *Risarcimento in forma specifica*, in *Codice della responsabilità civile*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2021, 1548.

<sup>10</sup> La funzione di un istituto giuridico «non è lo scopo, ma quel tanto di scopo che si attua nel risultato[,] cioè che mediante il mezzo può essere raggiunto» (così F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, XIV ss., il quale precisa che «[i]n verità la funzione non è né lo scopo senza il risultato né il risultato senza lo scopo, ma il rapporto o la proporzione tra l'uno e l'altro»).

<sup>11</sup> Sulle tipologie di tutela e sulle funzioni della responsabilità civile, pur con l'avvertenza che in dottrina non vi è uniformità di vedute neanche sulla terminologia, v., in generale, A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 243; più in particolare, G. CRICENTI, *Persona e risarcimento*, Padova, 2005, 169 ss.; G. CLERICO, *Incidente, livello di precauzione e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 271; L. DI BONA DE SARZANA, *Funzioni e modelli giurisprudenziali del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2004, 585; M. FRANZONI, *op. cit.*, 699 ss. Inoltre, v. già le osservazioni di G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII ed., V, Firenze, 1909, 399 ss. Per la pluralità e la differenziazione delle funzioni associabili alla tutela rimediale, v. V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 657.

Sulle funzioni della sanzione penale, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Milano, 2001, 739 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1999, 401 ss.

<sup>12</sup> La categoria delle "sanzioni civili" ricomprende, in senso ampio, tutte le misure sanzionatorie di diritto privato consistenti nella perdita di un diritto o nell'imposizione di un'obbligazione a carico di un privato in seguito alla trasgressione di un precetto giuridico. All'interno di questa categoria, le "sanzioni civili indirette" e le "pene private" implicano entrambe l'obbligo di eseguire una prestazione patrimoniale ed esprimono la fiducia dell'ordinamento verso la capacità di autoregolamentazione della società, ma i due istituti mostrano elementi di diversità: le sanzioni civili indirette, sebbene presuppongano l'iniziativa del privato percettore del vantaggio economico, devono essere previste dal legislatore con riguardo a specifici illeciti civili ed essere irrogate dall'Autorità giudiziaria, giacché tendono a soddisfare pure interessi pubblici o generali; le pene private, invece, oltre a poter essere irrogate dall'Autorità giudiziaria su istanza di un privato, possono essere irrogate da privati a privati senza il necessario intervento degli organi statuali e possono avere fonte contrattuale, ma sono sempre la reazione alla lesione di interessi esclusivamente individuali.

Ad ogni modo, il risarcimento, a differenza di una sanzione, presuppone sempre un concreto pregiudizio, a cui viene ragionevolmente e proporzionalmente commisurato.

Per una panoramica, v. F. EPISCOPO, *Rapporto fra componenti risarcitorie con funzione deterrente e pene private*, in *Codice della responsabilità civile*, cit., 2065.



La tutela è “riparatoria”, invece, in presenza di un danno non patrimoniale, che non è mai convertibile in un’entità monetaria equivalente. In tal caso, una somma di denaro può essere riconosciuta al danneggiato solo in via equitativa, con criteri di liquidazione che scongiurino arbitri giudiziari, e si può parlare di risarcimento – come nel prosieguo si farà – unicamente in senso lato<sup>13</sup>.

La funzione della “riparazione”, in astratto, potrebbe essere “sanzionatoria”<sup>14</sup>, “solidaristica”<sup>15</sup>, “satisfattiva”<sup>16</sup>, “deterrente”<sup>17</sup> oppure “composita”<sup>18</sup>, ma non propriamente compensativa, giacché il denaro ed il bene offeso sono valori tra loro incommensurabili.

Bisogna chiarire, dunque, quali siano le funzioni della tutela risarcitoria e della tutela riparatoria, in generale o in concreto, in entrambe le specie di responsabilità civile<sup>19</sup>.

2. – La distinzione tra responsabilità da inadempimento e responsabilità da fatto illecito è il riflesso di quella tra “obbligazione” – o “obbligo”, se si vuole utilizzare questo vocabolo come sinonimo, pur consci di opinioni difformi – e “doveri”<sup>20</sup>, anche se una precisa definizione di tali situazioni giuridiche soggettive è ardua<sup>21</sup>.

Secondo la tesi più plausibile, l’obbligazione è correlata ad un diritto di credito, che si caratterizza rispetto ad un mero dovere per l’indefettibile patrimonialità e la maggiore specificazione della condotta necessaria, per l’inserimento in un rapporto tra soggetti *a priori* determinati o determinabili (in particolare, per la determinatezza o determinabilità del soggetto che trae beneficio dalla condotta altrui)<sup>22</sup>, nonché per la coercibilità. Se si concentra l’attenzione su quest’ultimo aspetto, il dovere è una regola di condotta che implica *ex post* la responsabilità di chi la trasgredisca, ma non rispecchia in capo al titolare dell’interesse protetto – al contrario di quanto può dirsi per un creditore – il potere di pretendere *ex ante* il comportamento prescritto<sup>23</sup>.

<sup>13</sup> La distinzione tra risarcimento e riparazione è riconosciuta anche da A. DE CUPIS (*Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979, 245 ss.), il quale, però, la respinge per ragioni di opportunità.

<sup>14</sup> Così da punire il responsabile di un illecito anche o almeno sul piano civile.

<sup>15</sup> Così da manifestare “vicinanza” al danneggiato, a cui altrimenti l’ordinamento negherebbe ogni tutela.

<sup>16</sup> Così da garantire al danneggiato almeno un bene alternativo a quello pregiudicato dalla lesione illecita.

<sup>17</sup> Così da spronare i consociati ad astenersi da condotte lesive con la rappresentazione dei “costi” economici ai quali andrebbero incontro se a loro carico sorgessero obblighi riparatori sul piano civile. Il medesimo scopo può essere perseguito tramite la commisurazione della somma monetaria dovuta al danneggiato al vantaggio economico che il responsabile abbia tratto dalla lesione illecita, in modo da azzerare quel vantaggio e rendere inutile il fatto illecito o l’inadempimento (come avviene negli U.S.A. con l’istituto del *discorgement*).

La previsione dell’eventuale responsabilità, comunque, favorisce l’adozione di ogni ragionevole cautela tesa a scongiurare pregiudizi a terzi, almeno nei limiti dell’equivalenza tra i costi delle cautele suggerite dalla diligenza e l’entità del risarcimento o della riparazione che spetterebbe al danneggiato.

<sup>18</sup> Ossia risultante dalla variabile combinazione delle sfumature funzionali appena menzionate.

<sup>19</sup> Sulle plurime funzioni della responsabilità civile, «le quali, a seconda delle mode, sono ora l’una ora l’altra maggiormente in auge», v. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. SACCO, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, 1998, 19 ss.

<sup>20</sup> V. M. GIORGIANNI [*L’obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, rist. 1968, *passim*], il quale afferma (alle pagg. 76 e ss.) che taluni doveri familiari sarebbero «obblighi», e non «obbligazioni», solo per la non patrimonialità del comportamento richiesto. Per evitare eccessive distinzioni classificatorie, in questo lavoro i due predetti vocaboli verranno impiegati come sinonimi.

<sup>21</sup> V. il tentativo di S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91.

<sup>22</sup> Per gli opportuni riferimenti bibliografici sulla sufficienza o meno della determinabilità delle parti di un rapporto obbligatorio, si rinvia a M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 133, nota 119. Secondo M. GIORGIANNI (*op. cit.*, 41 ss.), comunque, le parti dell’obbligazione dovrebbero essere sempre determinate e non soltanto determinabili.

<sup>23</sup> Per considerazioni di teoria generale del diritto, v., per tutti, GIORGIANNI, *op. cit.*, *passim*; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *op. cit.*, I, t. 1, 312 ss.



Stando alle impostazioni classiche<sup>24</sup>, il fatto illecito consisterebbe nella violazione o del generico divieto di *neminem laedere*, o di uno tra plurimi e specifici doveri di astensione – compendiabili nel *neminem laedere* solo sminuendone il significato – a protezione dei diritti soggettivi assoluti oppure, comunque, di situazioni giuridiche soggettive nominate<sup>25</sup>, sicché l’obbligo di risarcire i danni avrebbe una funzione sanzionatoria<sup>26</sup>. La lesione di un diritto infrange, nel contempo, la norma che ne ha attribuito la titolarità e ha implicitamente imposto ai consociati di rispettarlo, sebbene la responsabilità aquiliana possa altresì scaturire dalla violazione di uno specifico precetto, pur non attributivo di diritti, a salvaguardia del soggetto rimasto danneggiato<sup>27</sup> (come nell’integrazione di un reato<sup>28</sup>).

D’altro canto, chi inquadra l’inadempimento nell’illecito extracontrattuale sostiene che la disciplina della responsabilità contrattuale, in fondo, comporterebbe l’apprezzamento dello sforzo del debitore di uniformarsi ad una regola di condotta, tanto che solo l’esito negativo di questo apprezzamento giustificerebbe gli effetti sfavorevoli subiti dall’inadempiente a tutela del creditore<sup>29</sup>.

<sup>24</sup>Basti il rinvio a G. GIORGI, *op. cit.*, V, 217 ss., 276 ss.; F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, nota di commento ad App. Venezia, 5 luglio 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 744; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, rist. 1964, 422 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 98; C. MAIORCA, voce *Colpa civile (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 534; P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell’illecito civile*, in *Jus*, 1960, 342 ss.; P. TRIMARCHI, voce *Illecito (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90; A. DE CUPIS (*op. cit.*, I, 78 ss.; *ID.*, *op. cit.*, II, 16 ss., 232 ss., 263 ss.), secondo cui, tra l’altro, le due specie di responsabilità civile si distinguerebbero, perché nella responsabilità da inadempimento l’obbligazione risarcitoria consisterebbe nella mera modificazione oggettiva del preesistente rapporto giuridico tra le medesime parti, mentre nella responsabilità da fatto illecito l’obbligazione risarcitoria sorgerebbe *ex novo*.

Una sintesi delle principali impostazioni tradizionali è offerta da M. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 416 ss.

<sup>25</sup>Nell’art. 1151 del codice civile del 1865, ed ancor prima nel suo modello costituito dall’art. 1382 del codice civile francese del 1804, si faceva riferimento ad un «danno» che non veniva qualificato «ingiusto» come nell’attuale art. 2043 cod. civ. Nondimeno, era implicito che di «danno» non potesse giuridicamente parlarsi senza la lesione “ingiusta” – cioè mediante atto illecito – di un diritto: la mancanza di tale precisazione si spiega storicamente «ricordando come da Giustiniano in poi il rilievo dato al nuovo requisito soggettivo della colpa ha fatto sì che venisse non certamente messo da parte, ma lasciato in certo modo nell’ombra, l’altro requisito, originario e pur sempre fondamentale» (così G. ROTONDI, *Dalla “lex Aquilia” all’art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, 286).

<sup>26</sup>Una risalente variante dell’alternativa tra primarietà o secondarietà della responsabilità aquiliana era radicata nella discussione sull’autonomia o meno del principio dell’*alterum non laedere*. «In questa versione, si supposeva che il disposto dell’art. 2043 (e prima ancora quello dell’art. 1151 cod. civ. abr.) avesse natura meramente sanzionatoria di un’istanza deontica precedente e da esso presupposta. E ci si chiedeva se tale istanza deontica potesse farsi consistere in un autonomo principio precettivo, quello appunto dell’*alterum non laedere* .... Rappresentarlo come principio autonomo avrebbe significato, infatti, attribuire alla responsabilità il ruolo di tecnica volta a conferire rilevanza giuridica a beni e interessi e, perciò, a (contribuire a) determinare l’ambito della garanzia giuridica riconosciuta ai privati. Mentre dissolverlo nella moltitudine degli obblighi preesistenti avrebbe significato relegarla al ruolo di «tutela esterna» di ciò, e solo di ciò, che è già loro riconosciuto ed in capo a loro protetto dall’ordinamento in altre sedi, ad altri fini e sotto altre forme» (così riassume la questione M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 416).

Secondo G. PACCHIONI (*Diritto civile italiano, Parte Seconda, Diritto delle obbligazioni*, IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, 49), peraltro, il primo dei doveri sociali è sì un dovere di astensione, in quanto *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*, «[m]a poiché i singoli devono venire in rapporti molteplici gli uni con gli altri, al dovere negativo generale di astensione deve necessariamente aggiungersi un dovere positivo di riguardo per i legittimi interessi dei propri consociati (...) in conformità ai più generali precetti del *neminem laedere*, dell’*honeste vivere*, del *suum cuique tribuere*».

<sup>27</sup>V. P.G. MONATERI, *op. cit.*, 198 ss. V., inoltre, già G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa contrattuale*, II ed., Torino, 1897, I, nota 1, 27.

<sup>28</sup>Cfr. Cass. civ., 11 febbraio 1995, n. 1540, nella banca dati *on line* del sistema *DeJure*.

<sup>29</sup>Per questa prospettiva, v. C.M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di V. SCIALOJA, G. BRANCA, sub artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 1967, 79.

In senso analogo, v. anche L. BARASSI (*op. cit.*, II, 439 ss.), il quale sottolinea, però, che una differenza sta in ciò, «che nei generali rapporti individuali il dovere giuridico di contegno corretto non è scritto espressamente ma tuttavia è una imprescindibile esigenza».



Taluno è giunto ad affermare che, in area extracontrattuale, «[i]l soggetto portatore dell'interesse subordinato non ha facoltà di scelta tra il comportamento necessario per la salvezza dell'interesse prevalente ed il risarcimento», bensì «è tenuto primariamente ad osservare quel comportamento, rispettando il precetto»<sup>30</sup>. Analogamente, non è mancato chi, dopo aver respinto la qualificazione dell'obbligo come «dovere libero» anziché come «dovere giuridico», ha ritenuto equiparabile la responsabilità contrattuale a quella extracontrattuale per l'intensità del precetto violato e ha asserito che, nell'ambito della prima, «l'obbligo del risarcimento non è soltanto *condizionato* dall'inadempimento del debitore, non è un dovere alternativo che nasce ove l'altro dovere non sia adempiuto, ma è una *conseguenza* dell'inadempimento», giacché «il debitore non ha una scelta, ma *deve* adempiere»<sup>31</sup>. Tuttavia, sono opinioni che paiono idealistiche ed ineffettive. In realtà, a parte la tutela inibitoria o quella esecutiva, niente impedisce che taluno realizzi un illecito aquiliano o un inadempimento, sebbene debba sobbarcarsi il costo del risarcimento spettante al danneggiato.

La distinzione tra le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in seno ad un'aggregante figura di illecito civile, peraltro, è irriducibile al tipo di dovere violato, perché i rispettivi meccanismi di individuazione del responsabile sono eterogenei. L'art. 2043 cod. civ. richiede di valutare la lesione inferta dal danneggiante con molta attenzione all'elemento soggettivo, in quanto l'illecito aquiliano sostanzia un'ingerenza nella sfera altrui. L'art. 1218 cod. civ., invece, richiede di valutare l'attività del debitore con criteri più oggettivi, in quanto la prestazione idonea a soddisfare l'interesse del creditore, ai sensi dell'art. 1175 cod. civ., va determinata alla stregua della buona fede oggettiva<sup>32</sup> (che, però, si rivolge ad entrambe le parti del rapporto obbli-

---

za della convivenza sociale; ogni individuo ha un diritto proprio alla loro osservanza per parte degli altri. ... Dall'altra parte invece (contratto ecc.) troviamo doveri giuridici chiaramente espressi: per lo più doveri contrattuali ...».

Secondo M. GIORGIANNI [voce *Inadempimento (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 888], ancora, «può affermarsi che l'«imputabilità» dell'inadempimento costituisce il necessario presupposto del solo risarcimento del danno. L'art. 1218 si pone, perciò, esattamente sullo stesso piano dell'art. 2043 che regola le conseguenze della responsabilità cosiddetta extracontrattuale. ... [I] rimedi posti a disposizione del creditore hanno un diverso presupposto a seconda che colpiscano la violazione del dovere consumata dal debitore, o tentino invece di realizzare l'interesse del creditore. ... Peraltro, anche sul terreno della responsabilità cosiddetta extracontrattuale è dato cogliere una analoga distinzione. Così, i rimedi diretti alla reintegrazione del diritto assoluto (come ad esempio l'azione di revindica) prescindono dalla «colpa» del violatore ovvero dalla «imputabilità»; quest'ultimo presupposto, che l'ordinamento valuta talora in termini di assenza della «buona fede»[,] rileva invece ai fini del risarcimento del danno, o a fini analoghi (restituzione dei frutti, rimborsi per spese, ecc.). Una puntuale applicazione può vedersi anche in tema di concorrenza sleale, in cui i rimedi disposti dal giudice per inibirne la continuazione e per eliminarne gli effetti prescindono, a differenza del risarcimento del danno, dalla colpa dell'autore (art[t]. 2599 e 2600 cod. civ.); ed altresì in tema di abuso dell'immagine altrui (art. 10 cod. civ.), e di tutela dei diritti di autore e di brevetto. In definitiva, dunque, sotto il rilevato punto di vista, si assiste ad una significativa confluenza di principi nel campo più ampio dell'illecito civile».

Inoltre, v. P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 91 ss.

Anche nel sistema di *common law* inglese è ancora diffusa l'opinione secondo cui la responsabilità da *contract* e da *tort*, pur nella diversità delle fonti, avrebbe un'origine comune. Si ritiene che ogni forma di responsabilità derivi, in alternativa, dalla violazione di un'obbligazione oppure di un dovere preesistenti, cosicché nel binomio verbale *obligation*, riferito al *contract*, e *duty*, riferito al *tort*, andrebbe colta «l'imprecindibilità dell'osservanza dell'una o dell'altro e, quindi, la costruzione in senso doveristico, cioè di centralità della situazione soggettiva passiva, della responsabilità civile» (così M. SERIO, *La responsabilità civile e la stagione dei doveri*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 403, il quale aggiunge che «[c]iò che differenzia ... le due figure è la fonte dell'*obligation* o del *duty* violato: l'accordo o la legge»).

<sup>30</sup> Così A. DE CUPIS, *op. cit.*, II, 19.

<sup>31</sup> Così M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., 18 ss.

V. anche F. CARNELUTTI (*Appunti sulle obbligazioni*, I, *Distinzione fra diritti reali e diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 541 ss.), secondo cui non è vero «che per lo più, se il debitore *non vuole*, finisce per non prestare al creditore ciò che *deve*», giacché il contenuto essenziale dell'obbligazione consisterebbe nell'imposizione al debitore di tollerare nella sua sfera giuridica l'invasione del creditore, il quale potrebbe soddisfarsi in forma specifica o per equivalente sul patrimonio dell'obbligato.

<sup>32</sup> V. G. TUCCI, *op. cit.*, 128 ss. In coerenza con lo stereotipo dei doveri di protezione, v. già U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 57 ss.



gatorio ed è in grado di far transitare nel sistema privatistico i principi costituzionali, tra i quali la solidarietà ex art. 2 Cost.<sup>33</sup>).

**3.1.** – A dispetto delle antiche ricostruzioni, il diritto vivente e parte della dottrina riconoscono all'art. 2043 cod. civ., incentrato sul filtro dell'“ingiustizia”, il rango di «clausola generale», la quale protegge con gli strumenti della responsabilità aquiliana, attraverso un'integrazione valutativa a cura dell'interprete, interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, vale a dire rilevanti in base ad indici legislativi ancorché spogli della veste formale di una situazione giuridica soggettiva<sup>34</sup>. Più precisamente, il filtro dell'ingiustizia seleziona, tra tutti gli interessi (solo) giuridicamente rilevanti, quelli che appaiano altresì meritevoli di una tutela risarcitoria<sup>35</sup>.

Malgrado persistenti contrasti dottrinali, è stato osservato che la buona fede e/o la correttezza orientano l'ingiustizia. Gli artt. 1175 e 1375 cod. civ., rispettivamente, riferiscono la correttezza all'attuazione delle obbligazioni e la buona fede all'esecuzione dei contratti, ma questi concetti, nella radicata cultura giuridica europea, formano ormai un'endiade di sinonimi<sup>36</sup> e, per molti, esprimono un'altra ed unitaria clausola gene-

<sup>33</sup> In dottrina, v. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. CICU, F. MES-SINEO, continuato da L. MENGONI, XVI, t. 1, *Il comportamento del creditore*, Milano, 1974, *passim*; S. RODOTÀ (*Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 111 ss.), il quale (alle p. 132 ss.) precisa che la portata della buona fede si estende anche alle obbligazioni di fonte non negoziale; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Cod. Civ. V. Scialoja-G. Branca*, a cura di F. GALGANO, *sub artt.* 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, 116 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, spec. 543 ss.

In giurisprudenza, la solidarietà, tramite la buona fede, è stata posta a fondamento dei *revirement* sulla rilevanza *ex officio* della manifesta eccessività della penale ai sensi dell'art. 1384 cod. civ. [cfr. Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128 (in *Corr. giur.*, 2005, 1534, con nota di A. DI MAJO), alla quale ha fatto seguito Cass. civ., 28 settembre 2006, n. 21066 (in *Corr. giur.*, 2007, 46, con nota di F. AGNINO)], sulla non frazionabilità in plurime richieste di adempimento della tutela giurisdizionale per un unico credito, o per i distinti crediti relativi al capitale ed agli interessi, ad opera del creditore (posto che la portata della buona fede investe altresì l'eventuale fase della tutela processuale delle situazioni soggettive che trovano causa nel contratto) [per la prima ipotesi, cfr. Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 458, con note di A. FINESSI e F. COSSIGNANI) e Cass. civ., 22 dicembre 2011, n. 28286 (in *Danno e resp.*, 2012, 1123, con nota di A. Rossi); per la seconda ipotesi, cfr. Trib. Foggia, 3 febbraio 2012 (in *I contratti*, 2012, 803, con nota di G. PETTI)], sull'efficacia solutoria del pagamento mediante titoli di credito [cfr. Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Corr. giur.*, 2008, 500, con nota di A. DI MAJO] e sulla domanda di accertamento selettivo delle nullità dei singoli ordini di investimento in caso di nullità protettiva del contratto quadro per mancanza di forma (cfr. Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314). Cfr. anche Cass. civ., 18 ottobre 2004, n. 20399, in *I contratti*, 2005, 429, con nota di M. SELVINI.

<sup>34</sup> Il lungo percorso verso il riconoscimento nell'art. 2043 cod. civ. di una clausola generale è culminato con la storica seppur contraddittoria Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con osservazioni di A. PALMIERI e R. PARDOLESI; in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 1241, con note di S. AGRIFOGLIO e C. CASTRONOVO.

In proposito, si rinvia in dottrina a F.D. BUSNELLI (voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, ma agg. 1991, 7 ss.; ID., *Lesione di interessi legittimi: dal “muro di sbarramento” alla “rete di contenimento”*, in *Danno e resp.*, 1997, 269), il quale condivide l'alternativa della clausola generale, già accolta tra gli altri da S. RODOTÀ (*Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 79 ss.), che la ancora al principio di solidarietà, e da G. VISINTINI (*Il danno ingiusto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 177).

Per un quadro d'insieme, v. A. BELVEDERE, «Fatto» e «danno» nelle interpretazioni dell'art. 2043 c.c., in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 740; E. BARGELLI, *L'ingiustizia del danno*, in *Codice della responsabilità civile*, cit., 806; EAD., *Lesione di interessi atipici*, in *Codice della responsabilità civile*, cit., 973.

Sulla concretizzazione giudiziale delle clausole generali, v. S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 263.

<sup>35</sup> V. E. NAVARRETTA, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, IV, t. 3, cit., 135; EAD., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, IV, t. 3, cit., 199.

<sup>36</sup> V. F. PIRAINO (*Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel*





rale, che non è confinata nell'area dei rapporti obbligatori ed opera implicitamente anche in contesti relazionali assoggettati alla disciplina aquiliana<sup>37</sup>.

L'ingiustizia secondo buona fede/correttezza concerne ipotesi caratterizzate da una specificazione *a priori* degli interessi contrapposti, che può conclamarsi in modi estremamente diversificati: si pensi ad un rapporto giuridico, ma anche al c.d. "affidamento" incolpevole di una parte nell'altra (ossia all'aspettativa di poter confidare, quale presupposto delle proprie scelte, in un dato atteggiarsi di una situazione fattuale o giuridica, oppure in un comportamento altrui che risulti coerente) o all'esistenza di particolari qualificazioni soggettive del danneggiante e del danneggiato<sup>38</sup>. La buona fede, innervata – nonostante differenti opinioni – dal principio costituzionale della solidarietà, permette di bilanciare quegli interessi contrapposti e, quindi, di valutare comparativamente, *a posteriori*, i comportamenti e le posizioni dei protagonisti di un illecito aquiliano<sup>39</sup>. Ad esempio, essa può rivelare l'abusività dell'esercizio di un diritto<sup>40</sup>.

---

*diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1152 ss.), il quale osserva che, però, il legislatore italiano ha di solito riservato l'espressione "buona fede" alla materia contrattuale e ha preferibilmente impiegato l'espressione "correttezza" in altri contesti.

E. BETTI (*Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 68 ss., 80 ss.), invece, distingue la «buona fede», che opererebbe soltanto nel campo delle obbligazioni con l'imposizione di obblighi di carattere positivo tra creditore e debitore, dalla «correttezza», che opererebbe anche al di fuori del campo delle obbligazioni e, sebbene talvolta lo stesso legislatore si riferisca ad essa con la denominazione di «buona fede», imporrebbe normalmente solo doveri di carattere negativo.

<sup>37</sup> V. U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1997, 5; F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto Privato*, III, *L'abuso del diritto*, cit., 171 ss. L. NIVARRA (*Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 1019) sottolinea che la buona fede permette un'interazione tra regole e principi.

<sup>38</sup> V. E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 149 ss., 170 ss.

<sup>39</sup> In dottrina, contrario alla penetrazione della solidarietà nella responsabilità civile attraverso l'ingiustizia del danno è M. BARCELLONA (*op. ult. cit.* 424 ss.), il quale replica che «l'ingiustizia ... non è stata affatto concepita come una clausola generale. Ed è abbastanza ovvio che il valore sovraordinato del dettato costituzionale possa, sì, pretendere di influenzare il senso di una clausola generale ma non possa, invece, pretendere di trasformare in clausola generale ciò che non lo è. Peraltro, contro una tale solidarizzazione della responsabilità civile depongono due altre, e decisive, ragioni. La prima è che il principio di solidarietà nella Carta costituzionale ha, da un lato, un senso perequativo parallelo a quello dell'eguaglianza materiale e, dall'altro, una funzione di legittimazione dell'intervento sul potere d'impresa e sui poteri proprietari, l'uno e l'altra assolutamente impertinenti rispetto al tipo di problema di cui si discute sotto il titolo dell'ingiustizia del danno. La seconda è che, comunque, la «riserva di legge», a cui la Costituzione subordina le opzioni solidaristiche, renderebbe costituzionalmente incongrua un'attivazione giudiziale del principio di solidarietà quale necessariamente si darebbe assumendolo a criterio del giudizio di «ingiustizia» del danno».

Tuttavia, l'assunto secondo cui l'art. 2043 cod. civ. non delinerebbe una clausola generale è rovesciabile, ed è stato nei fatti rovesciato. Inoltre, ridurre la solidarietà ad una funzione perequativa su un piano solo materiale è una petizione di principio. Infine, la presenza di una riserva di legge non impedisce la concretizzazione in via ermeneutica di concetti elastici, che dallo stesso legislatore sono stati rimessi alla pur cauta elaborazione dell'interprete.

In giurisprudenza, *contra*, Cass. civ., 5 maggio 2017, n. 10906 (nella banca dati *on line* del sistema *DeJure*), in cui si afferma che la correlazione tra correttezza e solidarietà può valere solo in ambito contrattuale.

<sup>40</sup> In dottrina, con riguardo all'abuso del diritto e non solo, v. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 18, spec. 26 ss.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., t. 1, 32 ss.; A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 1386; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 33, nota 52, 46 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 116 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., spec. 543 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno non iure e l'abuso del diritto*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI-P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, IV, t. 3, cit., 255; L. BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 541. Talvolta il giudizio di buona fede apre la via alla «ragionevolezza» e se ne serve: sulla nozione di ragionevolezza, v. S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1; sui rapporti tra buona fede e ragionevolezza, v. E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 953.

In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 9 giugno 1998, n. 5659, in *Foro it.*, 1999, I, 660, con nota di L. Lambo; Cass. civ., 29 agosto 2011, n. 17685, in *Danno e resp.*, 2012, 135, con nota di P. PATTI, G.M. TANCREDI.



Questa impostazione si distacca da un'autorevole opinione dottrinale secondo cui la solidarietà, piuttosto, dovrebbe funzionare come limite generale ed interno al contenuto del diritto soggettivo. Pertanto, la figura dell'abuso del diritto oggi non avrebbe ragion d'essere, «perché, per definizione, il diritto soggettivo ar[r]iv[erebbe] fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, ... non costitui[rebbero] un abuso, ossia uno sviamento, del diritto; al contrario ne s[arebbero] fuori, costitui[rebbero] un eccesso dal diritto, e, in quanto tali, s'intende agevolmente che po[trebbero] essere illeciti, secondo le norme generali»<sup>41</sup>. La pur plausibile scelta ricostruttiva da cui derivano queste conclusioni, però, a meno di non voler adoperare una nozione dilatata di diritto soggettivo comprensiva della libertà personale dell'agente, non consentirebbe di valutare come idoneo fondamento di responsabilità aquiliana la condotta di taluno a danno di altri in spregio alla correttezza, chiarificata dalla solidarietà, quando il comportamento lesivo non sia (neppure in apparenza) ricollegabile all'esercizio di un diritto. Il che è evidente soprattutto a proposito dei comportamenti omissivi.

Se l'art. 2043 cod. civ. è una clausola generale, l'accesso al risarcimento è possibile senza rinvenire nel sistema pseudo-diritti, ancor meno assoluti, al contrario di quanto è avvenuto con l'artificiosa elaborazione del diritto «di determinarsi liberamente rispetto al proprio patrimonio» o di quello «all'integrità del proprio patrimonio»<sup>42</sup>. Un soggetto può avere non un diritto sul proprio patrimonio, ma solo la titolarità delle situazioni giuridiche di vantaggio che concorrono a formarlo<sup>43</sup>.

---

*Contra*, in dottrina, P. RESCIGNO [Notazioni generali sul principio di buona fede, in *Il principio di buona fede (Giornata di studio-Pisa, 14 giugno 1985)*, Milano, 1987, 34 ss], secondo cui «[l]a buona fede è sempre nozione legata al contratto» (così alla pag. 35); C. SCOGNAMIGLIO (*Buona fede e responsabilità civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 343; *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, nota di commento a Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, ord., in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1749), il quale afferma che la buona fede, nelle ipotesi solitamente portate ad esempio per attestarne la rilevanza ai fini della responsabilità aquiliana, dovrebbe in realtà servire, in quanto possibile fonte di obblighi di protezione in contesti relazionali qualificati, a fondare una responsabilità da contatto sociale, senza avvedersi che questa visione presuppone proprio l'operatività della buona fede anche in ambiti dove mancasse una preesistente obbligazione inadempita tra danneggiante e danneggiato, perché è lapalissiano che, se i contesti relazionali irriducibili allo schema del rapporto obbligatorio tradizionale (e, quindi, altrimenti appannaggio delle regole extracontrattuali) fossero per principio sottratti alla sfera d'azione della buona fede, quest'ultima, in tali contesti, non potrebbe neppure essere fonte di obblighi di protezione; M. BARCELLONA (*L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 467), il quale afferma che l'abuso del diritto «non costituisce un «principio autonomo» ma lo schema di ragionamento (funzionale-teleologico) che si implementa per risolvere un conflitto tra principi rivali» e, «poiché il parametro secondo cui attingere la relativa soluzione dipende dal tipo di problema che, di volta in volta, tale conflitto prospetta e dalle *rationes* che, di volta in volta, mette a confronto», «la buona fede non è altro che uno dei diversi parametri ai quali ... rimettere la soluzione» (così alla pag. 490); C. CASTRONOVO (*Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 106 ss.), il quale ritiene che la buona fede inerisca solo all'area dei rapporti obbligatori, ma anche che abuso del diritto e buona fede siano figure distinte, in quanto il primo atterrebbe ad un atto, si riferirebbe ad un vizio del potere ed in ambito contrattuale si tradurrebbe in un'invalidità, mentre la seconda atterrebbe al rapporto, ne sarebbe fonte di integrazione e la sua violazione in ambito contrattuale sarebbe fonte di responsabilità.

<sup>41</sup> Così F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966 (rist. 1971), 76 ss.

<sup>42</sup> Con riguardo al celebre «caso De Chirico», cfr. Cass. civ., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro it.*, 1982, I, 2864, con nota di F. MACARIO; in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745, con nota di A. DI MAJO. Cfr., inoltre, Cass. civ., 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 386, con nota di M. LIBERTINI.

<sup>43</sup> D'altronde, un ipotetico diritto al patrimonio o all'integrità patrimoniale non comprenderebbe gli interessi ugualmente patrimoniali definiti «dinamici». Un'eccessiva concentrazione sulla posizione del danneggiato, poi, vanificherebbe il filtro dell'ingiustizia, fino ad impedire sia il contemperamento con la posizione del danneggiante, sia la delimitazione della cerchia di coloro che sono ammessi alla tutela risarcitoria.

In proposito, in dottrina, v. L. BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 50 ss.; M. MAGGIOLIO, *op. cit.*, Milano, 2003, 64 ss.; sulla vanificazione dell'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ., P.G. MONATERI, *op. cit.*, 578 ss.

Un diritto all'integrità del patrimonio, tale da impetrare il principio di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost., non



In particolare, l'affidamento incolpevole, di per sé rilevante ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., può essere ingenerato da una controparte in trattative contrattuali, da un terzo nell'esercizio di un'attività professionale qualificata o dalla Pubblica Amministrazione (P.A.)<sup>44</sup>. Pertanto, il richiamo alla lesione del patrimonio per risarcire il danno da fiducia mal riposta – ancora saltuariamente rinvenibile in alcune decisioni giurisprudenziali – è errato e, comunque, ultroneo<sup>45</sup> (come osservato da una recente giurisprudenza, in cui, peraltro, è sta-

---

può essere desunto neppure dall'art. 41 Cost. In primo luogo, la sua sfera di incidenza è principalmente quella dei rapporti tra il cittadino e lo Stato. In secondo luogo, la disposizione sembra garantire – non il patrimonio privato, bensì – la libertà di concorrenza, indispensabile per un funzionamento efficiente del sistema economico. In terzo luogo, è da escludere l'applicabilità dell'art. 41 Cost. a situazioni concernenti coloro che non esplicano un'attività economica in regime di libera concorrenza. In proposito, v. C. SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, X, *Illecito e responsabilità civile*, t. 1, Torino, 2005, 63 ss.

Sulla nozione generale ed astratta di patrimonio, il quale «può subire delle diminuzioni senza che nessuna delle sue componenti esteriori sia stata in alcun modo colpita», v. già R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione* (trad. italiana di F. Procchi), Napoli, 2005, 51.

<sup>44</sup> Si pensi al rilascio di informazioni che non integrino il contenuto di una prestazione obbligatoria, oppure ad una contraddittoria condotta provvedimento o non provvedimento.

Ormai «ognuno può essere chiamato a rispondere degli affidamenti ingiustamente creati nei terzi in relazione ad affari che rientrano nell'ambito dei poteri, pur limitati, che concretamente gli spettano su di un determinato bene» (così si legge, a proposito della responsabilità precontrattuale verso terzi dell'utilizzatore del fondo oggetto di un contratto di *leasing*, ma con affermazione di portata generale, in Cass. civ., 13 febbraio 2014, n. 3362, in *I contratti*, 2014, 629, con nota di G. PETTI).

Sugli affidamenti nei rapporti politici, cfr. Trib. Torino, 23 luglio 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1953.

Sulla responsabilità del *franchisor* per l'affidamento ingenerato in ordine alle caratteristiche ed all'attività del *franchisee*, cfr. App. Napoli, 3 marzo 2005, in *I contratti*, 2005, 1133, con nota di A. VENEZIA.

Sulla responsabilità della banca per lesione dell'incolpevole affidamento instillato con false, inesatte o omesse informazioni (in relazione ai c.d. "benefondi", in caso di *insider trading* ovvero circa l'affidabilità economica di un soggetto), oppure con un'abusiva concessione di credito, cfr. Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Corr. giur.*, 2006, 643, con nota di G. FAUCEGLIA; Cass. civ., 25 settembre 2003, n. 14234, in *I contratti*, 2004, 145, con nota di A. Franchi; Cass. civ., 6 giugno 2003, n. 9103, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 756, con nota di R. FRAU; Cass. civ., 9 giugno 1998, n. 5659, in *Foro it.*, 1999, I, 660, con nota di L. LAMBO; Cass., 1 agosto 1992, n. 9167, nella banca dati *on line* del sistema *DeJure*; Trib. Milano, 14 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 1581, con nota di G. CARRIERO; Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 839, con nota di M. NUZZO.

Sulla responsabilità da informazioni inesatte della P.A., cfr. Cass. civ., 9 febbraio 2004, n. 2424, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 731, con nota di M. Poto; in *Danno e resp.*, 2005, 63, con nota di M. GRONDONA; in *Corr. giur.*, 2005, 253, con nota di B. DI VITO.

Sulla responsabilità della Co.n.so.b. per omesso o insufficiente controllo su informazioni soggette alla sua vigilanza, poi rivelatesi false, immesse nel mercato da operatori privati e tali da far sorgere affidamento negli investitori, cfr. Cass. civ., sez. un., 2 maggio 2003, n. 6719, ord. e App. Milano, 21 ottobre 2003, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 165, con nota di R. CARANTA; Cass. civ., sez. un., n. 6719/2013, ord., cit., è anche in *Corr. giur.*, 2003, 734, con nota di A. DI MAJO; App. Milano, 21 ottobre 2003, cit., è anche in *Corr. giur.*, 2004, 933, con nota di A. Tina; Cass. civ., 3 marzo 2001, n. 3132, che ha cassato App. Milano, 13 novembre 1998, in *Le società*, 2001, 565, con nota di P. ANELLO, S. RIZZINI BISINELLI; Trib. Roma, 26 luglio 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 559, con nota di A. PALMIERI.

Sulla responsabilità solidale della società di revisione, dei revisori e dei dipendenti della società di revisione per l'affidamento falsamente ingenerato nei terzi investitori circa la società certificata, cfr. Trib. Milano, 4 novembre 2008, in *Corr. giur.*, 2009, 531, con nota di V. Sangiovanni.

Sulla sostanziale lesione dell'affidamento incolpevole del depositante in un caso di deposito a titolo di cortesia, cfr. Trib. Belluno, 21 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1949.

Sull'affidamento ingenerato dalla P.A. nel soggetto individuato come contraente a seguito di un'aggiudicazione viziata e poi annullata dall'Autorità Giudiziaria Amministrativa o revocata in via di autotutela, cfr. Cass. civ., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Urb. e app.*, 2012, 673, con nota di D. PONTE; sull'affidamento ingenerato dalla P.A. per mancata informazione sull'invalidità o sull'inefficacia del contratto stipulato con un privato, anche qualora l'invalidità o l'inefficacia derivino da una norma astrattamente conoscibile dalla controparte, cfr., invece, Cass. civ., 12 maggio 2015, n. 9636, in *Corr. giur.*, 2016, 56, con nota di M.C. AGNELLO.

<sup>45</sup> A proposito della lesione dell'affidamento di un privato nella legittimità di un provvedimento amministrativo a sé favorevole, poi al contrario annullato in quanto illegittimo, a causa di un contraddittorio comportamento della P.A., cfr. Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, nonché Cass., sez. un., 22 maggio 2017, n. 12799, entrambe nella banca dati *on line* del sistema *DeJure*.



to richiamato il pur diverso diritto costituzionale «di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali» senza interferenze illecite di terzi qualificate da scorrettezza<sup>46</sup>).

Altra parte della dottrina ritiene che l'art. 2043 cod. civ. esprima una «norma generale», riassuntiva di casi non specificamente elencati e dotati di una valenza giuridica da trarre *aliunde*<sup>47</sup>, sicché la disposizione, pur connotata da «tipicità progressiva o evolutiva», si caratterizzerebbe per un inferiore tasso di elasticità<sup>48</sup>. Il giudice dovrebbe limitarsi a constatare se sia stata lesa una situazione giuridica previamente qualificata dall'ordinamento, intesa non necessariamente quale diritto soggettivo, bensì almeno quale interesse già riconosciuto dall'ordinamento giuridico, mentre una valutazione di meritevolezza *a posteriori* gli sarebbe preclusa<sup>49</sup>.

Tra l'altro, nella locuzione «danno ingiusto» – diversamente da ciò che può di sicuro dirsi, ad esempio, per la buona fede ed il buon costume – mancherebbero direttive valoriali alle quali agganciare nel caso concreto il giudizio, che, laddove sia configurabile una clausola generale, verrebbe rimesso interamente all'interprete. Il che altererebbe il riparto di competenze tra potere legislativo e potere giudiziario<sup>50</sup>.

La nomenclatura dell'art. 2043 cod. civ. come norma generale si riverbera sulla risarcibilità dei danni

In dottrina, v. A.G. GRASSO, *Annullamento dell'atto amministrativo e lesione dell'affidamento incolpevole*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 243.

<sup>46</sup> A proposito della lesione dell'affidamento di un privato a causa di un'incoerente condotta della P.A., tanto nell'esercizio diretto o mediato di un potere pubblico, quanto al di fuori di un tale esercizio, cfr., a prescindere dalla configurazione di una responsabilità paracontrattuale, Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, e Cass. civ., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615, entrambe nella banca dati *on line* del sistema *DeJure*.

<sup>47</sup> La stessa espressione «clausola generale» è stata sovente impiegata in due differenti significati. «Da un lato, ... alludendo in realtà ad una norma generale, riassuntiva di una serie di casi che il legislatore non intende specificamente elencare; dall'altro, ... come concetto elastico, che necessita, caso per caso, di un'integrazione valutativa da parte dell'interprete» (così C. SCOGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, ma agg. 1996, 8).

Sulla differenza tra clausola generale e norma generale, v. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 9 ss.; nonché P. RESCIGNO [voce *Obbligazioni (nozioni)*], in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 154 ss.], che presta particolare attenzione al formante giurisprudenziale.

<sup>48</sup> L'ordinamento italiano, quindi, si attesterebbe su una posizione mediana tra quella francese (il cui fulcro era l'art. 1382 del *Code Civil*, divenuto ora l'art. 1240, che non menziona il requisito dell'ingiustizia del danno) e quella tedesca (il cui fulcro è il § 823 BGB, che delinea un sistema di illeciti tendenzialmente tipici).

<sup>49</sup> V. C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 546 ss.; ID., *La nuova responsabilità*, cit., spec. 6 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia del danno*, cit., *passim*; ID., *L'ingiustizia*, cit., 23 ss.; nonché, pur con accenti diversi, M. BARCELONA, *Strutture*, cit., 401, 413 ss.

Se l'art. 2043 cod. civ. venisse ricostruito come norma generale imperniata sull'offesa ad una situazione giuridica *lato sensu* intesa, poi, l'antigiuridicità della condotta lesiva, ossia l'aspetto del *non jure datum*, non rientrerebbe nella nozione di «danno ingiusto», che allora sarebbe composta solo dal *contra jus*, e l'illecito aquiliano – tranne quando sia richiesta la violazione di una norma di legge – avrebbe non l'«antigiuridicità» tra i propri elementi costitutivi, bensì piuttosto la «non antigiuridicità» tra i propri elementi impeditivi. Per un verso, il danneggiato non dovrebbe provare l'antigiuridicità. Per altro verso, anche la categoria degli atti leciti dannosi comprenderebbe ipotesi di responsabilità a fronte di un danno ingiusto, seppure in deroga al principio dell'integrale risarcimento del danno. In proposito, v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 17 ss.; F. PIRAINO, «*Ingiustizia del danno*» e *antigiuridicità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, 703 ss.

Il principio di tipicità degli illeciti sarebbe avallato anche da una lettura non restrittiva dell'art. 23 Cost.: v. P. FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1984, 78 ss.; A. GORASSINI, *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. COMPORI, G. SCALFI, Milano, 1988, 259. Ciò comporterebbe «[l]a perdita di rilevanza, nell'esame del dato positivo, delle discussioni sui modelli e le funzioni della responsabilità civile» (così A. GORASSINI, *op. cit.*, 263), perché ogni fattispecie extracontrattuale avrebbe la propria ragion d'essere.

La lettura dell'art. 2043 cod. civ. come norma generale è perlopiù negletta in giurisprudenza, ma in tal senso cfr. Cons. Stato, 17 gennaio 2014, n. 183, nella banca dati del sistema *Jurisdata*.

<sup>50</sup> V. F. FORCELLINI, A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 395.

Si è già visto, però, che la buona fede, in realtà, orienta anche l'ingiustizia del danno.





«meramente patrimoniali» (*reine Vermögensschäden*), i quali in questa prospettiva sono irrisarcibili, perché scaturiscono dalla lesione di interessi non classificabili come situazioni giuridiche in base alla sistematica tradizionale e, quindi, «meramente patrimoniali». Basti pensare, di nuovo, alla lesione di un affidamento<sup>51</sup>.

Nell'una o nell'altra accezione, comunque, l'ingiustizia del danno è duttile, tanto da agevolare l'avanzata della responsabilità extracontrattuale con l'individuazione di nuovi interessi meritevoli di tutela e, perciò, l'ampliamento della categoria dei danneggiati in senso giuridico che possono avvalersi di strumenti risarcitori<sup>52</sup>. Inoltre, l'ingiustizia è talvolta affiancata da figure in grado di abbracciare ulteriori interessi da tutelare (come gli obblighi di protezione, che permettono di riparare un danno non patrimoniale laddove la responsabilità extracontrattuale venga incentrata su una norma generale<sup>53</sup>).

Formule definitorie diverse portano spesso a risultati simili<sup>54</sup>. La comparazione tra sistemi giuridici mostra che i modelli di responsabilità aquiliana astrattamente tipici muovono verso la atipicità nella stessa misura in cui quelli astrattamente atipici muovono verso la tipicità<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> V. A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297; C. CASTRONOVO, *Le frontiere*, cit., 549 ss.; ID., *La nuova responsabilità*, cit., 109 ss.; G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano*, in *Danno e resp.*, 1998, 729; N. MUCCIOLI, *Osservazioni in tema di danno meramente patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 430; E. BARGELLI, *Il problema del danno meramente patrimoniale*, in *Codice della responsabilità civile*, cit., 979.

Tra l'altro, si osserva che, sul terreno patrimoniale, «la Carta costituzionale ha obiettivamente fatto arretrare la tutela del soggetto privato rispetto al passato, come provano i limiti intrinseci della funzione sociale e dell'utilità sociale imposti rispettivamente alla proprietà e all'iniziativa economica che del soggetto privato costituiscono le due dimensioni fondamentali nei rapporti patrimoniali. Un allargamento dell'area del danno risarcibile fino al limite della diminuzione puramente patrimoniale ... appare allora situarsi proprio in controtendenza rispetto alle scelte costituzionali, in quanto rende rilevante una perdita che per definizione non dovrebbe esserlo» (così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 196).

Per M. MAGGIOLO (*op. cit.*, 1 ss., 30 ss.), in senso più restrittivo, danno meramente patrimoniale sarebbe quello non discendente dalla distruzione o dal deterioramento di un bene materiale, così come dalla lesione della persona del danneggiato, sicché, ad esempio, sarebbe meramente patrimoniale anche il danno derivante dalla lesione di un interesse legittimo, che pure rientra nel catalogo delle situazioni giuridiche.

<sup>52</sup> Sui temi di maggiore spessore che hanno riguardato la responsabilità aquiliana, v. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 628; F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41; ID., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643; ID., voce *Illecito civile*, cit., 1 ss.; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 1; ID., *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 191; C. CASTRONOVO, *Le frontiere*, cit., 539; ID., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del Millennio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, 123; ID., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 76; V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 29; G. ALPA, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1805; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 349.

<sup>53</sup> In prospettiva critica, v. F. AZZARRI, *Risarcimento dei danni non patrimoniali contrattuali*, in *Codice della responsabilità civile*, cit., 414 ss.

<sup>54</sup> V. R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, nota di commento ad App. Palermo, 11 giugno 1959, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420. Lo stesso C. CASTRONOVO (*L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21), da un lato, taccia di *overstatement* la battaglia per l'affermazione delle clausole generali quali strumenti che permettono la partecipazione dell'interprete alla costruzione dell'ordinamento giuridico, ma, dall'altro, avversa la tendenza tradizionale che ricollega all'interpretazione una funzione meramente dichiarativa e ne esalta il ruolo creativo *tout court*, a prescindere dalla concretizzazione di una clausola generale piuttosto che di una qualunque disposizione.

<sup>55</sup> V. G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, 23 ss.; P.G. MONATERI, *op. cit.*, 51 ss. Con particolare riguardo al sistema inglese della responsabilità extracontrattuale, la cui originaria tipicità viene erosa dal *tort of negligence*, v. G. VILLA, *Il tort of negligence nel sistema inglese dei fatti illeciti*, in *Contr. e impr.*, 2011, 263. Sul pencolare del diritto europeo della responsabilità civile tra gli antagonistici modelli nazionali della clausola generale e della norma generale, v. C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 787.





**3.2.** – La responsabilità del debitore prevista dall’art. 1218 cod. civ. non va subordinata, di volta in volta, ad un criterio selettivo. Il riscontro di un’ingiustizia *ex art.* 2043 cod. civ., però, è a ben vedere superfluo nell’inadempimento, la cui ingiustizia è *in re ipsa*<sup>56</sup>.

Quanto al *contra jus*, il vaglio dell’interesse leso dal debitore è stato effettuato, a monte, nella genesi del rapporto obbligatorio primario. L’interesse al conseguimento di una prestazione anima un diritto di credito solo se risulti “meritevole” a prescindere dall’eventuale successivo inadempimento, che determina il passaggio dall’attuazione fisiologica dell’obbligazione alla dimensione patologica della responsabilità. La fonte del rapporto obbligatorio deve superare un giudizio di conformità all’ordinamento effettuato o direttamente dal legislatore, come avviene nelle ipotesi di un’espressa previsione di legge, di un fatto giuridico in senso stretto oppure di un negozio tipico, o dall’interprete alla stregua di criteri parimenti legali indicati dagli artt. 1173, 1174 e 1322 cod. civ., come avviene nell’ipotesi di una fonte negoziale atipica<sup>57</sup>.

Quanto al *non jure datum*, l’inadempienza è di per sé non autorizzata dall’ordinamento. La condotta del debitore deve uniformarsi all’obbligo strumentale al soddisfacimento dell’interesse creditorio ed il conflitto tra le libertà dei soggetti parti dell’obbligazione primaria, i quali saranno parti dell’obbligazione risarcitoria, è risolto dalla legge o dall’autonomia privata in una fase anteriore all’inadempimento produttivo di danno, che è addossabile al debitore senza ulteriori apprezzamenti di valore<sup>58</sup>.

Sotto questo secondo aspetto, peraltro, anche l’inadempimento potrebbe essere escluso dalle cause di giustificazione della «legittima difesa» e dello «stato di necessità», che sono sì riconosciute dagli artt. 2044 e 2045 cod. civ. per la responsabilità extracontrattuale, ma rilevano pure per quella contrattuale<sup>59</sup>, quantomeno

<sup>56</sup> In dottrina, v. E. BETTI, *op. ult. cit.*, I, 107 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 40 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 139 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, II ed., in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2005, 14; C. CASTRONOVO (*La nuova responsabilità*, cit., 455 ss.), secondo cui l’ingiustizia «è presupposto essenziale del sorgere *ex novo* di un’obbligazione (di risarcimento), laddove nella responsabilità contrattuale il *vinculum iuris* già esiste e la responsabilità ne diventa uno stato allotropico, un modo altro di perseguire lo stesso interesse in funzione del quale il rapporto è stato costituito» (così alla pag. 456); E. NAVARRETTA, *L’evoluzione*, cit., 160 ss.; EAD., *L’ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, IV, t. 3, cit., 237 ss.

Nella prospettiva dell’art. 2043 cod. civ. come clausola generale, osservare che l’ingiustizia caratterizza sempre l’inadempimento è utile proprio per accostare, sotto questo profilo, le due specie di responsabilità civile. A dimostrazione della loro perdurante distinzione, quindi, non vale affermare che, riguardo alla responsabilità da inadempimento, «risulta privo di qualsiasi senso giuridico un discorso sulla «ingiustizia» del danno», in quanto, «dal punto di vista costruttivo, non ha senso discorrere del requisito di una fattispecie che sia in essa invariabilmente presente (... *in re ipsa*)» [così, invece, C. SCOGNAMIGLIO, *L’ingiustizia*, cit., 9].

In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28992 ed in Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28991, entrambe nella banca dati *on line* del sistema *DeJure*; in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 193, con note di M. FRANZONI e di C. SCOGNAMIGLIO.

<sup>57</sup> Sulla meritevolezza dell’interesse ai sensi dell’art. 1322 cod. civ., v., anche per l’esposizione delle varie tesi in materia, oscillanti tra il richiedere la mera non illiceità ed il pretendere il superamento di un determinato grado di apprezzabilità dell’interesse, E. BETTI (*Teoria generale delle obbligazioni*, III, 1, *Fonti e vicende dell’obbligazione*, Milano, 1954, 59 ss.), che preferisce addirittura non parlare di negozi “atipici”, bensì adoperare le categorie della “tipicità legislativa” e della “tipicità sociale”; G.B. FERRI, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale*, nota di commento ad App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81; ID., *Anco-rra in tema di meritevolezza dell’interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 1; ID., voce *Ordine pubblico (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1040 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52; F. PIRAINO, voce *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir.*, I tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D’AMICO, Milano, 2021, 667.

<sup>58</sup> V. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, 198).

<sup>59</sup> V., in particolare, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L’attuazione*, Milano, rist. 1964, 365 ss. Di recente, dopo la novellazione dell’istituto della legittima difesa nel diritto penale ed in quello civile (con l’aggiunta di due commi all’art. 2044 cod. civ.), v. C. CHESSA, *La legittima difesa novellata nel prisma della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1289, spec. 1315 ss.



come cause di impossibilità della prestazione non imputabili al debitore ex art. 1256 cod. civ.<sup>60</sup>. Le predette cause di giustificazione, del resto, sono l'epifania legislativa, in ambito civilistico, della più ampia figura dell'esercizio di un diritto.

Insomma, l'art. 2043 cod. civ., incentrato sul «danno ingiusto» quale criterio che assiste l'interprete nella selezione degli interessi da tutelare, evidenzia l'elemento nevralgico di tutte le ipotesi di responsabilità, sia extracontrattuali, sia contrattuali, ed è la disposizione generale dell'intera responsabilità civile<sup>61</sup>. L'art. 1218 cod. civ. è solo la più importante tra le disposizioni, diverse dall'art. 2043 cod. civ., che qualificano autonomamente determinate categorie di lesioni a fini risarcitori<sup>62</sup>, poiché l'inadempimento procura sempre la lesione ingiusta dell'interesse creditorio<sup>63</sup>.

L'art. 1218 cod. civ., che costituisce la base – non soltanto nella sistematica del Codice – dell'apposita normativa dedicata alla responsabilità da inadempimento, è una previsione specifica e, nel contempo, a propria volta generale. L'interesse all'adempimento, per un verso, è più nitido dell'atipico interesse giuridicamente rilevante contemplato nell'art. 2043 cod. civ., ma, per altro verso, richiede una precisazione in ragione della tipologia di ciascun rapporto obbligatorio, delle circostanze nelle quali si trova immerso e della volontà delle parti<sup>64</sup>.

Qualora l'obbligazione abbia per fonte diretta un negozio, la responsabilità da inadempimento, di certo, reagisce anche a danni meramente patrimoniali, non discendenti dalla lesione di interessi positivamente qualificati dall'ordinamento a prescindere da valutazioni individuali, giacché i privati coinvolti convengono la rilevanza almeno relativa – *id est*, nel “contatto” reciproco – dell'interesse creditorio meramente patrimoniale che fosse violato dal debitore<sup>65</sup>. Non va dimenticato, però, che lo stesso ordinamento legittima l'autono-

<sup>60</sup> Uno stato di necessità, anche se fosse irrilevante come categoria autonoma in area contrattuale, potrebbe nondimeno escludere la responsabilità da inadempimento, magari attraverso una valutazione secondo buona fede, in quanto causa non imputabile al debitore dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione: v. F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1963, 177 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. della resp. civ.*, diretto da M. FRANZONI, II ed., I, Milano, 2010, 1163 ss.; *contra*, L. CABELLA PISU, *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in *Tratt. della resp. contr.*, diretto da G. VISINTINI, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 212 ss.; L. NONNE, *Contributo ad una rilettura dell'art. 2045 c.c. Fattispecie e disciplina*, in *Giust. civ.*, 2017, 477 ss.

Per l'assorbimento dello stato di necessità e della legittima difesa nella causa non imputabile ai sensi dell'art. 1256 cod. civ., v. P. PERLINGIERI (*Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di V. SCIALOJA-G. BRANCA, sub artt. 1330-1259, Bologna-Roma, 1975, 463 ss.), il quale, pertanto, nega che il debitore sia obbligato all'indennità prevista dall'art. 2045 cod. civ. In tal senso, con riguardo allo stato di necessità, v. anche E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, 111 ss.

<sup>61</sup> V. U. MAJELLO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 123. In senso analogo, almeno se si utilizza la lesione di un interesse come fulcro di una ricostruzione sistematica della responsabilità civile, v. F. GIARDINA, *op. cit.*, 43. Più di recente, v. anche A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008, 86 ss.

<sup>62</sup> V. F. GIARDINA, *op. cit.*, 224 ss., 233 ss.

<sup>63</sup> Già G. GIORGI (*Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII ed., II, Firenze, 1907, 133 ss.) avvertiva «che il fondamento giuridico dell'obbligo di riparazione è sempre un fatto illecito: la violazione imputabile dell'obbligazione».

<sup>64</sup> Si può anche dire che gli artt. 2043 e 1218 cod. civ. prevedono illeciti atipici e, quindi, sono due disposizioni generali, rispettivamente, nell'area della responsabilità da fatto illecito e nell'area della responsabilità da inadempimento. Tali disposizioni, però, non sono contrapposte, ed il loro coordinamento offre una regola comune. D'altronde, l'art. 1218 cod. civ. tutela, in virtù di una selezione effettuata *a priori*, anche interessi meritevoli di tutela secondo l'art. 2043 cod. civ. In tal senso, v. F. GIARDINA, *op. cit.*, 126, 139 ss., 181 ss., 233 ss.

<sup>65</sup> V. C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1253. V. anche S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 398.

In prospettiva comparatistica, v. J. VAN DUNNÉ (trad. italiana di C. Amato, G. Pedrazzi, G. Ponzanelli), *Responsabilità per danno meramente patrimoniale: regola o eccezione?*, in *Danno e resp.*, 2000, 121.



mia negoziale – nondimeno circoscritta dagli artt. 1173, 1174 e 1322 cod. civ. – a conferire meritevolezza ad interessi che, in assenza di una volontà privata, ne sarebbero sforniti<sup>66</sup>.

L'attitudine della responsabilità contrattuale a proteggere un ventaglio d'interessi più folto, allora, non è elemento di irriducibile divergenza rispetto alla responsabilità extracontrattuale. Entrambi i regimi, in definitiva, sono applicabili per la lesione solo di interessi "meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

L'interesse enucleato in un diritto di credito plasmato dai privati, poi, gode di un riconoscimento che non si esaurisce tra le parti dell'obbligazione, perché il programma negoziale è altresì preservato da offese esterne. La tutela aquiliana del credito leso da terzi, in passato esclusa<sup>67</sup>, è da tempo ammessa nel diritto vivente<sup>68</sup>, sicché la responsabilità extracontrattuale contribuisce alla protezione di interessi meramente patrimoniali oltre il rapporto tra coloro che abbiano stipulato un negozio.

<sup>66</sup> A proposito del negozio giuridico, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 125 ss.

<sup>67</sup> L'irrisarcibilità del danno da lesione del diritto di credito ad opera di terzi veniva giustificata non soltanto con la natura relativa anziché assoluta del diritto, tale che avrebbe potuto essere inciso unicamente dall'obbligato (per tutti, v. già G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII ed., I, Firenze, 1907, 3; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, II ed., Roma, 1915, 22 ss.; nonché, sotto il Codice Civile vigente, A. DE CUPIS, *op. cit.*, II, 56 ss., il quale, però, alle pagg. 82 ss., ammette un'eccezione alla regola, in virtù del principio sotteso al divieto di atti emulativi di cui all'art. 833 cod. civ., quando il terzo abbia leso il diritto di credito con l'esclusiva intenzione di nuocere al creditore), ma altresì con l'assenza di causalità giuridica tra la morte o l'infortunio del debitore e la violazione del diritto del creditore (cfr., in merito alla celebre vicenda del disastro di Superga, il tortuoso ragionamento sviluppato in Cass. civ., 4 luglio 1953, n. 2085, in *Foro it.*, 1953, I, 1086).

Eppure la medesima vicenda mostra profili diversi a seconda che la si guardi dalla prospettiva dell'una o dell'altra parte dell'obbligazione. Invero, il debitore di cui il terzo comprometta un interesse personale riporta danni-conseguenza, ma questi sono a propria volta eventi lesivi del diritto di credito, dai quali derivano per il creditore distinti pregiudizi immediati e diretti.

Peraltro, con un orientamento che affonda le proprie radici in un'antica tradizione giuridica, la giurisprudenza non ha mai negato il risarcimento ai familiari della vittima primaria dell'illecito in caso di lesione di un credito alimentare: per un accenno, v. G. GIORGI, *op. cit.*, V, 320 ss. La diversità delle soluzioni sfugge ad ogni logica, ed una responsabilità verso il gruppo familiare trova spiegazione unicamente nella storia, «perché la tradizione germanistica è giunta ininterrotta fino a noi, e ci consegna l'idea che l'ingiustizia dell'uccisione o della lesione permanente sussista verso i familiari, oltretutto verso la vittima diretta» (così R. SACCO, *op. ult. cit.*, 1441).

<sup>68</sup> La tutelabilità aquiliana del credito è stata ammessa attraverso due distinte fasi.

Dapprima, il risarcimento è stato subordinato all'estinzione dell'obbligazione provocata dalla condotta lesiva del terzo, con la conseguenza per il creditore di una perdita definitiva ed irreparabile in base al criterio dell'insostituibilità del debitore: la svolta si è avuta con Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174 (in *Foro it.*, 1971, I, 342), inerente all'altrettanto celebre "caso Meroni", in cui la definitività della mancanza o dell'inesattezza della prestazione dipendeva dal decesso del debitore a causa dell'illecito del terzo (anche se il grado di sostituibilità del debitore dovrebbe rilevare solo sulla risarcibilità in concreto del danno da lesione del credito, non anche sulla sua tutelabilità in astratto). Tuttavia, anche il creditore di una somma di denaro potrebbe risentire danno dall'uccisione del debitore, se costui, in mancanza di sufficienti risorse patrimoniali, ricavava dal proprio lavoro i mezzi per adempiere, almeno qualora l'eredità del debitore venga accettata con beneficio di inventario; ed è palese, pertanto, che la limitazione della responsabilità all'uccisione del debitore di un «fare» infungibile era dettata dalla preoccupazione di non estendere troppo la legittimazione all'azione: v. P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 225.

Più tardi, la tutela è stata estesa al creditore che, a causa dell'illecito del terzo, abbia subito danno per la temporanea impossibilità del debitore di eseguire la prestazione: cfr. Cass. civ., sez. un., 24 giugno 1972, n. 2135, in *Foro it.*, 1972, I, 99, con nota di V.M. Cafferra. Un'applicazione di questo principio si è avuta a vantaggio del datore di lavoro di un lavoratore temporaneamente inabilitato, quando il primo sia tenuto a corrispondere la retribuzione e contributi previdenziali nell'interesse dell'infortunato: sulla questione si rinvia, anche per i pertinenti riferimenti giurisprudenziali, ad A. VENTURELLI, nota di commento a Cass. civ., 24 maggio 2003, n. 8250, in *Danno e resp.*, 2004, 47.

Un contributo fondamentale all'estensione della tutela aquiliana ai diritti di credito è stato offerto in dottrina primariamente da F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, cit., *passim*; ID., *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 273. E la riferibilità dell'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ. anche alla lesione dei diritti relativi è dimostrata, mediante una comparazione con l'evoluzione dell'ordinamento francese, da S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 150 ss., 153 ss.



La condotta concorsuale di un terzo nell'inadempimento del debitore, inoltre, potrebbe far sorgere nei confronti del creditore la responsabilità solidale tanto del debitore per inadempimento, quanto del terzo per fatto illecito<sup>69</sup> (o, stando ad un'opinione dottrinale, a titolo egualmente contrattuale<sup>70</sup>).

Anche la responsabilità contrattuale s'impadronisce di nuovi territori. Di frequente, ai fini della tutela di determinati interessi e, talvolta, degli interessi meramente patrimoniali, il requisito dell'inadempimento di un preesistente obbligo viene soddisfatto grazie alle teorie sulla struttura "complessa" dell'obbligazione e – più di recente – sull'«obbligazione senza prestazione»<sup>71</sup>.

4. – Gli artt. 2043 e 1218 cod. civ. divergono per il "criterio d'imputazione", ossia per il collegamento tra un'eventuale responsabilità ed il soggetto che dovrebbe sopportarla.

Il criterio d'imputazione della responsabilità da fatto illecito *ex art. 2043 cod. civ.* è la colpevolezza, nella forma della colpa o del dolo<sup>72</sup>, che dev'essere dimostrata dal danneggiato.

I soggetti coinvolti dall'illecito aquiliano non erano legati da vincoli giuridici che sacrificassero la libertà di chi è divenuto responsabile in funzione di un vantaggio da far conseguire a chi è stato danneggiato; ed il primo entra in una relazione già in origine patologica con il secondo solo per l'avvenuta invasione della sua sfera individuale<sup>73</sup>. L'ipotetica condotta che il danneggiante avrebbe dovuto tenere è allora ricostruita, quale termine di paragone per quella effettivamente tenuta, in una fase successiva in senso tanto cronologico, quan-

*Contra*, P. TRIMARCHI (*op. ult. cit.*, 217), il quale, salva l'ipotesi in cui il terzo abbia agito con lo specifico scopo di danneggiare il creditore, deplora l'estensione della tutela aquiliana alla lesione del credito ad opera di terzi in considerazione di plurime esigenze: favorire tanto la scioltezza e la sicurezza dei traffici, quanto l'esplicitarsi della concorrenza; garantire un'adeguata tutela dei danneggiati diretti (i quali potrebbero essere pregiudicati dalle concorrenti pretese risarcitorie di una "folla" di danneggiati indiretti); ripartire razionalmente i rischi fra tutti coloro che possano prevenirli o gestirli.

Per un inquadramento generale del tema, v. E. NAVARRETTA, *Lesione del credito da parte di terzi, lesione del possesso e altre vicende*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, IV, t. 3, cit., 181.

<sup>69</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 3 dicembre 2002, n. 17110, in *I contratti*, 2003, 987, con nota di S. Tandoi.

In dottrina, v. E. BETTI, *op. ult. cit.*, I, 139 ss.; nonché, per un quadro generale, F. POLIANI, *L'induzione all'inadempimento: dal contratto alla culpa in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 565.

<sup>70</sup> V. già F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, I, 554 ss.; nonché C. CASTRONOVO, *Le frontiere*, cit., 554 ss.

<sup>71</sup> V. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1.

<sup>72</sup> Sul ruolo della *culpa* nel diritto romano, al contrario, le opinioni non sono concordi, ma di certo nell'evoluzione storica, fino ai nostri giorni, l'elemento soggettivo è stato valorizzato sempre più. In origine, la *lex aquilia* aveva un ambito applicativo circoscritto alla lesione della proprietà e, probabilmente, configurava una responsabilità puramente oggettiva, suscettibile di essere esclusa solo dal caso fortuito o dalla forza maggiore quali fattori interruttivi del nesso eziologico. In epoca giustiniana, a seguito delle interpolazioni operate dai compilatori del *Corpus iuris* sui testi classici, la tutela aquiliana fu estesa ai casi di lesione di ulteriori diritti reali e, inoltre, la colpa comparve come elemento soggettivo della responsabilità. La colpa, così, venne ritenuta il presupposto della responsabilità extracontrattuale dai glossatori del Basso Medioevo, che si richiamavano al Digesto. I giusnaturalisti dei secoli XVII° e XVIII°, poi, proclamarono che un principio di ragione, pur in assenza di basi testuali nel diritto romano, imponeva di risarcire ogni danno cagionato con dolo o colpa, in caso di lesione tanto di un diritto patrimoniale, quanto del corpo, della reputazione o del decoro (ossia, con linguaggio odierno, di un diritto della personalità). Infine, le progressive acquisizioni teoriche, con diverse sfumature, hanno influenzato le codificazioni moderne in materia di responsabilità extracontrattuale: il Codice francese detta una clausola generale ispirata dalla Scuola del diritto naturale, mentre il BGB tedesco reca l'impronta tipizzante dell'eredità romanistica, ma l'incidenza del giusnaturalismo è visibile nell'allargamento della protezione ai diritti della personalità. V. G. ROTONDI, *Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 cod. civ.. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 942; ID., *Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 cod. civ.. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, 236; E. BETTI, *op. ult. cit.*, III, 1, 37 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, *Gli atti unilaterali e i titoli di credito. I fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazioni. La tutela del credito e l'impresa*, III ed. agg. a cura di N. ZORZI GALGANO, Padova, 2015, 120 ss.

<sup>73</sup> V. M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, 70 ss.



to logico, perché risulta da un processo di astrazione adagiato sulla concretezza della vicenda<sup>74</sup>. Il giudizio di colpevolezza, dunque, non è sostituibile con generalizzati meccanismi presuntivi<sup>75</sup>.

Nell'ambito della responsabilità da inadempimento, invece, è il debitore a dover provare di non essere responsabile. In virtù di un combinato disposto, infatti, il debitore, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., deve dimostrare un'impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex art.* 1256 cod. civ., che non dev'essere imputabile ad un difetto della diligenza esigibile *ex art.* 1176 cod. civ.

Pertanto, l'«inadempimento» è una mancata o inesatta esecuzione della prestazione per causa imputabile almeno alla colpa del debitore. Il criterio d'imputazione dell'inadempimento, però, si esaurisce nel «mancato adempimento», ossia nell'elemento oggettivo della mancanza o dell'inesattezza materiale della prestazione, sebbene l'elemento soggettivo della colpevolezza, nella dimensione del diritto sostanziale, contribuisca ad integrare l'inadempienza<sup>76</sup>.

L'obbligazione risarcitoria, poi, rientra tra i vari effetti tipici della responsabilità da inadempimento ed ha come elementi costitutivi sia un inadempimento, sia un danno cagionato da quest'ultimo al creditore.

Il debitore non è tenuto ad astenersi da interferenze illecite nella sfera del creditore, a cui è già legato sul piano obbligatorio, ma anzi ad una proficua condotta – necessitata ed anche lecita, finché non traccimi dal contenuto dell'obbligo – che viene rimessa alla sua capacità di organizzazione e di controllo. Sia la condotta e la diligenza attese dal debitore, sia il potenziale responsabile, sono allora determinati o determinabili prima di un eventuale inadempimento, perché l'attuazione fisiologica del rapporto *a latere debitoris* dev'essere preceduta in senso logico, se non cronologico, dall'elaborazione di un modello di adempimento al quale l'esecuzione della prestazione dovrà conformarsi. Può presumersi, dunque, che l'insoddisfazione del credito sia dipesa da una causa imputabile all'obbligato, ma questi è ammesso a provare il contrario<sup>77</sup>.

La prova richiesta al debitore esenta da conseguenze giuridiche sfavorevoli e, perciò, viene spesso definita «liberatoria». Tuttavia, l'elemento soggettivo – come si è detto – è costitutivo della responsabilità al pari degli elementi oggettivi, sicché al debitore, nel giudizio instaurato dal creditore, tocca dimostrare che la fattispecie della responsabilità non si è perfezionata, non un fatto estintivo o impeditivo della stessa. Parlare di prova liberatoria può abbagliare, perché si evoca l'immagine di una responsabilità già sorta che incombe, ma può essere cancellata dall'accertamento della non colpevolezza: l'equivoco deriva dalla confusione tra piano sostanziale e piano processuale nell'art. 1218 cod. civ.<sup>78</sup>

La «causa non imputabile» *ex art.* 1218 cod. civ. racchiude tutti gli eventi capaci di escludere la responsa-

<sup>74</sup> Soltanto la verifica del pregiudizio giustifica un sindacato *ex post* sull'*an* e sul *quomodo* della condotta del danneggiante.

<sup>75</sup> V. P. FORCHIELLI, voce *Colpa (Diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 1 ss.

Sulla possibilità di impiegare con larghezza le presunzioni semplici, invece, v. già G. GIORGI, *op. cit.*, V, 256 ss.

<sup>76</sup> V. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XVI, t. 2, *Il comportamento del debitore*, Milano, 1984, 78; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, 142.

<sup>77</sup> Sotto il previgente Codice, a proposito dell'art. 1225, v. già G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa extracontrattuale*, II ed., I, Torino, 1903, 54; G. GIORGI, *op. cit.*, II, 57 ss.; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano, Parte Seconda, Diritto delle obbligazioni*, II, *Dei contratti in generale*, Padova, 1936, 191 ss.

<sup>78</sup> La commistione era ancor più marcata nel corrispondente art. 1225 del Codice previgente, il quale così disponeva: «[i]l debitore sarà condannato al risarcimento dei danni ... *ove non provi* ... una causa estranea a lui non imputabile ...» [corsivi aggiunti].

*Contra*, F. CARNELUTTI (*Appunti sulle obbligazioni*, II, *Distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, 620 ss., spec. 622 ss.), che attribuiva a questa disposizione natura sostanziale, in quanto avrebbe imposto di considerare l'elemento della colpa quale fatto (non costitutivo, bensì) impeditivo della responsabilità, e ne propugnava l'applicazione analogica anche in area aquiliana. Nella stessa direzione, di recente, v. A. NICOLUSSI, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 659 ss.





bilità del debitore per impossibilità della prestazione e, nella disciplina generale della responsabilità da inadempimento, sostituisce la varietà di formule liberatorie presenti nel Codice del 1865, che menzionava sia la «causa estranea non imputabile» (nell'art. 1225), sia la «forza maggiore» ed il «caso fortuito» (nell'art. 1226)<sup>79</sup>.

Il problema, piuttosto, è stabilire il livello di dettaglio della prova addossata all'obbligato. La giurisprudenza suole non accontentarsi della dimostrazione di una condotta diligente del debitore da cui possa presumersi – in base all'equazione *non culpa = casus*<sup>80</sup> – una causa a lui non imputabile, ancorché rimasta processualmente ignota per la difficoltà di identificarla o provarla<sup>81</sup>. Normalmente si esige la dimostrazione di uno specifico fatto incolpevole<sup>82</sup>. Eppure una prova di questo tenore, al più, può dirsi imposta solo dalle discipline di alcuni contratti (laddove si menzionano il caso fortuito, la forza maggiore o l'aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno)<sup>83</sup>, non dall'art. 1218 cod. civ. Insomma, soltanto un'espressa deroga al regime generale dei mezzi istruttori impedirebbe la prova per presunzioni del *casus*<sup>84</sup>, che è suggerita sia dalla manualistica classica<sup>85</sup>, sia dalla *Relazione al Codice Civile*<sup>86</sup>.

<sup>79</sup> V. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 290, nota 33; U. NATOLI, *op. ult. cit.*, t. 2, 59 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 1991, 481 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore, Artt. 1218-1222*, in *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1987, 293 ss.; F. GIARDINA, *op. ult. cit.*, 198 ss.

<sup>80</sup> V., per tutti, U. NATOLI (*op. ult. cit.*, t. 2, 62 ss., secondo il quale, durante la vigenza del Codice del 1865, l'equazione *casus = non culpa* poteva ben essere invertita, così da dare luogo ad un risultato valido anche sotto l'impero del Codice attuale); nonché U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, 242, 485 ss., 490 ss. V., inoltre, P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 481 ss.

<sup>81</sup> In giurisprudenza, cfr., ad esempio, Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1824, con nota di M. GORONI.

<sup>82</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. civ., 7 giugno 2011, n. 12274, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 536, con nota di M. RONCHI; Cass. civ., 10 marzo 2009, n. 5736, nella banca dati del sistema *Jurisdata*; Trib. Chieti, 22 febbraio 2012, n. 157, in *I contratti*, 2012, 913, con nota di G. ORLANDO.

<sup>83</sup> Si tratta di discipline che, per taluni, o imporrebbero al debitore una diligenza più intensa di quella ordinaria – sull'errato presupposto che essa sia di livello medio – o sgancerebbero la prova liberatoria dalla diligenza.

Ad esempio, sull'art. 1681, comma 1, cod. civ., v. L.F. PAOLUCCI, *Il trasporto di persone*, in *Il contratto di trasporto*, a cura di L.F. PAOLUCCI, M. IACUANIELLO BRUGGI, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1979, 155 ss.; M. GRIGOLI, *Il trasporto*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1984, 775; G. VISINTINI, *op. ult. cit.*, 298 ss. *Contra*, L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 381; A. VENDITTI, *Alcune osservazioni sulla responsabilità del vettore nel contratto di trasporto di persone*, in *Giur. it.*, 1955, I, sez. 1, 789; M. JANNUZZI, *Del trasporto, artt. 1678-1702*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di V. SCIALOJA-G. BRANCA, sub art. 1681, Bologna-Roma, 1961, 87 ss.; A. ASQUINI, voce *Trasporto di persone (contratto di)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 615.

Sull'art. 408 c.nav. v. G.A. RIGHETTI, voce *Trasporto marittimo*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Comm.*, XVI, Torino, 1999, 133 ss.

Sull'art. 1588 cod. civ. del conduttore per incendio della cosa locata, cfr. Cass. civ., 9 giugno 2003, n. 9199, in *I contratti*, 2004, 49, con nota di M.C. CAMPAGNOLI, a cui si rinvia per maggiori riferimenti.

Nella dottrina francese, v. già G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE (*Delle obbligazioni*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da G. Baudry-Lacantinerie*, vol. III, trad. sulla 3ª edizione originale in corso di stampa da una Società di Giuristi, a cura di P. BONFANTE, G. PACCHIONI-A. SRAFFA, Milano, s.d., 261 ss.), secondo i quali la stringente regola probatoria si spiega in quanto alcuni avvenimenti, «se possono talora costituire caso fortuito, non hanno però necessariamente, e neppure ordinariamente, questo carattere»: ad esempio, l'incendio della cosa locata o il furto della cosa in custodia sono di solito resi possibili da una negligenza del debitore. Nello stesso senso, nella dottrina italiana maturata sotto il previgente Codice, v. G. GIORGI, *op. cit.*, II, 26 ss.

<sup>84</sup> L'osservazione è di U. BRECCIA (*op. ult. cit.*, 486), il quale aggiunge che la ragione per cui si tende ad escludere *a priori* la prova per presunzioni «sta nell'idea che soltanto l'imposizione della prova dello specifico fatto impeditivo scongiuri il pericolo che il debitore si liberi invocando un comportamento genericamente “diligente”. Il giudice nondimeno dovrebbe escludere una tale prova indipendentemente dalla palese inidoneità di quest'ultima a fornire la presunzione dell'impossibilità derivante da causa non imputabile. La formula dell'art. 1218 è di per sé compatibile soltanto con accertamenti rigorosi e puntuali, dai quali possa desumersi che il debitore abbia agito fino al limite del “possibile” ...». V. anche C.M. BIANCA, *op. cit.*, 159 ss.

Questa soluzione è ritenuta assai discutibile da F. PIRAINO (*«Ingiustizia del danno» e anti-giuridicità*, cit., 1079 ss.), il quale replica che «[l']attestazione del generico *agire diligenter* non si pone in alcun rapporto di causa ad effetto con il sopraggiungere di una



Vale la pena di aggiungere che qualunque giudizio di colpevolezza deve poggiare sulla capacità d'intendere e di volere<sup>87</sup> anche ai fini della responsabilità da inadempimento, com'è sancito espressamente dall'art. 2046 cod. civ. in area extracontrattuale<sup>88</sup>. Una condotta diligente, infatti, è esigibile solo da chi abbia la capacità naturale di agire, che è a maggior ragione indispensabile per rimproverare al *solvens* un dolo<sup>89</sup>.

Tutte le considerazioni sin qui svolte sono senz'altro vere se si aderisce alle tesi che attribuiscono natura soggettiva alla responsabilità contrattuale, ma la questione rimarrebbe inalterata anche qualora si accedesse alle tesi che ne sostengono la natura oggettiva<sup>90</sup>. Quest'ultima opzione ricostruttiva avrebbe come unica differenza – pur enorme sul piano dogmatico – l'integrazione dell'inadempimento con la mancanza o l'inesattezza della prestazione, a prescindere dalle ragioni personali adducibili dal debitore, mentre tutto il resto – in particolare, il criterio d'imputazione e l'elaborazione *ex ante* di un ideale di condotta a cui raffrontare quella concreta (ossia, la sufficienza di una discrasia oggettiva rispetto alla prestazione attesa) – si atteggierebbe allo stesso modo<sup>91</sup>.

---

causa di impossibilità, neppure se il debitore provi di aver adottato tutte le misure richieste dal contenuto della prestazione fino al limite dell'impossibilità oggettiva e relativa, anche perché una tale prova non attiene alla c.d. diligenza conservativa ma, al limite, si colloca sul piano dell'esattezza della condotta debitoria ...». Bisogna osservare, però, che la prova di aver adottato tutta la diligenza necessaria per una prestazione esatta è idonea a soddisfare almeno in prima battuta l'onere probatorio del debitore e a trasferire sul creditore l'onere di una controprova.

<sup>85</sup> V. già G. GIORGI, *op. cit.*, II, 33, 56, 59 ss.; nonché M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, rist. 1970, 244 ss.

<sup>86</sup> V. il n. 571.

<sup>87</sup> Nella dottrina penalistica, v. F. MANTOVANI, *op. cit.*, 305 ss.; T. PADOVANI, *op. cit.*, 240 ss.

<sup>88</sup> Sull'estensibilità dell'art. 2046 cod. civ. a tutti gli atti anche leciti, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 110 ss.

*Contra*, P.G. MONATERI, *op. cit.*, 673; V. DI GRAVIO (*Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, 80 ss.), il quale reputa che la responsabilità contrattuale non sia la reazione dell'ordinamento ad un illecito del debitore e, dunque, che l'irrelevanza dello stato soggettivo dell'inadempiente si giustifichi perfettamente, «ove si consideri che l'obbligazione risarcitoria fa parte della disciplina complessiva dell'obbligazione così come venne assunta; sicché la verifica sulla capacità va fatta con riguardo all'epoca dell'assunzione e non già a quella dell'esecuzione», sebbene l'incapacità naturale del debitore possa esonerarlo da responsabilità qualora integri un'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile.

<sup>89</sup> Sulla necessità della capacità naturale di agire anche ai fini della responsabilità contrattuale e sull'impossibilità di argomentare in senso contrario dall'art. 1191 cod. civ., si consenta il rinvio a G. ANZANI, *Capacità di agire e inadempimento: alcune questioni aperte*, in *Jus civile*, 2020, 1309.

<sup>90</sup> Per una ricostruzione delle varie tesi in materia, v. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, 124 ss. Si consenta il rinvio anche a G. ANZANI, *Diligenza e figura del buon padre di famiglia tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Il Caso.it*, 10 maggio 2020, 1.

Uno degli argomenti spesi in dottrina dai sostenitori della natura oggettiva della responsabilità da inadempimento si fonda sull'analisi della giurisprudenza, la quale, se si oltrepassasse lo schermo degli *obiter dicta*, evidenzerebbe come nelle soluzioni dei casi concreti sia riscontrabile l'accentuata tendenza a non ritenere sufficiente la prova di un comportamento diligente da parte del debitore: v. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 364 ss.; EAD., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, III ed., Milano, 2005, 200 ss.; F. GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contr. e impr.*, 1989, 35 ss.

Tuttavia, non mancano Autori che ricostruiscono il sistema attraverso l'analisi della giurisprudenza, ma giungono alla conclusione diametralmente opposta: il riferimento è a C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 15 ss.

<sup>91</sup> Non vale osservare – come fa G. VISINTINI (*I fatti illeciti*, II, *L'imputabilità e la colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione*, II ed., Milano, 1998, 159 ss.; voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1990, 3; *Trattato breve*, cit., 256 ss.) – che, se la nozione di colpa contrattuale coincide con l'oggettiva omissione di una condotta dovuta o conforme a quella dovuta, spetta sempre al danneggiato, come in ambito aquiliano, dimostrare tutti i fatti costitutivi della pretesa (sebbene essi siano in numero inferiore ai fini della responsabilità *ex art.* 1218 cod. civ., dove non rileverebbe una colpa in senso soggettivo). Il creditore, comunque, sarebbe sollevato dall'onere di dimostrare che quel dato oggettivo deriva da una causa imputabile al debitore, a prescindere dal significato che si voglia attribuire alla formula «causa a lui non imputabile» e, quindi, anche se la si voglia riferire semplicemente alle cause esterne alla sfera organizzativa del debitore.



**5.1.** – La disciplina delle due specie di responsabilità civile non si esaurisce nelle regole, rispettivamente generali, degli artt. 2043 e 1218 cod. civ., perché contiene molte fattispecie settoriali, le quali hanno criteri d'imputazione variegati.

Nondimeno, tali criteri sono spesso analoghi in ipotesi affini di responsabilità extracontrattuale e contrattuale. Ad esempio, gli artt. 2050 e 2054, comma 1, cod. civ. sono accostabili all'art. 1681 cod. civ.; e le regole degli artt. 2051 e 2052 cod. civ. sono simili a quella stabilita dall'art. 1693 cod. civ. per un'obbligazione contrattuale di custodia<sup>92</sup>. In effetti, «la formulazione di un criterio generale di imputabilità, pur se necessaria per completezza del sistema, deve svolgere tuttavia ruolo marginale e residuale rispetto all'esigenza primaria di individuare i differenti rapporti in cui il soggetto può venire a trovarsi con il fatto lesivo e le diverse conseguenti possibilità che lo stesso soggetto ha di impedire la produzione del danno»<sup>93</sup>.

La giurisprudenza tende a riconnettere alla diligenza solo le prove liberatorie incentrate sulla condotta del responsabile, debitore o meno, come quando occorre la dimostrazione di «avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno» o di «aver fatto tutto il possibile per evitare il danno» (ad esempio, negli artt. 1681, 2047, 2048, 2050 e 2054, comma 1, cod. civ.)<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> V. F. GIARDINA, *op. cit.*, 8.

<sup>93</sup> Così U. MAJELLO, *op. ult. cit.*, 113 ss.

<sup>94</sup> Sull'art. 1681 cod. civ., cfr. Cass. civ., 20 aprile 2018, n. 9811, in cui si legge che l'evento dannoso deve costituire «fatto imprevedibile e non evitabile con la normale diligenza»; Cass. civ., 27 ottobre 1993, n. 10680, in *Giust. civ.*, 1994, I, 700. Sulla regola simile dell'art. 2054, comma 1, cod. civ., cfr. Cass. civ., 21 gennaio 2000, n. 681, in *Arch. circ.*, 2000, 298. Sull'art. 2048 cod. civ., cfr. Cass. civ., 20 aprile 2007, n. 9509, in *Danno e resp.*, 2007, 1025, con nota di S. Taccini; Cass. civ., 18 gennaio 2006, n. 831, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1071, con nota di L. GAVAZZI; Cass. civ., 20 ottobre 2005, n. 20322, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 990, con nota di P. QUARTICELLI. Sull'art. 2050 cod. civ., cfr. Cass. civ., 4 maggio 2004, n. 8457, in *Foro it.*, 2004, I, 2378, con nota di A.L. BITETTO; Cass. civ., 24 novembre 2003, n. 17851, in *Danno e resp.*, 2004, 1223, con nota di A. GIORDO; Cass. civ., 13 maggio 2003, n. 7298, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1351, con nota di M. RONCHI; in *Danno e resp.*, 2004, 181, con nota di C. PERFUMI. La regola di responsabilità delineata nell'art. 2050 cod. civ. viene poi richiamata, quantomeno con riguardo al riparto probatorio, in caso di illecito trattamento dei dati personali, sebbene l'attività di trattamento non abbia di per sé natura pericolosa: in proposito, cfr. Cass. civ., 26 giugno 2012, n. 10646, in *Danno e resp.*, 2013, 399, con nota di C. BALDASSARRE.

Per M. COMPORI (*Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Pompei, 1965, 264 ss.), tuttavia, si scorgerebbe una notevole diversità tra la formula dell'art. 2050 cod. civ., da un lato, e quelle degli artt. 2047, 2048 e 2054, comma 1, cod. civ., dall'altro, giacché nella prima si richiederebbe la prova di un dato precedente al sinistro, ossia dell'adozione di misure di prevenzione *astrattamente* idonee, secondo la tecnica e l'esperienza, a scongiurare pregiudizi a terzi, mentre nelle altre si esigerebbe che il potenziale responsabile dimostri di aver compiuto tutte le manovre e di aver posto in essere ogni cautela che *in concreto* fossero possibili per evitare il danno. «A tale interpretazione si perviene anche attraverso il confronto letterale fra la norma di cui all'art. 2050 e quella di cui all'art. 2054 c. 1: nella prima la prova liberatoria viene fondata sull'adozione di misure di prevenzione per l'esercizio dell'attività pericolosa, ossia su un particolare «fatto tecnico» qualificato da una diligenza «tecnica» in relazione all'art. 1176 cpv. C.C.; nell'art. 2054 c. 1 la norma pone l'accento sulla circostanza che il conducente del veicolo abbia *fatto* tutto il possibile per evitare il danno, e cioè si riferisce non ad un dato anteriore, ma ad un comportamento immediato del soggetto. ... Insomma, mentre la prova dell'assenza di colpa si raggiunge attraverso la dimostrazione dell'inevitabilità del fatto dannoso, essenzialmente in concreto, nell'art. 2050 C.C., agli effetti liberatori[,] occorre sia la prova di tale assenza di colpa (perché se risultasse l'evitabilità in concreto del danno sussisterebbe certamente responsabilità), sia la prova più difficile e più rigorosa attinente all'organizzazione preventiva di accorgimenti tecnici idonei ad evitare il danno».

F. GALGANO (*Trattato di diritto civile*, III, cit., 217 ss., 230 ss.), invece, ritiene che l'art. 2050 e l'art. 2054, comma 1, cod. civ. implicino un giudizio di mera causalità rispetto all'evento lesivo, non di colpa, mentre una valutazione di diligenza deve investire non tanto l'atto che ha cagionato la lesione, quanto l'attività complessiva e precedente in cui esso si inseriva, ossia l'organizzazione dell'attività.

Secondo M. FRANZONI (*op. ult. cit.*, 437 ss., 605 ss., 613 ss., 691 ss., 722 ss.), poi, l'analisi della giurisprudenza evidenzerebbe che, al di là delle declamazioni, nessun rilievo viene riconosciuto alla diligenza dell'agente nell'applicazione degli artt. 2050 e 2054 cod. civ., così come degli artt. 2047 e 2048 cod. civ.: siccome è esigibile ogni cautela idonea ad evitare anche eventi lesivi rientranti normalmente nella nozione del fortuito e la stessa verifica di tali eventi è indice della loro prevedibilità, la prova liberatoria può consistere in definitiva solo in un evento del tutto inevitabile che abbia interrotto il nesso causale. Per conclusioni analoghe fondate



Al contrario, le prove liberatorie senza espliciti agganci alla condotta del responsabile escluderebbero il nesso di causalità materiale, come quando occorre la dimostrazione della «forza maggiore» o del «caso fortuito» (ad esempio, negli artt. 1693, 1785, n. 2, 2051 e 2052 cod. civ.)<sup>95</sup>. I giudici propensi alla responsabilità oggettiva, però, la contaminano spesso con elementi soggettivi, fino a creare regimi “misti” di responsabilità<sup>96</sup>.

sullo scrutinio della giurisprudenza, ed in particolare sull’art. 2048 cod. civ., v. inoltre già P.G. MONATERI (*op. cit.*, 944 ss.), per il quale tra l’altro, ai sensi di questa disposizione, sussisterebbe soltanto la responsabilità vicaria e non quella del minore (965 ss.).

M. COMPORTI (*Esposizione al pericolo*, cit., 46 ss.; ID., *Le presunzioni di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 647 ss.) afferma che la fattispecie costitutiva di una responsabilità è solo «il complesso degli elementi condizionanti l’effetto giuridico dell’obbligo risarcitorio» e, dunque, fattispecie come quelle degli artt. 2047, 2048, 2050 e 2054, comma 1, cod. civ. darebbero luogo ad un *tertium genus* tra responsabilità oggettiva e responsabilità soggettiva, perché la colpa non sarebbe un elemento costitutivo, mentre l’assenza di colpa sarebbe un elemento impeditivo. Nello stesso senso, v. P.G. MONATERI (*op. cit.*, 83 ss., 931 ss., 944 ss., 1007 ss.), il quale parla di responsabilità «intermedie» o «*prima facie*» e considera di natura oggettiva anche le ipotesi di responsabilità che ammettono una prova contraria incentrata sulla condotta del potenziale responsabile.

<sup>95</sup> Sulla responsabilità *ex art.* 1693 cod. civ., cfr. Cass. civ., 10 febbraio 2003, n. 1935, in *I contratti*, 2003, 1016, con nota di L. CASTELLI; Cass. civ., 8 agosto 1996, n. 7293 (in *Foro it. DVD*), in cui il caso fortuito viene formalmente identificato con l’assenza di colpa, ma la diligenza nell’adempimento è apprezzata con estremo rigore. Peraltro, è controversa la riconducibilità dei danni al bagaglio consegnato al vettore di persone (cioè al bagaglio “non a mano”) alla disciplina del trasporto di persone piuttosto che di cose (sull’assunto, in quest’ultima prospettiva, della stipulazione di un contratto di trasporto di cose accessorio a quello di trasporto di persone): cfr. Cass. civ., 11 novembre 2003, n. 16938 (in *Danno e resp.*, 2004, 403, con nota di A. GIORDO), in cui viene prediletta la prima alternativa.

Sull’art. 1785, n. 2, cod. civ., cfr. Cass. civ., 5 dicembre 2003, n. 18651 (in *I contratti*, 2004, 469, con nota di L. CASTELLI), in cui si effettua un parallelismo con l’art. 1693 cod. civ.

Sull’art. 2051 cod. civ., per la natura oggettiva della responsabilità, cfr., di recente e soprattutto, Cass. civ., 28 novembre 2019, n. 31065, nella banca dati *on line* del sistema *DeJure*; Cass. civ., 13 marzo 2018, n. 6034 (nella banca dati del sistema *Jurisdata*), in cui si precisa che l’imprevedibilità e l’inevitabilità della causa di esclusione della responsabilità vanno intese «nel senso di estraneità alla regolarità o adeguatezza causale»; nonché Cass. civ., 6 febbraio 2007, n. 2563, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1263, con nota di C.M. PENUTI; Cass. civ., 11 gennaio 2005, n. 376, Cass. civ., 15 ottobre 2004, n. 20335, in *Danno e resp.*, 2005, 1103, con nota di P. LAGHEZZA; Cass. civ., 6 luglio 2004, n. 12329, in *Danno e resp.*, 2004, 1193, con osservazioni di G. FINOCCHIARO; Cass. civ., 15 marzo 2004, n. 5236, in *Foro it.*, 2004, I, 2098, con nota di A. FABRIZIO-SALVATORE; Cass. civ., 20 agosto 2003, n. 12219 e Cass. civ., 20 agosto 2003, n. 12211, in *Danno e resp.*, 2004, 515, con nota di C. COSTANTINI; Cass. civ., 10 febbraio 2003, n. 1948, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1377, con nota di G. FACCI. *Contra*, per la natura soggettiva della responsabilità, cfr., *ex multis*, Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2308, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1252, con nota di A. MENINI; Trib. Monza, 17 marzo 2016, in *Danno e resp.*, 2016, 1012, con nota di E. BAFFI, D. NARDI. Sull’art. 2052 cod. civ., cfr. Cass. civ., 19 marzo 2007, n. 6454, in *Foro it. DVD*. Sull’art. 2053 cod. civ., in cui il caso fortuito, pur non esplicitamente menzionato, viene recuperato come prova liberatoria in via interpretativa, cfr. Cass. civ., 14 ottobre 2005, n. 19974, in *Danno e resp.*, 2006, 865, con nota di R. FOFFA.

Per una rassegna dei tanti significati, praticamente coincidenti, di caso fortuito e di forza maggiore, v., nella dottrina civilistica, G. GIORGI, *op. cit.*, II, 7 ss.; G. COTTINO, voce *Caso fortuito e forza maggiore (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 377; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 169 ss.; nella dottrina penalistica, dove si parla di «istituti senza patria», A. PECORARO-ALBANI, voce *Caso fortuito e forza maggiore (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 390; G. GREGORI, voce *Caso fortuito e forza maggiore (Diritto penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 1; T. PADOVANI, *op. cit.*, 308 ss.

La progressiva oggettivazione giurisprudenziale di molte fattispecie settoriali di responsabilità, nelle quali il legislatore storico aveva ravvisato il criterio d’imputazione della colpa, ha poi permesso ad una parte della dottrina di affermare, ad esempio, che «continuare a pensare all’art. 2050 come regola di responsabilità per colpa[,] sia pure risultando «ampliato il contenuto del dovere di diligenza» secondo le parole della Relazione (n. 795), diventa sistematicamente incongruo. La norma concepita come la fonte di responsabilità più intensa e rigorosa finirebbe con l’essere superata da regole portatrici di responsabilità oggettiva per ipotesi pensate dal legislatore come meno cogenti a una disciplina di tal genere. In questo caso l’interpretazione storica e l’interpretazione sistematica cospirano in senso antagonista rispetto alla interpretazione letterale e ... possono a questo punto essere dichiarate senz’altro prevalenti» (così C. CASTRONOVO, *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 464 ss.).

<sup>96</sup> Sulla necessità di leggere criticamente la giurisprudenza in materia, v. A.P. BENEDETTI, *Condotta del danneggiato e responsabilità da cose in custodia: spunti di riflessione*, in *Danno e resp.*, 2011, 234. A proposito dell’art. 2051 cod. civ., v. in generale F.P. PATTI, *Il declino della responsabilità oggettiva (a margine dell’art. 2051 cod. civ.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 977.





Quest'ultima lettura del dato positivo, tuttavia, è stata tenacemente osteggiata da una parte della dottrina. Si è già osservato, infatti, che la causa non imputabile *ex art.* 1218 cod. civ. assorbe ormai la forza maggiore ed il caso fortuito, sebbene le discipline di alcuni contratti continuino ad impiegare queste prove liberatorie a mo' di mera specificazione della regola generale<sup>97</sup>. Come nella disciplina delle obbligazioni, poi, il riferimento alla forza maggiore ed al caso fortuito indica assenza di colpevolezza anche nel settore dei fatti illeciti<sup>98</sup>. Se si risolvessero in un'interruzione della causalità materiale, la forza maggiore ed il caso fortuito, che ricomprendono pacificamente le prescrizioni normative e gli ordini dell'Autorità impeditivi di determinati comportamenti (*factum principis*), sarebbero superflui nell'intelaiatura lessicale delle fattispecie di responsabilità, giacché il nesso eziologico è essenziale pure in quelle a carattere oggettivo<sup>99</sup>.

Non a caso, il *factum principis* può rilevare altresì come causa di impossibilità della prestazione non imputabile al debitore. L'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*», come modificato in sede di conversione, dispone che «[i]l rispetto delle misure di contenimento [della pandemia da Covid-19] è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»<sup>100</sup>: si tratta di una disposizione interpretativa, non eccezionale, perché ribadisce la regola generale in materia di *factum principis* nella fattispecie contemplata<sup>101</sup> e, con l'accertamento in via legislativa di una causa di forza maggiore, agevola sul piano probatorio il debitore<sup>102</sup>.

<sup>97</sup> V. la *Relazione al Codice Civile*, n. 571.

Al massimo, può ritenersi plausibile che l'impossibilità della prestazione, ai fini dell'esonerazione del debitore da responsabilità, abbia contorni che risentono della diversa denominazione della fonte originatrice. In questa prospettiva, l'impossibilità rilevante solo in quanto conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito sarebbe più rigida dell'impossibilità conseguente ad una causa non imputabile, poiché si sposterebbe oltre la linea della relatività e dovrebbe avere il carattere dell'assolutezza, come avviene per le responsabilità *ex repto*. V. F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1068 ss.

<sup>98</sup> V. G. COTTINO, *op. cit.*, 377 ss., spec. 380; F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., 66 ss. V. anche P. FORCHIELLI, *op. ult. cit.*, 6.

<sup>99</sup> V. P. FORCHIELLI, voce *Caso fortuito e forza maggiore (Diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 1 ss. Con particolare riguardo al ruolo del caso fortuito nell'art. 2051 cod. civ., v. C.M. BIANCA, *Danni da beni demaniali: spunti sistematici in tema di responsabilità del custode sollecitati dalla lettura delle sentenze della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 29 ss.

Le fattispecie di responsabilità oggettiva, infatti, si differenziano da quelle di responsabilità soggettiva solo per un diverso criterio d'imputazione: V. F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, II, 624 ss.

<sup>100</sup> Sebbene alcuni Autori suggeriscano un'interpretazione estensiva di questa disposizione (v. V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *GiustiziaCivile.com*, 31 marzo 2020, 4; A. MONTEVERDE, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 in tema di obbligazioni non adempite e responsabilità del debitore*, in *IlCaso.it* del 20 aprile 2020, 7 ss.), attualmente prevale l'interpretazione restrittiva, secondo cui il debitore è esonerato da responsabilità solo se non abbia potuto eseguire la prestazione nel periodo di c.d. *lockdown* e per cause strettamente inerenti ad esso, non anche per difficoltà economiche e carenza di liquidità generate dalla paralisi o dal rallentamento delle attività economiche rese indispensabili per fronteggiare la pandemia (v. R. DELLA SANTINA, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa ai tempi della pandemia da Covid-19. Impressioni e spunti di riflessione*, in *IlCaso.it* del 1° aprile 2020, 9; A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *GiustiziaCivile.com* del 3 aprile 2020, 5 ss.).

Non manca, infatti, chi propone *de jure condendo* un intervento legislativo che giustifichi l'insolvenza cagionata da forza maggiore, come una pandemia foriera di una grave crisi economica, così da evitare la responsabilità da inadempimento del debitore e, nel caso in cui questi sia un imprenditore, il suo assoggettamento a procedure concorsuali: v. G. LIMITONE, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, in *IlCaso.it* del 2 aprile 2020, 1.

<sup>101</sup> V. R. SENIGAGLIA, *Le attuali sopravvenienze contrattuali tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Jus civile*, 2021, 653 ss.

<sup>102</sup> V. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno e resp.*, 2020, 702.





Le sezioni unite della Corte di Cassazione, del resto, hanno recentemente definito la forza maggiore ed il *factum principis* «una causa esterna, sopravvenuta, imprevedibile ed inevitabile, *malgrado* l'adozione di tutte le precauzioni del caso, ... ciò rendendo inesigibile, secondo una regola generale immanente nell'ordinamento, il comportamento richiesto dalla norma...»<sup>103</sup>.

Parte della dottrina sostiene che la costruzione ermeneutica di forme di responsabilità oggettiva sia necessaria almeno qualora il danno provenga da cose, perché il fondamento della responsabilità – come quella *ex art. 2051 cod. civ.* – riposerebbe sull'assunzione del rischio inerente ai beni dai quali il responsabile trae utilità. Tuttavia, «se ciascuno deve sopportare tale rischio rispetto alle cose che egli utilizza, a maggior ragione dovrebbe sopportare il rischio obiettivo dei fatti che provengono dalla propria persona», altrimenti la *ratio* della regola di responsabilità sarebbe inverosimile<sup>104</sup>.

Una più vasta imputazione oggettiva degli illeciti contrattuali o extracontrattuali è auspicabile, magari sulla base di un'«analisi economica del diritto»<sup>105</sup>. Ma questo approdo – che sarebbe in linea con i progetti europei di codificazione<sup>106</sup> – può essere raggiunto perlomeno solo *de jure condendo*.

Semmai, l'impiego delle locuzioni «forza maggiore» e «caso fortuito» potrebbe segnalare, in entrambi i regimi di responsabilità civile, che la prova di una positiva causa non imputabile della lesione è indispensabile, così da porre il peso economico della causa ignota a carico di chi viene indicato dalla legge come obbligato al risarcimento<sup>107</sup>: l'assenza della prova richiesta farebbe rispondere del danno in virtù di una responsabilità definita «semioggettiva»<sup>108</sup>. Le regole giurisprudenziali sul riparto dell'onere della prova, allora, sarebbero uniformi almeno quando il diritto al risarcimento abbia per fonte o un inadempimento, dalla cui responsabilità ci si libererebbe con la dimostrazione di una causa non imputabile come interpretata – per quanto già detto – dalla giurisprudenza, o qualcuna tra quelle ipotesi settoriali di responsabilità, sia contrattuale sia extracontrattuale, neutralizzate ora dalla forza maggiore ora dal caso fortuito.

L'uniformità sul piano probatorio, però, sussisterebbe parimenti qualora le suddette locuzioni fossero intese in un'accezione oggettivata. Quest'ultima, se accolta per le fattispecie di responsabilità extracontrattuale, dovrebbe valere, giusta il principio di coerenza sistematica dell'ordinamento, anche per le analoghe fattispecie di responsabilità contrattuale<sup>109</sup>.

Piuttosto, forse bisognerebbe rinunciare all'univocità delle espressioni «caso fortuito» e «forza maggiore», giacché l'uso che ne fa il legislatore «non appare preordinato da un chiaro disegno». In realtà, esse han-

<sup>103</sup> Così si legge in Cass. civ., sez. un., 23 aprile 2020, n. 8094, sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>104</sup> «Dunque, o la responsabilità è sempre obiettiva, anche quando si tratta di un fatto che proviene dalla propria persona, oppure la limitazione del rischio obiettivo al fatto delle cose non sembra avere giustificazione alcuna» (così U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 182).

<sup>105</sup> V. C. CASTRONOVO, voce *Responsabilità oggettiva, II) Disciplina privatistica (Dir. comp. e stran.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 1.

<sup>106</sup> V. V. ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 167.

<sup>107</sup> In proposito, v. la rassegna offerta da P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, spec. 183 ss.

Nella dottrina italiana, v. anche M. GIORGIANNI, voce *Inadempimento (Diritto privato)*, cit., 876 ss.; nonché già G. GIORGI (*op. cit.*, V, 609 ss., 621), il quale, a proposito della responsabilità extracontrattuale per il danno cagionato da animali o da rovina di edifici, affermava che le prove generiche e vaghe sarebbero state in contrasto con la presunzione legale di colpa del «custode»; V. POLACCO, *op. cit.*, 338 ss.

Nella dottrina francese, v. già G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da G. Baudry-Lacantinerie*, vol. IV, trad. sulla III edizione originale in corso di stampa da una Società di Giuristi, a cura di P. BONFANTE, G. PACCHIONI, A. SRAFFA, Milano, s.d., 686, 715 ss.

<sup>108</sup> L'espressione è di F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, cit., 25.

<sup>109</sup> V. L. MENGONI (*La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 125), che (alle pagg. 120 ss.) propende per la generalizzazione dell'accezione oggettivata.



no un significato da ricercare «esclusivamente attraverso la *ratio* e la storia delle singole disposizioni, oltre che attraverso il loro collegamento sistematico con altre norme»<sup>110</sup>.

Una parte della dottrina, poi, ha proposto di intendere la forza maggiore ed il caso fortuito non sul piano della colpevolezza o su quello della causalità, bensì come limite al «rischio» di una responsabilità oggettiva nel gioco dei profitti e delle perdite finanziarie calcolabili *ex ante*. Queste prove liberatorie, cioè, designerebbero fatti atipici estranei sia al tipo, sia all'entità economica del rischio che un soggetto si aspettava di correre, quale potenziale obbligato al risarcimento, in virtù di una data fattispecie sostanziale di responsabilità, ossia un rischio a cui non ci si sarebbe potuti preparare adeguatamente mediante la stipulazione di polizze assicurative o l'accantonamento di riserve proprie a mo' di "autoassicurazione"<sup>111</sup>. E per le ipotesi di responsabilità del "custode", con diversità di sfumature e di accenti, taluno ha proposto di ritenere fortuiti tutti i fatti estranei alla causalità propria di ciò che dev'essere controllato, nel senso che tale estraneità andrebbe determinata, di volta in volta, con riguardo alla possibilità di governare l'oggetto della "custodia"<sup>112</sup>. Si tratta di soluzioni ermeneutiche affioranti timidamente in una giurisprudenza di nicchia<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Così conclude M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 252 ss.

<sup>111</sup> V. P. TRIMARCHI (*op. ult. cit.*, spec. 209 ss.), il quale (alle p. 223 ss.) afferma che allora la prova liberatoria attiene ad un evento «che risponde a una definizione, diversa per le diverse attività, la quale abbia la proprietà di comprendere solo eventi tanto rari da non potersi pretendere che se ne tenga conto, e di natura tale da causare danni in un ordine di grandezza superiore a quello dei danni che l'attività è idonea a causare e dei quali si può pretendere che si tenga conto. Da questa definizione deriva immediatamente che la categoria del «caso fortuito» si assottiglia tanto più quanto più alto è l'ordine di grandezza dei danni tipici che l'attività è idonea a causare. Inoltre, la categoria del «caso fortuito» si assottiglia tanto più per l'operare della legge dei grandi numeri, quanto più vasta e sviluppata è l'attività cui il rischio appartiene». Lo stesso Autore (alle p. 275 ss.) ritiene, inoltre, che la prova liberatoria incentrata, ad esempio, sull'«avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno», com'è quella dell'art. 2050 cod. civ., possa essere intesa nel senso della rilevanza non della circostanza soggettiva che il danneggiante ed i suoi collaboratori abbiano fatto quanto loro spettava di fare per andare esenti da colpa, bensì della circostanza oggettiva della mancata adozione dei dispositivi di sicurezza offerti dallo stato attuale delle conoscenze tecniche e idonei ad evitare il danno: ne risulterebbe una figura particolare di responsabilità oggettiva, più circoscritta di quella che ha per limite il caso fortuito, ossia «una responsabilità per rischio oggettivamente evitabile». V. anche P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 133 ss.; ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019, *passim*.

Sulla «teoria del rischio creato», v. nella dottrina francese già G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *op. cit.*, IV, 716 ss.

<sup>112</sup> V. R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 644 ss.

<sup>113</sup> Cfr., in materia di responsabilità *ex art.* 2051 cod. civ. della P.A., Cass. civ., 16 maggio 2008, n. 12449 e Cass. civ., 25 luglio 2008, n. 20427, in *Danno e resp.*, 2008, 1241, con nota di P. LAGHEZZA; in materia di responsabilità *ex art.* 2051 cod. civ. dei privati, Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24804, in *Danno e resp.*, 2009, 489, con note di M. PASTORE e P. SANTORO.

In Cass. civ., n. 12449/2008, cit., in particolare, si legge che «il custode di beni privati risponde oggettivamente dei danni provocati dal modo di essere e di operare del bene, sia in virtù del tradizionale principio "*cuius commoda eius incommoda*" ...; sia anche in considerazione del fatto che il privato ha il potere di escludere i terzi dall'uso del bene, e così di circoscrivere i possibili rischi di danni provenienti dai comportamenti altrui. Il custode del bene demaniale destinato all'uso pubblico, per contro, è esposto a fattori di rischio potenzialmente indeterminati, a causa dei comportamenti più o meno civili, corretti e avveduti degli innumerevoli utilizzatori, che egli non può escludere dall'uso del bene e di cui solo entro certi limiti può sorvegliare le azioni. In questi casi la responsabilità oggettiva del custode di cui all'art. 2051 cod. civ. – pur in linea di principio innegabile – presenta un problema di delimitazione dei rischi di cui far carico all'ente gestore e "custode", la cui soluzione va ricercata in principi non sempre coincidenti con quelli che valgono per i privati. Le peculiarità vanno individuate non solo e non tanto nell'estensione territoriale del bene e nelle concrete possibilità di vigilanza su di esso e sul comportamento degli utenti – a cui si fa spesso riferimento, nella casistica giurisprudenziale – quanto piuttosto nella natura e nella tipologia delle cause che abbiano provocato il danno: per esempio, secondo che siano intrinseche alla struttura del bene, sì da costituire fattori di rischio conosciuti, conoscibili ed evitabili dal custode ..., o che si tratti invece di situazioni di pericolo estemporaneamente create da terzi, non conoscibili né eliminabili dal custode se non dopo un certo tempo, neppure con la più diligente attività di manutenzione ... I principi giurisprudenziali enunciati in precedenza stanno ad indicare per l'appunto la necessità di addossare al custode solo i rischi di cui egli può essere tenuto a rispondere, in relazione ai doveri di sorveglianza e di manutenzione da lui razionalmente esigibili, in base a criteri di corretta e diligente gestione, tenuto conto della natura del bene e della causa del danno. Sotto il profilo sistematico la suddetta selezione dei rischi va compiuta ... tramite una più ampia ed elastica applicazione della nozione di caso fortuito, idoneo ad interrompere il nesso causale fra il modo di essere e di operare della cosa e il danno».



L'oggettivazione del fortuito tramite l'ancoraggio ad "anomalie" nei risvolti pregiudizievoli di un determinato fatto lesivo, inoltre, è ottenuta da chi in dottrina preferisce decifrare il lessico legislativo con il concetto di «pericolo». Il rischio ispira un'indagine perlopiù economica nell'esclusiva prospettiva del potenziale responsabile, cioè valutazioni di compatibilità tra regole di responsabilità ed equilibrio finanziario dell'obligato al risarcimento. Il pericolo, invece, porta ad indagare il profilo più strettamente giuridico ed esteriore dei rapporti fra le sfere intersoggettive coinvolte, anche in quanto la responsabilità oggettiva è dominata dallo scopo di difendere gli individui dalle crescenti minacce di danno del mondo moderno. Più in particolare, il criterio del pericolo imputerebbe la responsabilità quando si accerti, da un lato, che il soggetto indicato come responsabile ha esposto i terzi danneggiati alla situazione tipica contemplata dalla fattispecie legale e, dall'altro, che da questa situazione è derivato il danno<sup>114</sup>. La nozione di fortuito sarebbe unitaria in entrambe le specie di responsabilità civile, ma oggigiorno si distinguerebbe da quella di causa non imputabile *ex art.* 1218 cod. civ., rilevante solo in materia di responsabilità da inadempimento, per i persistenti ancorché impliciti caratteri dell'assoluta inevitabilità dell'evento, nonché dell'estraneità o alla condotta del soggetto potenzialmente responsabile, o alla situazione fattuale che funge da criterio di imputazione<sup>115</sup>.

**5.2.** – Di certo, alcune fattispecie aquiliane ispirate a *rationes* peculiari, con un moto centrifugo, si sono distaccate maggiormente dal «fatto illecito», *rectius* dall'atto illecito di cui all'art. 2043 cod. civ., perché talvolta si diviene responsabili per la mera posizione rivestita verso la persona o il bene che siano risultati fonte del danno patito da altri, ossia a titolo oggettivo o, almeno, semioggettivo. Il nesso causale con l'evento lesivo potrebbe sussistere rispetto ad una condotta di terzi o ad una realtà materiale connessa alla qualifica giuridicamente rilevante rivestita dal responsabile, come quella di preponente *ex art.* 2049 cod. civ., di custode *ex art.* 2051 cod. civ. o di proprietario *ex art.* 2053 cod. civ.<sup>116</sup>.

Si tende a ritenere che la responsabilità gravi sul titolare della qualifica anche qualora questi fosse incapace al momento dell'evento lesivo<sup>117</sup>.

«Tutto ciò mette in chiara evidenza come la responsabilità civile non assolva una funzione unitaria, e meno che mai, come la giurisprudenza ha finito con l'ammettere, può essere ricondotta alla violazione di un generale principio esprimibile in termini di *neminem laedere*», anche perché le fattispecie di responsabilità indiretta od oggettiva hanno un ambito di applicazione talmente esteso da non poter essere degradate a semplici eccezioni prive di significativi risvolti sistematici<sup>118</sup>.

---

In Cass. civ., n. 24804/2008, cit., invece, si adopera il criterio di un utilizzo improprio della cosa, ossia non conforme alla sua destinazione, da parte del danneggiato.

<sup>114</sup> V. M. COMPORTI (*Esposizione al pericolo*, cit., *passim*, ma spec. 168 ss.), secondo cui, «mentre con la regola del rischio si riesce solo a stabilire che il risarcimento di certi danni costituisce un onere dell'impresa (la quale ne deve tener conto nella sua gestione economica), con la regola del pericolo si indaga sul rapporto intercorso fra soggetto causa del pericolo e soggetto effettivamente danneggiato, e ci si domanda se questo danno, pur non essendo imputabile a colpa di colui che lo ebbe a causare, debba ugualmente esser risarcito, tenendo conto della pericolosità dell'attività dalla quale fu prodotto, o della pericolosità dei mezzi dei quali l'agente si sia servito» (così alla pag. 171).

<sup>115</sup> V. M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo*, cit., 71 ss.; ID., *Le presunzioni di responsabilità*, cit., 615, il quale svolge un'analisi anche storica.

<sup>116</sup> V. M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo*, cit., 182 ss.; M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, 7 ss., 35 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I Singoli contratti*, III ed. agg. a cura di N. ZORZI GALGANO, Padova, 2015, 118 ss.

<sup>117</sup> V. P.G. MONATERI, *op. cit.*, 1080; F. GALGANO, *op. ult. cit.*, 119.

<sup>118</sup> Così F. GALGANO, *op. ult. cit.*, 119 ss.



Nella disciplina dell'inadempimento, analogamente, è senza dubbio oggettiva, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., la responsabilità del debitore per la condotta degli ausiliari dei quali egli si sia avvalso, sebbene tale ipotesi di responsabilità vada preferibilmente inquadrata nella categoria di quelle per fatto proprio, ancorché in un'accezione lata, e non per fatto altrui (a differenza della responsabilità *ex art.* 2049 cod. civ.)<sup>119</sup>.

6. – L'esigenza di tutelare la parte di un contratto da oggettive disfunzioni del sinallagma ha prevalso nelle fattispecie ove il riequilibrio economico tra le posizioni dei contraenti viene affidato all'istituto della "garanzia", ad esempio ai sensi degli artt. 1483 ss., 1490 o 1578 cod. civ.

La garanzia può nondimeno tradursi a carico del garante in un obbligo risarcitorio (primario come quello aquiliano) o nella risoluzione del contratto, ma l'uno e l'altro rimedio sono avulsi da un inadempimento, che presuppone tanto una preesistente obbligazione, quanto il mancato soddisfacimento dell'interesse creditorio per una condotta colpevole del debitore divergente da quella doverosa. Malgrado alcune opinioni dottrinali, la garanzia non è inscrivibile nella categoria dell'obbligazione, perché non obbliga il garante – ad esempio, il venditore, l'assicuratore o il locatore – ad un'azione od omissione che salvaguardi il garantito e sia valutabile secondo diligenza: in particolare, il garante non è obbligato ad evitare o, almeno, a verificare i presupposti della potenziale evizione piuttosto che i vizi della cosa oggetto di una compravendita, così come non è obbligato a scongiurare l'evento contemplato in un'assicurazione e temuto dall'assicurato<sup>120</sup>. La soluzione opposta, con un'evidente forzatura, postula in capo al garantito, in qualità di creditore, l'aspettativa di un vantaggio «che non si può sussumere né in un contegno controllabile ad una stregua di diligenza, e neppure nel risultato utile di un operare»<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Per un inquadramento, si consenta il rinvio a G. ANZANI, *La responsabilità civile del professionista per condotte dell'ausiliario o del preposto*, in *La responsabilità del professionista*, a cura di V. CUFFARO, Bologna, 2019, 283.

<sup>120</sup> La confusione tra i concetti di responsabilità da inadempimento e di garanzia è forse spiegabile con le comuni radici storiche e, nella dottrina tedesca, era già visibile in R. VON JHERING, *op. cit.*, 69 ss. In Germania, tale confusione è stata acuita nel BGB riformato: v. M. SCHERMAIER (trad. italiana di S. Cherti), *Una superficiale e arbitraria modifica del BGB? Perché la riforma dello Schuldrecht si è rivelata un insuccesso*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2004, 910 ss.; R. CALVO, *Vendita e rimedi nel diritto tedesco: dalla «garanzia» all'inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 297.

Nell'ordinamento italiano, l'assenza di commistioni tra colpa e garanzia era riconosciuta già da G.P. CHIRONI (*op. ult. cit.*, 8 ss.), il quale, però, sembra contraddirsi laddove riporta la garanzia nel genere della *culpa in contrahendo* sul postulato di un obbligo di buona fede, «imposto a chi concorre a costituire un negozio giuridico, di accertare l'esistenza reale dei termini giustificanti il suo concorso, perché la serietà delle contrattazioni la presuppone necessariamente ...». Se così fosse, infatti, l'inadempimento di quest'obbligo andrebbe apprezzato secondo diligenza.

Analogamente, G. VISINTINI (*La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 158 ss., 174 ss.), dopo aver dato conto delle contrastanti opinioni sull'argomento, spiega il sistema rimediabile annesso ad una garanzia quale conseguenza dell'inadempimento di un obbligo di informazione secondo buona fede, che – come nella responsabilità precontrattuale ed in linea con l'impostazione dello Jhering – rilevarebbe a prescindere da un'imputazione colposa.

V. DI GRAVIO (*op. cit.*, 23 ss.) riconosce che, a fronte del concetto di inadempimento accolto dal legislatore nell'art. 1218 cod. civ., «[u]n'obbligazione che non consista in un comportamento del debitore può apparire un'anomalia», ma riporta nondimeno la garanzia nella categoria dell'obbligazione. Egli, infatti, considera che «in tutta la disciplina dell'obbligazione, e nella stessa sua nozione legislativa, in tanto assume rilevanza la prestazione dovuta dal debitore, in quanto sia diretta a soddisfare un interesse del creditore (art. 1174 cod. civ.); e aggiunge che, in definitiva, la responsabilità non si commisura, in linea di principio, alla gravità dell'inadempimento, inteso come condotta antiggiuridica del debitore, quanto piuttosto alla insoddisfazione dell'interesse creditorio».

<sup>121</sup> Così E. BETTI (*Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 41 ss.), che annovera la garanzia tra le obbligazioni. Nondimeno, il garante sarebbe privo «del potere di fatto di produrre l'evento per cui risponde» (così ancora E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 82 ss.).

La garanzia per evizione e per vizi a cui è tenuto il venditore è considerata una forma di responsabilità da inadempimento di



Anche l'evizione per fatto proprio dell'alienante successivo al perfezionamento della compravendita può essere ricondotta alla relativa garanzia, malgrado l'usuale ancorché non pacifica circoscrizione del raggio applicativo di quest'ultima – in omaggio alla tradizione – alle vicende anteriori al negozio. Non c'è bisogno di ricostruire il fenomeno – ad esempio, in caso di doppia alienazione di un bene ad opera dello stesso dante causa – come illecito extracontrattuale, tanto che chi accoglie l'opzione aquiliana tende a ravvisare la colpevolezza del venditore nell'oggettivo scostamento della sua condotta dalla correttezza e, per di più, che pure la lesione dell'interesse dell'acquirente, in virtù di un'espressa qualificazione legislativa, dovrebbe reputarsi ingiusta *in re ipsa*. Le medesime considerazioni dovrebbero far ritenere superflua, parimenti, la costruzione in capo all'alienante di un obbligo legale “postcontrattuale” di astensione da comportamenti idonei a pregiudicare la stabilità dell'acquisto compiuto dalla controparte<sup>122</sup>.

In realtà, il garante assume sempre, *ex lege* o *ex contractu*, unicamente il rischio insito nella manifestazione di una circostanza negativa, la cui concretizzazione, pur non imputabile al garante, attualizza determinati effetti a lui sfavorevoli e favorevoli al garantito. Tali effetti, che per l'inesistenza di un'obbligazione originaria rimasta inadempita non sono ad essa succedanei, sono soltanto simili a quelli della responsabilità da inadempimento e, talvolta, servono semplicemente a ripristinare il sinallagma contrattuale (come nella compravendita e nella locazione). Il garante, quindi, versa in una situazione giuridica di soggezione rispetto ai rimedi esperibili dal garantito<sup>123</sup>.

---

un'obbligazione, rispettivamente per violazione dell'impegno traslativo o per violazione dell'obbligo (non che il bene abbia determinati requisiti, ma) di far ricevere all'acquirente un bene con determinati requisiti, da C.M. BIANCA, *Contratti traslativi e responsabilità per inadempimento*, in *Il danno contrattuale*, opera diretta da M. COSTANZA, Bologna, 2014, 4 ss.; con riguardo alla garanzia per vizi, già ID., *La vendita e la permuta*, in *Tratt. di dir. civ. italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1972, 632. Per una rassegna di opinioni sulla garanzia per vizi, v. V. FERRARA, *La natura giuridica della garanzia per vizi nella vendita e la prescrizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 1095.

Secondo F. PIRAINO (*La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1117), la garanzia per vizi implicherebbe una prestazione avente per contenuto «la sicurezza dell'immunità dai costi dell'eventuale insorgenza di vizi entro il periodo di rilevanza, i quali, pertanto, vengono così sottratti all'area dei rischi inclusi nell'alea normale del contratto per il compratore e ascritti invece al novero di quelli addossati al venditore. ... In altri termini, gli effetti secondari della garanzia scattano in presenza di violazioni oggettive del contratto, di cui è irrilevante determinare la causa... Se la vanificazione dell'utilità attribuita a controparte mediante la prestazione di garanzia dipende dalla condotta del venditore, la legge preclude la possibilità, viceversa riconosciuta, di escludere o limitare la garanzia...» (così alle p. 1127 ss.). L'Autore, pertanto, ritiene che gravi sul venditore l'onere di provare l'assenza dei vizi o la non preesistenza della causa degli stessi alla consegna del bene (v. le p. 1134 ss.).

Sulla garanzia nella locazione, v. già L. BARASSI, *Appendice a G. BAUDRY-LACANTINERIE-A. WAHL, Del contratto di locazione*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da G. Baudry-Lacantinerie*, vol. I, trad. sulla III edizione originale in corso di stampa da una Società di Giuristi, a cura di P. BONFANTE, G. PACCHIONI, A. SRAFFA, Milano, s.d., 1052 ss.

<sup>122</sup> *Contra*, A. BERTOLINI (*Il postcontratto*, Bologna, 2018, 61 ss., spec. 72 ss.), il quale precisa che si tratterebbe di un obbligo pieno e non di sola protezione.

<sup>123</sup> Sull'impossibilità di ricondurre un impegno di garanzia al concetto di prestazione in senso proprio come contenuto dell'obbligazione, v. P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1273.

La garanzia opera su un terreno diverso dall'inadempimento, eccettuata l'ipotesi dell'inesattezza nella vendita di cose generiche, anche per M. GIORGIANNI (*op. ult. cit.*, 33 ss., 44 ss., 279 ss.), il quale sottolinea l'irrelevanza di una colpa del garante.

Già G. GIORGI (*op. cit.*, II, 134) precisava «come il fondamento giuridico dell'obbligo di riparazione non sia nella libera volontà dei contraenti, ma si trovi invece nel principio, che vieta a chiunque di recar danno al suo simile. Nel solo caso, in cui il debitore si sia per patto obbligato a rispondere dei casi fortuiti, si può trovare il fondamento convenzionale. Ma allora veramente, piuttostoché la riparazione del danno, si ha l'assunzione del rischio».

Anche L. BARASSI (*op. ult. cit.*, 1065 ss.) osservava che «il garante assicura comunque la non lesione di quelle aspettative [che una o più persone ricollegano al verificarsi di un fatto, n.d.r.]; sia che ciò avvenga per il verificarsi oggettivo del fenomeno, sia perché, in caso non si verifichi, la persona o le persone subbietti di quelle aspettative si vedranno assicurate egualmente, sebbene per equipollente, quella somma di utilità che dal verificarsi di quel fenomeno speravano» (così alla p. 1066). Insomma, «la garanzia non





Solo il rimedio risarcitorio può essere subordinato alla colpa o al dolo del garante, ma l'elemento soggettivo non qualifica l'inattuazione di un'obbligazione preesistente<sup>124</sup>.

Il garante che pregiudichi il garantito con una condotta colpevole, a prescindere dagli effetti della garanzia funzionali al mero ripristino del sinallagma, risponde altresì – stando all'orientamento tradizionale – di un illecito aquiliano. Ed il risarcimento va determinato secondo il c.d. “interesse positivo”, anche qualora nel contesto della garanzia, in considerazione dell'imputazione oggettiva del rischio, il legislatore abbia previsto ristori improntati al più mite criterio del c.d. “interesse negativo”<sup>125</sup>.

L'istituto della garanzia è accostabile al c.d. “*breach of contract*” noto nei Paesi anglosassoni. Questa figura, designata in Italia con il *nomen* “violazione del contratto”, è stata sviluppata anche nel nostro ordinamento quale reazione alle alterazioni dell'assetto di interessi definito con il negozio, ed in particolare alla mancata realizzazione dei risultati programmati nel contratto a vantaggio di una delle parti per vicende che, però, non integrano un inadempimento in senso tecnico dell'altra<sup>126</sup>.

è, in ultima analisi, che una forma di assunzione dei casi fortuiti in ordine ai danni che un evento o un non evento possono arrecare a una persona», mentre «non mira già a determinare alla volontà o all'attività del garante una linea di condotta in ordine all'evento ...» (così alle p. 1068 ss.).

In Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748 (in *Il Caso.it*), si legge che «il disposto dell'art. 1476 c.c., là dove qualifica la garanzia per vizi come oggetto di una obbligazione, va inteso non nel senso che il venditore assuma una obbligazione circa i modi di essere attuali di una cosa, bensì nel senso che egli è legalmente assoggettato all'applicazione dei rimedi in cui si sostanzia la garanzia stessa». Siccome la cosa compravenduta dev'essere consegnata nello stato in cui si trovava al momento della vendita (ex art. 1477, comma 1, cod. civ.), senza alcun riferimento all'immunità da vizi, non è possibile concepire la connessa garanzia come oggetto di un dovere di prestazione. Le Sezioni Unite della Cassazione hanno addossato al compratore l'onere di provare i vizi della cosa acquistata.

In Cass. civ., 28 maggio 2021, n. 14986 (in *Il Caso.it*), viene affermato che ai fini dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 cod. civ. può rilevare, in senso ampio, anche «il fatto che il bene consegnato in esecuzione del contratto risulti affetto da vizi o mancante di qualità essenziali».

<sup>124</sup> Di «una sorta di responsabilità contrattuale “a geometria variabile”» disegnata dallo statuto normativo delle garanzie parla F. AZZARRI, *Responsabilità da violazioni del contratto diverse dall'inadempimento e responsabilità da mancata cooperazione del creditore*, in *Codice della responsabilità civile*, cit., spec. 111 ss.

<sup>125</sup> A proposito della responsabilità del venditore in caso di evizione, cfr. Cass. civ., 1° giugno 1993, n. 6109, nella banca dati del sistema *Jurisdata*. A proposito della responsabilità del venditore in caso di vizi, cfr. Cass. civ. n. 14986/2021, cit.

<sup>126</sup> La categoria generale dell'obbligazione è sconosciuta nella tradizione di *common law*, dove l'inadempimento viene collegato direttamente al contratto, tanto che nel lessico giuridico non si parla di «inadempimento». «La scelta non è meramente teorica. Se l'obbligazione è espressione di «regole di comportamento» (si pensi alla regola sulla *diligenza e/o* sulla *buona fede*) nella tradizione di *civil law*, in quella di *common law*, le cose stanno in modo diverso. Non si ha infatti riguardo ad analoghi doveri di comportamento ma piuttosto alla garanzia di «un risultato», quello previsto e programmato in contratto, onde è alla stessa «promessa» del risultato che si collega la responsabilità del contraente. Soltanto laddove si dovesse dimostrare che quel «risultato» non è «garantito» nel contratto né espressamente né implicitamente, il contraente potrà essere ritenuto non responsabile della sua mancata realizzazione» [così C.C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà, Obbligazioni, Contratti*, Milano, 2007, 165].

Come osserva C. CASTRONOVO (*Le frontiere nobili*, cit., 567 ss.), «[è] possibile pensare ... a un inadempimento che attenga al rapporto contrattuale pur se non riguardi propriamente una obbligazione *ex contractu*. Corre qui invero l'occasione di utilizzare la categoria della *lex contractus*, del precetto che le parti si sono date e che prefigura gli effetti che esse intendono perseguire onde il mancato attingimento di essi per opera di uno dei contraenti integra la violazione di tale precetto in termini analoghi a quanto accade quando viene violato sotto forma di inadempimento di una obbligazione».

Il tema, appunto in quanto sviluppato a quello della garanzia, è stato approfondito in dottrina a proposito della vendita in generale (v. già L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 3) e, più di recente, della vendita di beni di consumo (v. A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, 525; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 1043 ss.).

In giurisprudenza, cfr. ora Cass. civ., sez. un., n. 11748/2019, cit., in cui si legge che «lo schema concettuale a cui ricondurre l'ipotesi che la cosa venduta risulti viziata non può essere quello dell'inadempimento di una obbligazione», ma che questa conclusio-



Una responsabilità da violazione contrattuale, ad esempio, potrebbe essere fatta valere da chi abbia avuto interesse a stipulare un negozio a favore di terzo, ossia dallo stesso stipulante, nei confronti della controparte, perché creditore dell'obbligazione è – non lo stipulante (il quale, nondimeno, potrebbe risentire pregiudizio dall'inadempimento del debitore), bensì – il terzo beneficiario<sup>127</sup>.

Il medesimo tipo di responsabilità, inoltre, potrebbe gravare su chi abbia venduto una cosa altrui ad un acquirente in buona fede, perché è incongruente affermare che la responsabilità del primo verso il secondo sia prevista dall'art. 1479 cod. civ. per un inadempimento coevo alla stipulazione del contratto<sup>128</sup>.

7. – L'art. 1223 cod. civ., in base ad un'interpretazione aderente al significato proprio delle parole *ex art.* 12 disp. prel. cod. civ., non rinnega i “risarcimenti punitivi” sul modello dei *punitive damages* anglosassoni (espressione spesso equivocamente tradotta con quella “danni punitivi”)<sup>129</sup>, i quali permettono di far conseguire al danneggiato somme eccedenti i pregiudizi realmente patiti. L'art. 1223 cod. civ., invero, si limita a stabilire che la determinazione di un risarcimento deve senz'altro comprendere, di regola, almeno il danno emergente ed il lucro cessante<sup>130</sup>.

In un primo tempo, la Cassazione ha statuito che la funzione sanzionatoria dei *punitive damages* sarebbe stata contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento interno, che avrebbero impresso alla responsabilità civile una funzione squisitamente compensativa, ossia il compito di “restaurare” la sfera del soggetto leso sul piano patrimoniale, ancorché il pregiudizio sia non patrimoniale<sup>131</sup>. La Suprema Corte ha misconosciuto che la responsabilità, seppur soltanto civile, già avesse ed abbia una polivalenza ottenuta con la valorizzazione della sussistenza e della graduazione dell'elemento soggettivo del danneggiante: la motivazione addotta, perciò, è «al tempo stesso sciattamente perentoria e supponentemente apodittica»<sup>132</sup>.

La sentenza in parola pecca di eccessivo zelo agevolato dal caso in esame, fino a perdere la visione d'insieme. Tuttavia, forse si voleva solo rimarcare l'essenza funzionale della responsabilità civile, venuta faticosamente alla luce dopo una lunga gestazione dottrinale e giurisprudenziale.

Le sezioni unite della Cassazione, in un *obiter dictum*, hanno in seguito avuto modo di affermare che, oggi, una funzione sanzionatoria potrebbe «non apparire più così incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, ... giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare

---

ne «non impone di collocare detta ipotesi fuori dal campo dell'inadempimento (più precisamente, dell'inesatto adempimento) del contratto, nel quale tradizionalmente essa è stata collocata ...: La consegna di una cosa viziata integra un inadempimento contrattuale, ossia una violazione della *lex contractus*; ma, come è stato persuasivamente osservato in dottrina, non tutte le violazioni della *lex contractus* realizzano ipotesi di inadempimento di obbligazioni».

<sup>127</sup> V. A. DE CUPIS, *op. cit.*, II, 52.

<sup>128</sup> In quest'ultimo senso, invece, cfr. Cass. civ., 18 febbraio 1986, n. 960, nella banca dati *on line* del Sistema Leggi d'Italia.

<sup>129</sup> V. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435.

<sup>130</sup> V. G. GRISI, *L'inadempimento dipendente da dolo*, in *Jus civile*, 2018, 659 e ss.

<sup>131</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Corr. giur.*, 2007, 497, con nota di P. Fava; Cass. civ., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Corr. giur.*, 2012, 1068, con nota di P. Pardolesi.

In dottrina, v. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 25. Sul contemperamento tra funzione satisfattiva e funzione sanzionatoria, nonché sul corretto modo di intendere e sviluppare quest'ultima nella responsabilità civile italiana, v. F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 909.

I *punitive damages* vanno distinti dalle *astreintes*, che servono ad indurre il debitore ad adempiere un obbligo infungibile e sono compatibili con l'ordine pubblico italiano: in giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 15 aprile 2015, n. 7613, nella banca dati del sistema *Juridata*; in dottrina, G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1195.

<sup>132</sup> Così F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. e impr.*, 2013, 904.



un connotato *lato sensu* sanzionatorio al risarcimento (si pensi, ad esempio, all'art. 96 c.p.c., u.c., in materia di responsabilità processuale aggravata), ma non lo si può ammettere al di fuori dei casi nei quali una qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali»<sup>133</sup>.

In occasione di quest'ultima apertura è stato giustamente evidenziato che sanzione e responsabilità civile non sono agli antipodi. Tuttavia, la Cassazione ha all'epoca trascurato che la funzione sanzionatoria, pur all'infuori di fattispecie legali tipiche, può emergere come semplice momento del complessivo giudizio che porta all'applicazione di una norma di responsabilità, sia sul piano dell'*an debeat*, sia su quello del *quantum debeat*.

La questione del riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali stranieri che condannino a risarcimenti punitivi, foriera di notevoli implicazioni sistematiche, è stata sottoposta allo specifico vaglio delle sezioni unite della Cassazione<sup>134</sup>.

La prima sezione della Suprema Corte, nell'ordinanza con la quale ha sollecitato l'intervento delle sezioni unite, ha condivisibilmente osservato come il solo esercizio della discrezionalità conferita dalla Costituzione al legislatore per regolamentare certe materie e certi istituti non possa esprimere principi di ordine pubblico. «[S]e il legislatore è libero di atteggiarsi «come meglio ritiene, allora potranno avere libero ingresso prodotti giudiziali stranieri applicativi di regole diverse, ma comunque non contrastanti con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate direttamente dalla Costituzione». Del resto, «quando l'illecito incide sui beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del *quantum* è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato»<sup>135</sup>.

Le sezioni unite hanno constatato la polifunzionalità della responsabilità civile, riscontrabile finanche nella giurisprudenza costituzionale<sup>136</sup>. La funzione della responsabilità, infatti, non si esaurisce nel pur preponderante profilo compensativo-riparatorio, che lambisce immancabilmente la deterrenza, ma «si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva», così da rispondere «soprattutto a un'esigenza di effettività (cfr. Corte cost. n. 238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela», che altrimenti – come la dottrina non ha mancato di avvertire – resterebbe in molti casi sacrificata. «Ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati», perché

<sup>133</sup> Così si legge in Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Il Caso.it*.

<sup>134</sup> Per un quadro della situazione anteriore all'intervento delle Sezioni Unite, v., in dottrina, C. DE MENECH, *Il Problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1644.

<sup>135</sup> Così si legge in Cass. civ., 16 maggio 2016, n. 9978, ord., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1285, con nota di M. GAGLIARDI. Secondo la prima sezione, «[i]l giudice della delibazione ... dovrà negare il contrasto in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con l'assetto normativo interno, quando questo rappresenti una delle diverse modalità di attuazione del programma costituzionale .... In questa prospettiva, non dovrebbe considerarsi pregiudizialmente contrario a valori essenziali della comunità internazionale (e, quindi, all'ordine pubblico internazionale) l'istituto di origine nordamericana dei danni non risarcitori, aventi carattere punitivo: una statuizione di tal genere potrebbe esserlo, in astratto, solo quando la liquidazione sia giudicata effettivamente abnorme, in conseguenza di una valutazione, in concreto, che tenga conto delle "circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito" (in tal senso il Considerando 32 del regol. CE 11 luglio 2007, n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali). Analoghe indicazioni provengono dal diritto comparato».

<sup>136</sup> Le sezioni unite, nonostante la parziale inammissibilità del ricorso sul quale sono state chiamate a pronunciarsi, hanno scelto di enunciare un principio di diritto su una "questione di particolare importanza".



l'art. 23 Cost., correlato agli artt. 24 e 25 Cost., pone una riserva di legge con riguardo alle prestazioni patrimoniali, ed il medesimo limite deve valere in sede di deliberazione di un provvedimento giurisdizionale straniero. «Ne discende che dovrà esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità). Resta poi nella singolarità di ogni ordinamento, a seconda dell'attenzione portata alla figura dell'autore dell'illecito o a quella del danneggiato, la declinazione dei risarcimenti punitivi e il loro ancoraggio a profili sanzionatori o più strettamente compensatori, che risponderà verosimilmente anche alle differenze risalenti alla natura colposa o dolosa dell'illecito. ... La proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è ... uno dei cardini della materia della responsabilità civile». Sebbene il risarcimento punitivo non sia in generale incompatibile con il sistema italiano, la riconoscibilità della pronuncia straniera implica sempre la commisurazione dei potenziali effetti di quest'ultima attraverso il taglio dell'ordine pubblico<sup>137</sup>.

**8.** – L'evoluzione dell'intera responsabilità civile – in coerenza, su un diverso piano, con gli istituti della garanzia e della violazione del contratto – è segnata dal progressivo spostamento della riflessione da un “dovere” di comportamento violato, che attribuisce centralità ad una condotta dannosa e solo normalmente colpevole, all'interesse leso del danneggiato, sebbene quest'ultimo interesse e quello dell'ipotetico responsabile vadano contemperati. La responsabilità da inadempimento e la responsabilità da fatto illecito, quindi, hanno oggi il medesimo compito di proteggere determinati interessi in caso di lesioni dannose<sup>138</sup>. Le due specie di responsabilità sono accostabili, appunto, se viene focalizzata la loro *ratio*, non l'effetto dell'obbligazione *la-to sensu* risarcitoria in favore del danneggiato, perché sarebbe errato asseverare tra esse un'indifferenza «abbastanza rozzamente ricavata dalla constatazione che il risarcimento del danno è la conseguenza dell'una come dell'altra»<sup>139</sup>.

Non si può più ritenere che la responsabilità civile assolva ad una preminente funzione sanzionatoria e de-

<sup>137</sup> Così si legge in Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1392, con nota di M. GRON- DONA. In dottrina, v. A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1405; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1410; G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1413; M. TESCARO, *Il revirement “moderato” sui punitive damages*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 52; P. TRIMARCHI (*Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 687), il quale rileva come le disposizioni italiane annoverate tra quelle a connotazione punitiva, in realtà, non esorbitino dalla logica compensativa, sebbene una funzione anche deterrente sia immanente in qualunque risarcimento.

Il concetto di ordine pubblico si è evoluto e, ora, viene inteso come sintesi dei principi fondamentali che caratterizzano un ordinamento, sono invalicabili dall'autonomia privata e sono desumibili tanto dalla Costituzione, quanto dalle fonti sovranazionali, specialmente da quelle dell'Unione Europea, in rapporto di autonomia e coesistenza ed in funzione di promozione dei valori tutelati. Sulla relazione tra norme imperative e norme di ordine pubblico, v. G. PANZA, voce *Ordine pubblico (Teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 5 ss., nonché l'approfondita disamina di A. GUARNERI, voce *Ordine Pubblico*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. Civ.*, XIII, Torino, 1995, 154. Di recente, però, è stato osservato che l'ordine pubblico, più che come difesa di un dato ordine socio-politico da applicare in casi eccezionali ed in senso restrittivo, andrebbe inteso come applicazione analogica di norme imperative, così da limitare l'autonomia privata, in consonanza alla *ratio* di queste ultime, pure in casi non espressamente disciplinati: v. M. BARCELLONA, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, cit., 753.

Per un inquadramento critico del tema, v. F. EPISCOPO, *Il problema dei danni punitivi*, in *Codice della responsabilità civile*, cit., 2100.

<sup>138</sup> V. già G.P. CHIRONI, *op. ult. cit.*, I, 11 ss.; nonché L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *op. cit.*, III, 779; U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, 670.

<sup>139</sup> Così C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 154.



terrente. La funzione del risarcimento, invece, è perlopiù compensativa per i danni patrimoniali o satisfattiva per quelli non patrimoniali, anche se – come detto – sfumature sanzionatorie e deterrenti non sono da escludere.

I due commi dell'art. 1221 cod. civ. sono indice della polifunzionalità della responsabilità civile. Il comma 1, al di là del riferimento all'antica quanto vacua immagine di una *perpetuatio obligationis*, è informato ad una funzione puramente compensativa, perché stabilisce che il debitore costituito in mora è di norma tenuto a risarcire per equivalente la prestazione investita da impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile, ma solo se non prova che, pur nell'eventualità di un adempimento, l'oggetto della prestazione sarebbe perito anche presso il creditore. Il comma 2, invece, è informato ad una funzione sanzionatoria nel dettare un'eccezione all'eccezione, perché stabilisce che il perimento o lo smarrimento della cosa illecitamente sottratta non libera mai dall'obbligo di corrisponderne il valore a chi ne abbia diritto.

Nel campo della responsabilità aquiliana, una funzione sanzionatoria e deterrente sarebbe inconciliabile con il carattere primario e, quindi, atipico ora prevalentemente assegnato alla regola generale dell'art. 2043 cod. civ.<sup>140</sup>. Un conflitto di interessi viene composto al momento del giudizio di responsabilità, senza che possa predicarsi la contrarietà della condotta del danneggiante ad un precetto preesistente<sup>141</sup>.

Del resto, nella società moderna alcuni pregiudizi sono spesso inevitabili ed i loro autori rimangono anonimi. Lungi dall'essere riscontrabile a livello normativo un dovere di *neminem laedere*, anche in area aquiliana l'ordinamento privilegia la libertà individuale di agire rispetto ad un sistema di divieti, tanto che le fattispecie legali di responsabilità non vietano condotte prevedibilmente nocive, bensì obbligano il responsabile solo a sollevare il danneggiato da ogni pregiudizio. Come parziale ripercussione delle regole dettate per i danni inevitabili ed anonimi, ciò vale anche nei casi di azione lesiva colposa o dolosa, laddove l'alternativa tra agire o non agire a scapito di qualcuno si prospetta maggiormente: l'usuale irrilevanza del grado di colpevolezza e/o di riprovevolezza della condotta, così come l'usuale commisurazione del risarcimento solo al pregiudizio causalmente derivante dall'evento lesivo, dimostrano che l'obbligazione del responsabile, in linea tendenziale, non è una sanzione per l'atto illecito<sup>142</sup>.

Chi sostiene che l'accento sulla funzione compensativa della responsabilità civile sopravvaluti la posizione del danneggiato, nondimeno, preferisce affermare che il risarcimento, ancor prima di compensare pregiudizi sopportati incolpevolmente, opera nella circolazione della ricchezza, perché governa la convenienza di spostamenti patrimoniali capaci di ricomporre un equilibrio di interessi<sup>143</sup>. La principale funzione della responsabilità, comunque, sarebbe «organizzativa o regolativa», e consisterebbe nel coordinare le attività sociali non vietate attraverso la redistribuzione del costo dei danni, quale accorgimento che induce i soggetti coinvolti a comportamenti spontanei<sup>144</sup>.

Ad ogni modo, non bisogna dimenticare che l'affiancamento della colpa al dolo tra i criteri d'imputazione, in origine, ebbe lo scopo di rendere civilmente illeciti fatti privi di rilevanza penale, non di equipara-

<sup>140</sup> L'esitazione sulla connotazione funzionale della responsabilità aquiliana, a fronte della sua attuale atipicità, è stata considerata la spia di una «paradossale» crisi dell'istituto: v. C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, n. 1, 123.

<sup>141</sup> V. N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1811.

<sup>142</sup> V. S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, *passim*, ma spec. 22 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni conclusive*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, cit., 358 ss.

<sup>143</sup> V. già F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, II, 618 ss., 623 ss.; nonché M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 747 ss.

<sup>144</sup> Così P.G. MONATERI (*La responsabilità civile*, cit., 316), il quale aggiunge che «[I]a responsabilità civile permette l'espletamento di più attività confliggenti, allocando ad un soggetto l'obbligo di pagare i costi indotti dalla sua azione. La tutela risarcitoria agisce in questo senso come *alternativa alla tutela inibitoria*».





# JUS CIVILE

re ai fini della responsabilità aquiliana le due forme di colpevolezza, le quali solo per uno smarrimento di coscienza storica sono lentamente scivolte verso l'indistinzione<sup>145</sup>. L'art. 2043 cod. civ., in base ad un'attività ermeneutica strettamente aderente al significato proprio delle parole, stabilisce unicamente che la condotta dannosa debba essere qualificata da colpa o da dolo<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> V. G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, cit., 53 ss.

<sup>146</sup> V. G. GRISI, *op. cit.*, 659 e ss.