

JUS CIVILE

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



5/2025

settembre-ottobre



G. Giappichelli Editore

ISSN 2421-2563

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

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

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

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

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

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



INDICE

	<i>pag.</i>
Seminario di studi in onore di Carlo Granelli	
<i>Il diritto vivente tra legge e giurisprudenza – Pavia 9-11 maggio 2024</i>	
<i>I confini attuali dell'autonomia privata</i>	
Carlo Granelli e la scuola lombarda di diritto civile** di <i>Nicola Rizzo</i>	629
I confini attuali dell'autonomia privata: un'introduzione** di <i>Nicola Rizzo</i>	632
Autonomia privata e disposizioni <i>mortis causa</i> ** di <i>Giovanni Bonilini</i>	640
Potere normativo delle Autorità indipendenti e creazionismo del giudice** di <i>Massimo Confortini</i>	653
Giustizia contrattuale** di <i>Mario Trimarchi</i>	659
Sulla Disciplina del consumo, trent'anni dopo** di <i>Giuseppe Vettori</i>	666
Vita da C...oniuge (in comunione legale)** di <i>Alessio Zaccaria</i>	674
I confini attuali dell'autonomia privata: conclusioni** di <i>Giorgio De Nova</i>	679

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



Articoli e Saggi

Il valore attuale del divieto dei patti successori nel passaggio generazionale del patrimonio**	
di <i>Giorgio De Nova</i>	682
La ‘legittimazione’ a ricevere per testamento e la patologia della disposizione testamentaria a favore dei soggetti sforniti di legittimazione*	
di <i>Luca Ghidoni</i>	687
La remissione tacita tra elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali: profili di disciplina*	
di <i>Simona Scuderi</i>	697
L’impatto dello “ <i>smart contract</i> ” sulle categorie del diritto civile: osservazioni sul rapporto tra <i>smart contract</i> e obbligazione*	
di <i>Raffaele Verdicchio</i>	711
La rettificazione di sesso nell’unione civile. Identità di genere e relazioni familiari*	
di <i>Sara Marenzi</i>	733
Circolazione dei crediti nell’ambito delle operazioni di cartolarizzazione*	
di <i>Giacomo Angelo Puggioni</i>	752

* Contributo sottoposto a revisione.

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



NICOLA RIZZO

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Pavia

CARLO GRANELLI E LA SCUOLA LOMBARDA DI DIRITTO CIVILE

Dal 1973, anno della Sua laurea presso l'allora Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia, Carlo Granelli diviene parte di quella che qualche anno addietro – in un convegno romano in memoria di Stefano Rodotà – Giorgio De Nova ebbe a definire «la scuola pavese-torinese di diritto civile».

Torinese perché questa storia comincia a Torino con il magistero di Mario Allara, e a partire dagli anni '60 dello scorso secolo prosegue a Pavia con l'opera dei suoi allievi – Rodolfo Sacco, Alfredo Fedele e Piero Schlesinger – e degli allievi dei suoi allievi, Giorgio De Nova, allievo di Rodolfo Sacco, Andrea Belvedere, allievo di Alfredo Fedele e di Natalino Irti e, appunto, Carlo Granelli, allievo di Piero Schlesinger.

Lasciati i cieli della dogmatica allariana, la scuola pavese-torinese – divenuta, frattanto, scuola lombarda di diritto civile, per il suo insediamento nell'Università di Pavia e negli atenei milanesi – preserva senz'altro, degli insegnamenti del capostipite, l'attenzione verso il dato positivo, evolutasi, tuttavia, in un approccio non più assiomatico ma analitico all'enunciato normativo. Oltre al metodo analitico, tratto comune della ricerca dei suoi diversi esponenti è la decisa considerazione riservata alla funzione degli istituti giuridici di diritto privato nella realtà sociale, associata al riconoscimento critico dell'apporto della giurisprudenza nella formazione del c.d. diritto vivente.

La cifra stilistica comune può dirsi improntata alla *concinnitas*.

Portatore di questo legato, Carlo Granelli ha dedicato la Sua ricerca, in particolare, ai modi di esplicarsi dell'autonomia privata e ai suoi attuali confini. L'autonomia dei privati è espressione di libertà talora personali, talora economiche, eppure quella di autonomia è nozione intrinsecamente conflittuale, nel senso che il suo effettivo contenuto risulta anche dalla pressione esercitata da forze antagonistiche, corrispondenti a norme e principi di vario genere. Il contributo di Granelli su questi temi è testimoniato, anzitutto, dalla monografia del 1983 – «La dichiarazione ricognitiva di diritti reali», pubblicata, per i tipi della Giuffrè, nella collana «Studi di diritto privato» diretta da Arturo Dalmartello e Luigi Mengoni – e dai lavori precedenti e successivi in materia di riproduzione e rinnovazione del contratto, di negozio di accertamento, di simulazione e risoluzione del contratto, di negozio giuridico indiretto, sino agli scritti più recenti dedicati alle pratiche commerciali scorrette.

Sempre all'interesse per la rilevanza dell'autonomia dei privati nella contemporaneità, sono improntate le incursioni di Carlo Granelli nel diritto degli enti e nel diritto societario, in merito alle quali possono richiamarsi i saggi sulla responsabilità per le obbligazioni dell'associazione non riconosciuta, sull'attività di impresa e gli enti del libro I del codice civile, sul conflitto di interessi negli enti non



profit, sul recesso del socio nelle società di capitali, su autonomia privata e diritto delle società e sull'organo di gestione nella società per azioni. Della «Commissione per l'attuazione della delega in materia di riforma organica del diritto societario», la c.d. commissione Vietti, peraltro, Granelli è stato membro nei primi anni Duemila.

In un quadrante differente del diritto privato, dove ancora più forte si esprime la potestà regolativa dello Stato, come la fase patologica del rapporto coniugale, la filiazione e il diritto della responsabilità civile, si collocano, invece, i suoi fortunati scritti in materia di assegno al coniuge divorziato, di riforma dell'adozione, e di danni punitivi.

La disposizione alla riflessione, in Carlo Granelli, si è sempre accompagnata a uno spiccato spirito di intrapresa, che lo ha portato negli anni a fondare, assieme a illustri colleghi e sodali, riviste giuridiche di successo. Basti pensare ai periodici «Obbligazioni e contratti», edito da UTET, e «*Jus civile*», edito da Giappichelli. Di altre riviste Egli è membro del comitato di direzione, dalla storica «Responsabilità civile e previdenza» alla più recente «Nuovo diritto civile», senza poi dimenticare il suo ruolo nella direzione di «i Contratti». Continuando a guardare alla Sua attività scientifica e editoriale, merita sicura menzione il lavoro – condiviso con Franco Anelli, fino alla Sua dolorosa scomparsa – di continuo aggiornamento del «Manuale di Diritto privato» di Torrente e Schlesinger, che tuttora si impone come il compendio delle istituzioni di diritto privato di maggiore diffusione in Italia.

La variegata produzione scientifica di Granelli testimonia del Suo attivo ruolo nella civilistica italiana, al cui sviluppo come settore scientifico disciplinare Egli ha contribuito anche nella costruzione di fondamentali realtà associative, quale socio fondatore dell'Associazione civilisti italiani e dell'Unione dei privatisti, dei cui consigli direttivi è attualmente membro.

Di scuola si è parlato, e alla sua prosecuzione nelle generazioni successive Granelli si è dedicato con generosità, contribuendo a formare giovani studiosi che stanno proseguendo con successo il proprio percorso accademico. Anche nella formazione delle nuove generazioni di accademici, Egli ha avuto modo di esprimere le sue doti di creatività ed intraprendenza, dando forma a un seminario annuale – «Il diritto vivente tra legge e giurisprudenza» – giunto ormai oltre la decima edizione, che riunisce a Pavia giovani esponenti di tutte le scuole italiane di diritto civile.

A un'efficace formazione dei giovani – in questo caso degli studenti – Carlo Granelli ha, indubbiamente, contribuito con le sue lezioni, prima di istituzioni di diritto privato e poi, dal 2015, di diritto civile, sempre chiare e appassionanti, in cui il rigore dello studioso si accompagnava all'esperienza professionale dell'avvocato. Ancora mettendo a frutto le segnalate qualità di creatività e intrapresa, nei primi anni duemila Granelli è stato tra i fondatori della Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Ateneo pavese, di cui è stato direttore per dieci anni, oltre che coordinatore nazionale dei direttori delle scuole. Il sodalizio con Giovanni Iudica – anch'Egli allievo di Piero Schlesinger – ha permesso di dotare la Facoltà giuridica pavese di una Scuola di specializzazione consorziata con l'Università Bocconi di Milano, mettendo a fattor comune i mezzi, l'attrattiva e le potenzialità di entrambe queste sedi universitarie.

Sempre alla didattica – e alla sua internazionalizzazione – Granelli si è, poi, dedicato promuovendo un'intensa attività di scambio di studenti con università straniere, segnatamente dell'America Latina, fino all'istituzione del programma di doppia laurea italo-argentina tra il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pavia e la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Belgrano, a Buenos Aires. E proprio a Buenos Aires, nel novembre 2025, gli sono stati conferiti la laurea *honoris causa* – dall'Università di Buenos Aires – e il titolo di professore *honoris causa* – dall'Università di Belgrano.

JUS CIVILE



Un'occasione festosa vogliono celebrare anche queste brevi note rievocative, che richiamano il discorso pronunciato da chi scrive introducendo il seminario sui *Confini attuali dell'autonomia privata*, che lo scorso 10 maggio 2024 il Suo Dipartimento ha voluto dedicare a Carlo Granelli in occasione del conferimento del titolo di professore emerito. In questa sede unitaria, vengono così pubblicati gli interventi allora tenuti dai partecipanti al seminario.

Una menzione individuale è ora dovuta a Franco Anelli, che presiedette e moderò i lavori; ad Andrea Belvedere, che non poté parteciparvi ma, tra le tante altre cose, ideò e organizzò con Carlo Granelli analoga iniziativa scientifica [A. BELVEDERE-C. GRANELLI, *Confini attuali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2001]; ad Alessio Zaccaria, che due settimane prima della Sua scomparsa mi inviò il testo che qui viene pubblicato.

Infine, un ringraziamento sentito e affettuoso rivolgo ai professori Carlotta De Menech ed Emanuele Tuccari per il necessario contributo alla realizzazione di questa iniziativa di celebrazione, di riflessione e di ricordi.



NICOLA RIZZO

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Pavia

I CONFINI ATTUALI DELL'AUTONOMIA PRIVATA: UN'INTRODUZIONE

Se la domanda interroga sui confini attuali dell'autonomia privata, il tentativo di una risposta non può che cominciare da una breve disamina dello stato dell'arte, la quale – a sua volta – necessita di una prima definizione stipulativa di ciò che qui si intende per autonomia privata.

Dalla specola dei concetti giuridici – in una prospettiva sostanzialmente avalutativa e descrittiva – l'autonomia privata rappresenta un'estrinsecazione dell'*agere licēre*¹. Se, invece, si adoperano le categorie della filosofia politica, l'autonomia privata si rivela come la pragmatica della società liberale, la forma quotidiana in cui la libertà individuale prende corpo nelle relazioni giuridico-economiche².

Quanto è attualmente ampia questa sfera di *agere licēre* e quali ne sono i confini?

La complessità delle dinamiche e delle strutture sociali, la potenza pervasiva e strutturante della tecnica, l'intreccio tra dimensione statale, sovranazionale e infra-statale – in una parola sola «la complessità»³ – restringono lo spazio dell'autonomia privata intesa come assenza di eteronomia e, al contempo, esaltano e ampliano la capacità dell'autonomia privata di incidere sul reale. L'agire privato è sempre meno “solitario” e sempre più inserito entro infrastrutture organizzative e tecniche che ne condizionano presupposti e conseguenze: da un lato, quindi, eteronomia funzionale, dall'altro un aumento esponenziale dei possibili oggetti e luoghi dell'autonomia.

Dati questi presupposti, e muovendosi sui confini dell'*agere licēre*, il *limes* mostra materiali di costruzione di differente provenienza, diretti a realizzare scopi diversi, generalmente eccentrici quanto al contenuto, seppure non episodicamente convergenti per alcuni tratti. La mappa dei limiti dell'autonomia privata è, dunque, stratificata: a uno livello più antico e profondo – il codice civile e la Costituzione repubblicana – si sovrappone il diritto privato europeo, cui si aggiunge, in epoca più recente, la regolazione tecnica e digitale di matrice pubblica e privata.

Andando ai materiali di costruzione di più antica provenienza, si deve partire, anzitutto, dalla Costituzione repubblicana e dalla sua area principale di incidenza, la disciplina del contratto recata dal codice civile. Qui, i confini dell'autonomia privata si erigono lungo due direttrici fondamentali: i diritti inviolabili della persona e la direttiva etico-politica della solidarietà.

¹ Sul concetto di *agere licēre* v. D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, IV, 1939, 1.

² B. LEONI, *Freedom and the Law*, D. Van Nostrand Company, Inc., 1961, trad. it. a cura di C. Lottieri, *La libertà e il diritto*, con un saggio introduttivo di R. Cubeddu, Liberilibri, 2024; F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, 1973, ed. it. a cura di A. PETRONI e S. MONTI BRAGADIN, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, il Saggiatore, 1986.

³ N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, 1997.



Il diritto inviolabile reclama una tutela *hic et nunc*, imponendosi sull'atto di autonomia tutte le volte che questo ne scalfisca il nucleo assiologico e pragmatico nella dimensione individuale della persona⁴. Il diritto inviolabile non si lascia contenere dalla mera forma dell'atto, non si fa restringere dalle costruzioni normativo-concettuali quando queste ne ostacolano la realizzazione concreta, ma ne esige, se necessario, lo smantellamento⁵. L'esito ne è, da un lato, il riconoscimento del diritto di azione per far valere la pretesa che ne costituisce l'attuazione, dall'altro, il porre nel nulla l'atto che quella realizzazione contraddice o, comunque, impedisce⁶. Lo strumento normativo che giustifica e argomenta tale esito sono le norme costituzionali di riconoscimento dei diritti inviolabili, applicate in via diretta alla fattispecie oggetto della controversia⁷, oppure per il tramite delle clausole generali – buona fede, ordine pubblico, buon costume – che rappresentano il deposito in cui sedimentano i giudizi di valore ordinamentali di un dato tempo.

La direttiva etico-politica della solidarietà governa il nostro ordinamento, nella sua concretizzazione civilistica, dal momento della svolta politica e dottrinale degli anni '60 del secolo scorso, che si può descrivere, nella sua attuazione, attraverso i due dispositivi giuridici per mezzo dei quali, principalmente, essa si è realizzata: la causa e la buona fede contrattuale.

In primo luogo, si segnala il processo di erosione dell'area dei motivi giuridicamente irrilevanti attraverso una declinazione della causa del contratto nella concretezza dell'operazione economica perseguita dai contraenti e dell'affidamento che ciascuna delle parti ripone sulla realizzazione, in quell'operazione, del proprio singolare interesse⁸. Problemi antichi e soluzioni lungamente discusse – come la presupposizione o la teoria della base negoziale – si coagulano nella valutazione della causa in concreto del contratto, che incide sull'autonomia privata in quanto introduce un controllo di meritevolezza, parametrato sui valori della correttezza delle relazioni di mercato e della tutela della controparte (contingentemente o strutturalmente) debole, e un controllo di coerenza funzionale dell'operazione negoziale⁹, vagliando l'adeguatezza dell'assetto contrattuale – in termini di specifico contenuto delle clausole del contratto principale o collegato – a soddisfare gli interessi che le parti, in special modo la parte creditrice della prestazione caratterizzante, hanno inteso perseguire. Tale controllo incide, altresì e inevitabilmente, sull'equilibrio economico del contratto nella misura in cui consente di apprezzare giudizialmente se l'assetto di interessi realizzato sia proporzionato e non distorto rispetto alla funzione economico-individuale perseguita dalle parti¹⁰.

Allo snodo tra causa e buona fede si situa l'area critica delle sopravvenienze contrattuali, in cui i mutamenti nel contenuto e nel valore delle prestazioni, così come delle condizioni di contesto

⁴R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1977, ed. it. a cura di NICOLA MUFFATO, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, 2010; L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012.

⁵G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992; G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, 2022.

⁶G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè, 2020.

⁷P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, I e IV, Esi, 2020.

⁸G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, 81; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 979; 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, 4, 957.

⁹M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Wki Cedam, 2015.

¹⁰C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contr.*, 2017, 6, 625.



dell'esecuzione delle stesse, destabilizzano le ragioni del vincolo contrattuale, aprendo l'interrogativo sulla definizione del comportamento conforme alle regole della correttezza che le parti debbano assumere per farvi fronte¹¹. La scelta di attribuire valore giuridico alla sopravvenienza attraverso una apposita previsione normativa o, in via interpretativa, attraverso la clausola generale di buona fede¹², riequilibra il peso del fatto sopravvenuto tra la sfera giuridico-economica della parte che, in ragione del programma contrattuale, si trova a subirne le conseguenze e quella della controparte che, invece, se ne avvantaggia.

La direttiva solidaristica trova, del resto, incisiva espressione nella nascita di obblighi integrativi in capo alle parti, aventi come fonte la buona fede e come funzione – ancora una volta – il riequilibrio della dote di informazioni sull'operazione economica in via di stipulazione o in fase di esecuzione¹³. L'opera di correzione e compensazione delle asimmetrie informative fra le parti si può sostenere rap-presenti, dal punto di vista ideale, l'incisione più profonda nell'autonomia contrattuale, poiché tocca l'identità di ciascuna delle parti, tanto di quella che, scorrettamente, non riferisce l'informazione quanto di quella che, correttamente, pretende di riceverla. Se si ritiene che il patrimonio informativo, derivando dallo *status* socio-economico e dall'ingegno di ciascuna delle parti, ne contribuisca a definire l'identità, l'imposizione di obblighi di informazione interviene proprio sui presupposti dell'autonomia, che necessariamente consistono nel riconoscimento dell'identità della controparte e delle conseguenze che ne derivano, anche in termini di relativo potere contrattuale.

Il risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'obbligo di buona fede riequilibra la relazione tra le parti, dando un "prezzo" alla mancata informazione resa dalla parte che la deteneva, o più in generale alla mancata esecuzione del comportamento che il rispetto delle regole della correttezza avrebbe imposto¹⁴. Le conseguenze della violazione della buona fede non rimangono, peraltro, confinate alla tutela risarcitoria, ma, in taluni casi, si è ritenuto che potessero portare anche alla dichiarazione di nullità del contratto che prevedesse una clausola contraria alla stessa buona fede o, senza mediazioni, direttamente al principio di solidarietà¹⁵. In questo modo, il principio solidaristico filtra, modella e talvolta incrina l'autonomia privata, ma lo fa tenendo ancora ferma l'idea di un soggetto che agisce in una relazione negoziale considerata nella sua singolarità, e resa più corretta e trasparente.

Precedentemente, si parlava di limiti all'autonomia privata eretti con materiali di costruzione differenti, diretti a realizzare scopi diversi, generalmente eccentrici quanto al contenuto seppure, non episodicamente, convergenti per alcuni tratti. L'area di provenienza di questi differenti materiali di costruzione è, naturalmente, il diritto privato europeo, mentre una parziale confluenza dei limiti di matrice costituzionale interna e sovranazionale si realizza, a partire dagli anni 2000, con il progressivo emergere, anche in sede europea, della spinta alla tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU e dalla Carta di Nizza. Il continuo processo di positivizzazione del diritto naturale¹⁶, cominciato

¹¹ Cfr., di recente, P. TRIMARCHI, *Sopraavvenienze, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 189; E. TUCCARI, *Sopraavvenienze, buona fede ed equità: handle with care*, in *i Contratti*, 2025, 4, 353.

¹² F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1996.

¹³ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 686.

¹⁴ V., anche per puntuali riferimenti all'intero dibattito, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015.

¹⁵ Sia consentito rinviare a N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rileggendo Dworkin e Hart*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 912.

¹⁶ Cfr. N. RIZZO, *La positivizzazione del diritto naturale ed il superamento dei "buoni costumi"*, in *Persona e Mercato*, 2018, 116.



con le dichiarazioni dei diritti dell'età delle rivoluzioni della fine del XVIII secolo e consolidatosi e approfonditosi straordinariamente con le costituzioni del secondo dopoguerra del XX secolo, trova una propria autonoma declinazione anche nel contesto, per altri versi affatto differente, del c.d. diritto privato di matrice europea¹⁷.

Il rapporto tra diritto privato europeo e autonomia privata è piuttosto complesso, per varie ragioni. Sul piano ideologico, si registra una sicura discontinuità tra la prospettiva nazionale e quella europea: nell'elaborazione e nell'applicazione delle regole di matrice europea, un'impronta solidarista delle soluzioni operative si dà soltanto per coincidenza rispetto alla direttiva fondamentale pro-concorrenziale¹⁸. All'affermazione, a partire dagli anni '60, di una direttiva solidaristica sul piano interno si è affiancata e intrecciata, a partire sostanzialmente dagli anni '90, una direttiva tesa alla realizzazione di un mercato unico concorrenziale.

Si potrebbe dire che oggi convivono, talvolta in modo armonico talaltra conflittuale, due matrici normative: una solidaristica, che guarda alla relazione intersoggettiva e alla protezione del contraente contingentemente debole, e una matrice concorrenziale, che guarda al sistema dei mercati e alla rimozione degli ostacoli alla competizione¹⁹.

Per un verso, presupposto della creazione del mercato concorrenziale è l'autonomia privata: concorrenza e iniziativa economica privata sono co-originarie. Non si possono, dunque, a priori, porre in contrapposizione autonomia privata e concorrenza, poiché la seconda, rappresentando una esplicazione della prima, ne costituisce un corollario. Sennonché la prospettiva in cui, tradizionalmente, si è valutato l'atto di autonomia è atomizzata, cioè riferita alla singola relazione, e gli effetti sistemici prodotti dalla sottoposizione dell'atto di autonomia a determinate regole e principi sono sempre stati considerati moltiplicando le soluzioni raggiunte con riguardo alla singola relazione per tutte le possibili relazioni negoziali²⁰. Tali effetti sistemici sono stati usualmente calcolati alla stregua dei valori della certezza delle relazioni e, genericamente, della promozione del traffico giuridico.

La prospettiva del diritto europeo è, invece, rovesciata, essendo il punto di partenza non la relazione individuale ma la contrattazione *standard* e di massa. Mentre, il soggetto autore dell'atto di autonomia, nell'impianto del codice civile, è unitario e questo nonostante ciascuno abbia, evidentemente, la propria identità data dal suo *status* socio-economico; pertanto, l'atto di autonomia sconta già, in concreto, identità diversificate e le supera in una disciplina unitaria che, partendo dal presupposto formale della parità delle parti, finisce per parificare, nella considerazione dell'ordinamento, anche queste differenti identità²¹. Quando ciò non avviene, è o per ragioni di natura strutturale che attengono proprio alla definizione della parte del contratto – come nella norma dell'art. 1330 cod. civ. sull'ultratattività dell'atto prenegoziale quando l'autore sia un imprenditore non piccolo – o in considerazione di situazioni del tutto singolari, come nell'ipotesi di rescissione per l'approfittamento dello stato di bisogno di un (qualunque) soggetto di diritto (art. 1448 cod. civ.). Manca, quindi, nel codice – se si eccettuano, in parte, le norme pionieristiche degli artt. 1341 e 1342 cod. civ. – una considerazione organica dei mercati di massa e l'idea stessa di una regolazione del mercato.

¹⁷ H.-W. MICKLITZ (ed. by), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, 2014.

¹⁸ Cfr. L. MESINI, *Stato forte ed economia ordinata. Storia dell'ordoliberalismo (1929-1950)*, il Mulino, 2023.

¹⁹ Cfr. G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, 1999, I, 67; M. LIBERTINI, *Contratto e concorrenza*, in *Contratto, Enc. dir., I Tematici*, a cura di G. D'Amico, Giuffrè, 2021, 246.

²⁰ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004.

²¹ P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, 231.



Il diritto privato europeo, invece, muove da un'altra immagine: il soggetto dell'autonomia non è più la persona intesa unitariamente, ma un soggetto identificabile funzionalmente in quanto collocato in ruoli differenziati – consumatore, professionista, utente di piattaforma, impresa dominante, impresa dipendente – rispetto ai quali si modulano poteri, doveri, responsabilità²². Non esiste più “una” autonomia privata, ma una costellazione di statuti di autonomia, ciascuno dei quali è più o meno ampio a seconda della funzione che il soggetto svolge nel sistema di mercato.

In questo quadro, la negoziazione tende a dissolversi: il consumatore, di regola, non negozia ma aderisce; l'impresa non contratta clausola per clausola, ma elabora condizioni generali; le piattaforme digitali non “prospettano” le loro regole agli utenti, le impongono unilateralmente come condizione di accesso all'ecosistema. L'autonomia privata conserva un volto formalmente volontaristico – la scelta di aderire, di cliccare, di rinnovare – ma si svuota in larga parte della componente dialogica e negoziale che la caratterizza nel modello codicistico.

Il soggetto frantumato sbizzato dal diritto privato regolatorio conserva un'autonomia funzionale alla realizzazione dei fini che l'ordinamento (che quel diritto ha elaborato) si è dato. Così, si può ritenere che il consumatore disponga di una forma di autonomia che potremmo definire vocazionale, che si incentra sulla scelta del bene o servizio da acquistare, del suo marchio – quindi della controparte – e naturalmente del prezzo; ma non, se non in casi marginali, sulla definizione del contenuto delle condizioni contrattuali²³. All'impresa compete, d'altra parte, il potere di elaborare e imporre – seppure entro i limiti posti dalla legge – le condizioni generali di contratto e, con esse, di creare un vero e proprio disciplinamento della relazione con il cliente del servizio.

Considerato che la direttiva sistemica di questo strato di regolazione non è la solidarietà ma la concorrenza, le regole del diritto privato europeo non mirano a generare effetti distributivi se non indirettamente, potendo sortire, in taluni casi, una diminuzione dei prezzi; come, di regola, non mirano a riequilibrare il rapporto economico tra le parti, se non nella misura in cui squilibri eccessivi deformino il gioco concorrenziale. Tale conclusione, infatti, cambia di segno proprio laddove la tutela e la promozione della concorrenza lo richiedano, come avviene nelle ipotesi di applicazione del divieto antitrust di abuso di posizione dominante²⁴ anche nella sua declinazione (nazionale) nei rapporti tra imprese – sganciata, però, dalla considerazione del relativo impatto sul mercato rilevante – dell'abuso di dipendenza economica²⁵.

Certamente, se si intende l'autonomia come assenza di eteronomia, non si può che concludere che i confini attuali dell'autonomia privata siano angusti e rigidamente presidiati. D'altra parte, la potenza pervasiva e strutturante della tecnica amplia, invece, e di molto, la capacità dell'autonomia privata. Per averne un'idea, si può pensare non soltanto alla creazione di tipi contrattuali – uno per tutti la vendita di partecipazioni sociali²⁶ – che porta con sé la nascita di veri e propri settori di specializzazione lavorativa in campo economico-giuridico, ma soprattutto all'invenzione di realtà digitali come gli *smart contracts* e le criptovalute fino alle moderne agorà rappresentate dalle piattaforme digitali.

²² Cfr. F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 13; M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in *ODCC*, 2021, 1, 71.

²³ Cfr. S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent'anni di direttiva 93/13*, Il Foro italiano, La Tribuna, 2024.

²⁴ M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 543.

²⁵ Cfr. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003; EAD., *Subfornitura e abuso di dipendenza economica. Fra diritto civile e diritto della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2022.

²⁶ G. DE NOVA, *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*, Giappichelli, 2024.



In questi ambiti, la tecnica non si limita a fornire strumenti, ma diventa essa stessa eteronomia privata: il codice informatico si sostituisce alla norma, lo *smart contract* non interpreta ma esegue, le piattaforme costruiscono regolamenti interni – *terms of service*, *community guidelines*, protocolli di accesso e di esclusione – che funzionano di fatto come micro-costituzioni private. L'autonomia privata degli utenti si esercita entro spazi che sono stati disegnati, preconfigurati e costantemente modificati da soggetti che non coincidono né con lo Stato né con le parti tradizionali del contratto, ma che ne determinano le premesse²⁷.

Al tempo stesso, proprio la tecnica genera nuove forme di autonomia: la possibilità di auto-organizzazione attraverso piattaforme, la programmabilità degli scambi tramite codici eseguibili, la creazione di spazi economici virtuali e di identità digitali distinti dalla presenza fisica. L'*agere licēre* si estende a territori prima inesistenti, ma il prezzo di questa espansione è una crescente dipendenza da infrastrutture tecniche e informative che sfuggono al controllo individuale e che fissano, *ex ante*, gran parte dei parametri del gioco²⁸.

Una prima parziale conclusione di queste brevi considerazioni è che i discorsi sull'autonomia privata devono cambiare di segno, non potendosi più fare coincidere l'autonomia con l'assenza di eteronomia. La crescente complessità sociale pone, sempre più, una domanda di regolazione per la protezione e la promozione dei diritti inviolabili dell'uomo – fra i quali diviene oggetto di considerazione, in via pregiudiziale, la salvaguardia delle condizioni di una vita sana nell'ecosistema²⁹ – e per la garanzia e l'espansione dei processi democratici nella formazione e nell'esercizio dell'opinione. Ma impone, allo stesso tempo, un chiarimento concettuale: che cosa significa “autonomia privata” in un contesto in cui la libertà di iniziativa si esercita dentro spazi progettati da altri, entro sistemi di regole multilivello e su infrastrutture tecniche non neutrali?

In questo scenario, l'autonomia privata non può più essere intesa come un attributo statico del soggetto di diritto – essere o non essere liberi di contrarre – ma piuttosto come un processo multilivello che richiede condizioni diverse a seconda del piano in cui lo si osserva. Si possono distinguere, almeno, tre dimensioni.

Una prima dimensione è quella dell'autonomia formale, che coincide con il potere di porre in essere atti di autonomia: la capacità giuridica e di agire, la possibilità di accedere a modelli contrattuali, la libertà di scegliere se concludere o meno un dato accordo. In questo senso, l'autonomia privata è, oggi, più diffusa che mai: un numero crescente di soggetti, anche deboli e marginali, hanno accesso a strumenti di contrattazione e di scambio che, in passato, erano riservati alle élite economiche.

Una seconda dimensione è quella dell'autonomia sostanziale, che attiene alla possibilità effettiva di incidere sul contenuto dell'atto e sui suoi effetti³⁰. Qui, i limiti si fanno più stringenti: la contrattazione di massa, le condizioni generali predisposte unilateralmente, l'opacità dei testi e delle architetture informative riducono drasticamente lo spazio per una vera negoziazione. L'autonomia del consumato-

²⁷ S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, il Mulino, 1973.

²⁸ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, 2023.

²⁹ L. FERRAJOLI, *Progettare il futuro. Per un costituzionalismo globale*, Feltrinelli, 2025.

³⁰ Cfr. M.W. HESSELINK, *Post-private Law?*, in K. PURNHAGEN-P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Springer, 31; S. GRUNDMANN, *Negotiation, the Function of Contract and the 'Justice of Consensus'*, in S. GRUNDMANN-H.-W. MICKLITZ-M. RENNER (eds.), *New Private Law Theory. A pluralist approach*, Cambridge University Press, 2022, 207.



re, dell'utente, del lavoratore si concentra nella scelta tra alternative preconfezionate, spesso funzionalmente equivalenti sul piano del contenuto giuridico.

Una terza dimensione è quella dell'autonomia infrastrutturale, che riguarda l'accesso ai presupposti materiali e tecnici dell'agire autonomo: infrastrutture digitali, alfabetizzazione informatica e finanziaria, disponibilità di informazioni comprensibili, pluralità effettiva di controparti e di offerte. Senza questa dimensione, le altre due rischiano di restare puramente nominali: il soggetto è formalmente libero di scegliere, ma non dispone degli strumenti per comprendere, comparare, negoziare in modo minimamente consapevole.

L'intreccio tra matrice solidaristica e concorrenziale può essere riletto alla luce di queste tre dimensioni. La prima ha storicamente lavorato per rafforzare l'autonomia sostanziale, riducendo le asimmetrie informative e di potere nella relazione concreta; la matrice concorrenziale ha operato, in larga misura, sul piano dell'autonomia infrastrutturale, creando e regolando mercati, rimuovendo barriere all'ingresso, fissando standard di trasparenza e di correttezza. Entrambe, tuttavia, hanno finito per incidere anche sull'autonomia formale, espandendola in alcuni ambiti e comprimendola in altri.

Il digitale aggiunge un ulteriore livello. Le piattaforme modellano, in modo radicale, l'autonomia infrastrutturale: definiscono chi può entrare nel mercato, come, a quali condizioni; controllano flussi informativi decisivi per l'esercizio dell'autonomia sostanziale; attraverso interfacce e meccanismi di *design* influenzano la stessa percezione soggettiva delle alternative disponibili. Ne deriva una forma di autonomia privata che potremmo definire etero-progettata: l'individuo agisce liberamente, ma entro percorsi decisionali disegnati da soggetti che rispondono a logiche economiche e tecniche proprie³¹.

In questo contesto, il lessico tradizionale dei "limiti" all'autonomia – invalidità, inefficacia, illiceità – appare insieme necessario e insufficiente. Necessario, perché continua a fornire rimedi puntuali per gli eccessi più evidenti di compressione dell'autonomia sostanziale (clausole abusive³², pratiche commerciali scorrette³³, abusi di dipendenza economica). Insufficiente, perché non intercetta fino in fondo la nuova dimensione sistemica dei vincoli: non più solo il singolo contratto ingiusto, ma l'architettura complessiva degli spazi in cui l'autonomia privata si esercita.

Alla luce di quanto precede, i confini attuali dell'autonomia privata non possono essere descritti né come un progressivo restringimento né come un trionfale ampliamento. Piuttosto, si assiste a una riconfigurazione: l'autonomia formale è ampia, la capacità di produrre effetti è enorme (soprattutto quando l'atto di autonomia si inserisce in reti digitali che ne moltiplicano le conseguenze), ma le condizioni perché quell'autonomia sia sostanziale sono fragili, asimmetriche e spesso determinate altrove.

Se, in passato, la domanda centrale era "fino a dove può spingersi l'autonomia privata prima che l'ordinamento la fermi?", oggi la domanda andrebbe forse rovesciata: "quali condizioni devono sussistere perché l'autonomia privata non si riduca a una finzione, a una pura apparenza di scelta entro percorsi tracciati da altri?".

L'autonomia privata non è più – se mai lo è stata – l'opposto dell'eteronomia. È, piuttosto, la capacità di agire efficacemente all'interno di un sistema di regole, infrastrutture e poteri che la precedono e la eccedono. In questa prospettiva, il compito del giurista non è solo disegnarne meglio i limiti, ma in-

³¹ Cfr. O. POLLICINO, *Potere digitale*, in *Potere e Costituzione*, Enc. dir., I Tematici, V, M. CARTABIA-M. RUOTOLO (a cura di), Giuffrè, 2023, 1008; G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Potere e Costituzione*, cit., 410.

³² Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Diritto italiano ed europeo dei consumatori*. Studi, Wki, 2024.

³³ Cfr. C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in G. D'AMICO (a cura di), *Contratto*, Enc. dir., I Tematici, Giuffrè, 2021, 825.

JUS CIVILE



terrogare criticamente le forme contemporanee dell'eteronomia – pubblica e privata, giuridica e tecnica – e verificare, di volta in volta, se quella che chiamiamo autonomia privata sia ancora, almeno in parte, libertà di costruire il proprio spazio di senso, o se non sia diventata, più modestamente, l'arte di muoversi entro labirinti progettati da altri. Nel primo caso, vale la pena difenderla e rafforzarla; nel secondo, occorre avere il coraggio di dirlo e di ripensarne le categorie.



GIOVANNI BONILINI

Professore emerito di Diritto civile – Università degli Studi di Parma

AUTONOMIA PRIVATA E DISPOSIZIONI *MORTIS CAUSA* *

1. – Nelle pagine, dense e terse, nelle quali Lev Nikolaevič Tolstoj, in quel meraviglioso affresco che è “Guerra e Pace”, rievoca, altresì, la rarefatta atmosfera che avvolge la morte del conte Bezuchov – cui era sopravvenuto il sesto colpo e il quale era il padre illegittimo, così ci si esprimeva allora, di Pierre –, affiora, quasi inaspettatamente, un chiaro concetto giuridico. (Pierre, molto più avanti nella storia, sposerà la deliziosa Nataša Rostova, purtroppo orbata del principe Andrej Bolkonskij).

In quelle pagine, Tolstoj tratteggia anche l’ansia dei parenti, suscitata dalla oramai prossima, inevitabile, vicenda successoria. Alla domanda del figlio Boris, la sempre affaccendata principessa Anna Michajlovna Drubeckaja risponde, icasticamente: «*Dirà tutto il testamento, mio caro: anche il nostro destino dipende da quello...*»¹.

Apprenderemo più tardi, come il vecchio conte Bezuchov avesse rivolto supplica al Sovrano affinché legittimasse Pierre, il quale, in conseguenza del testamento, e non più impacciato dalla nascita fuori del matrimonio, diventerà erede dell’immensa fortuna del padre.

Attestano i biografi, che Tolstoj, negli anni fra il 1844 e il 1846, frequentò anche i corsi di Giurisprudenza, con scarso profitto.

È stato un bene per l’umanità, che Lev Nikolaevič Tolstoj non si sia principalmente occupato di Diritto; il che gli ha consentito di dedicarsi interamente alla scrittura di pagine memorabili; non di meno, la frase, prima richiamata, sul valore e sul senso del testamento, lascia supporre che i pochi studî giuridici condotti gli abbiano consentito di maturare ed esprimere conoscenze, che si rivelano profonde.

«*Dirà tutto il testamento, (...)*», infatti, è espressione capace di compendiare, egregiamente, la vastità delle disposizioni affidabili a codesto negozio giuridico; ove si preferisca, essa è anche atta a trasmettere, con immediatezza, il senso, e la misura, dell’ampiezza dei poteri riconosciuti, ancora oggi, al testatore. In altri termini, della sua autonomia.

Ho più volte espresso il convincimento della vitalità di uno strumento insostituibile, qual è il testamento, e della sua centralità, nel nostro sistema giuridico, per la sistemazione degli interessi *post mortem*.

Vitalità, che non intendo già in termini di sua spiccata frequenza di impiego nella prassi, bensì nel senso della sua piena, insostituibile, attitudine all’adeguata risposta ai bisogni dell’uomo. Si badi: altresì, ove i medesimi fossero sporadicamente presenti.

* Traccia della relazione, con l’aggiunta di essenziali riferimenti dottrinali, destinata al Convegno dal titolo: “*I confini attuali dell’autonomia privata. In onore di Carlo Granelli*”, Pavia, 10 maggio 2024.

¹ LEV NIKOLAEVIČ TOLSTOJ, *Guerra e Pace*, a cura di L. Pacini Savoj e M.B. Luporini, Segrate, 104.



2. – Osservo, incidentalmente, come il patto di famiglia, la cui disciplina è entrata in vigore nel 2006, non mi pare che abbia goduto, sino a oggi, di quella fortuna, che ci si sarebbe potuti attendere. Codesta, nuova, forma di organizzazione giuridica della trasmissione dell'azienda o delle partecipazioni sociali, invero, stenta a incontrare il favore degli imprenditori, forse anche a ragione del fatto che non è poi così consueto che un soggetto si spogli, prima della morte, della titolarità di cespiti importanti; tanto meno, del potere di controllo dell'attività d'impresa, conservato, non di rado, attraverso la riserva, al disponente, del diritto di usufrutto.

Osservazioni, codeste, che, probabilmente, potrebbe essere che siano riferibili ai patti successori, ove le insistenze di vedere abrogato il dettato dell'art. 458 cod. civ. trovino ascolto, per opera, peraltro, giova rimarcarlo, di un legislatore, che, negli ultimi decenni, ci ha resi consapevoli soltanto della sciat-teria, con la quale sono confezionate le norme di legge.

Ho manifestato, sin troppe volte, il mio dissenso all'abrogazione della norma affidata all'art. 458 cod. civ.², il che mi rende pressoché solitario paladino della centralità del testamento, quale unico negozio capace di dare sistemazione alla moltitudine degli interessi *post mortem*. In sua assenza, fa alla bisogna la successione *ex lege*; non di meno, rimango anche fermamente convinto dell'inadeguatezza del vigente sistema di successione necessaria, che attribuisce diritti, in maniera smodata e indiscriminata, ai legittimari, erodendo, in misura sconsiderata, i poteri di autonomia testamentaria. Basti rilevare, peraltro, che il sistema appare oggi sbilanciato, là dove si rammenti che chi sia coniuge, o persona unita civilmente, anche solo da poche ore, trovi consistenti diritti di riserva, rannodati alla successione del coniuge, o dell'unito civilmente, deceduto, che sono negati, invece, a chi abbia condotto, e lungamente, una mera convivenza di fatto, o una convivenza *more uxorio*, e il convivente deceduto non abbia testato in suo favore, oppure veda il concorso ereditario di una folla di legittimari.

3. – L'insostituibile duttilità del meccanismo testamentario a me pare sicura. Attenta dottrina, del resto, non ha mancato di segnalare, in tempi relativamente recenti, il ritorno all'impiego del testamento in altre esperienze dell'occidente industrializzato, in cui si registra la sensibile ripresa di interesse per codesto mezzo giuridico, utile per imprimere destinazione ai beni oltre la vita della persona³. In termini più completi, esso è capace, a mio avviso, di offrire sistemazione a una pluralità di interessi *post mortem*, non potendo punto essere immiserito a mero veicolo di trasmissione della ricchezza⁴.

Capacità di rispondere ai bisogni dell'uomo, quella cui ho fatto prima cenno, che l'ordinamento giuridico deve farsi carico di salvaguardare e, soprattutto, di agevolare. Diversamente, si rivelerebbe inosservato, fra l'altro, il precetto racchiuso nell'art. 47 Cost., che fa obbligo alla Repubblica di incoraggiare e tutelare il risparmio in tutte le sue forme. Norma, quella richiamata, che reputo capace di assicurare – forse in misura ancora maggiore di quanto non avvenga con quella contemplata dall'art. 42, ult. cpv., Cost., dettata a garanzia della proprietà privata e della successione, nella medesima, anche a causa di morte – un sostegno vigoroso alla vicenda successoria *mortis causa*, poiché il valore del risparmio svapora, ove si acquisisca la sua tribolata trasmissibilità *mortis causa* ai soggetti prescelti, oppure dei beni, in cui esso sia stato convertito.

² G. BONILINI, *Attualità del «Divieto di patti successori»?*, in *Dir. delle successioni e della famiglia*, 2015, 343 ss.

³ Così, P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto di patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, (1 ss.), 5.

⁴ Cfr. G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, spec. 13 ss.



Ulteriormente fermando l'attenzione sul dato costituzionale, a me pare che il fugace richiamo, alla successione per testamento, svolto dall'art. 42, ult. cpv., Cost., sia insufficiente a delineare il quadro di salvaguardia dell'autonomia dei privati nella sistemazione degli interessi *post mortem*. A parte l'art. 47 Cost., al quale ho già fatto cenno, reputo doveroso – anzi, preminente – il richiamo all'art. 2 Cost.

L'istituzione testamentaria di erede, o di eredi, e la designazione di legatario, o di legatari, non esauriscono punto la funzione del testamento. Suo tramite, si possono conseguire altri risultati, giacché il testatore può servirsene, a titolo di esempio, per dichiarazioni di volontà, o di scienza, che potrebbe rendere altrimenti; epperò, non è di poco conto che possa determinarsi ad affidarle all'atto *mortis causa*. Alludo, almeno, al riconoscimento di figlio nato fuori del matrimonio, al riconoscimento di debito, alla confessione (art. 2735, comma 1, cod. civ.). Quali che siano le ragioni, che abbiano spinto il testatore al differimento della efficacia, al tempo successivo alla sua morte, di codeste manifestazioni di volontà, o, almeno, di scienza, le medesime sono meritevoli di rispetto, e di tutela piena.

Il testatore, inoltre, può impiegare l'atto *mortis causa* al fine della realizzazione di interessi di indole esclusivamente morale, non patrimoniale, o indirettamente patrimoniale, riuscendo ad assicurarla nel tempo in cui non sarà più in vita.

In una: al testamento può essere riconosciuta l'attitudine di strumento capace di concorrere a valorizzare la personalità umana, che si iscrive nel novero dei preminenti vóti del nostro ordinamento giuridico (art. 2 Cost.). Non va dimenticato, peraltro, come l'art. 2 Cost. miri al sereno svolgimento della personalità dell'uomo, anzitutto, come singolo, indi nelle formazioni sociali. Fra le quali, si suole annoverare l'ambiente di vita familiare, non di rado dimentichi del fatto che codesto, specifico, ambito conosca la propria, elettiva, consacrazione nell'art. 29 Cost., che, a mio avviso, appare oggi meritevole di radicale novellazione, sino ad ora mancata per ragioni certo non commendevoli.

Non si può negare che il primo richiamo, svolto dall'art. 2 Cost., sia allo sviluppo della personalità dell'uomo come singolo. E anche nell'atto – non di rado solitario, ove si pensi alla maggiore frequenza di impiego del testamento olografo – della redazione del negozio e documento testamentario, trova modo di espressione la personalità dell'uomo. Lo stretto nesso tra le disposizioni testamentarie, e, in particolare, ma non solo, tra il legato testamentario e i sentimenti dell'uomo, ancora più intenso di quanto non sia quello intercorrente tra quei sentimenti e l'istituzione di erede, è già stato ampiamente disvelato⁵. Disposizioni testamentarie, che, sovente, rendono tangibili gli affetti, la stima, la riconoscenza, la fiducia, gli ideali, e fanno varcare ai sentimenti dell'uomo la soglia del foro interno. Vero è che può altresì accompagnarsi, alla manifestazione di volontà testamentaria, la segreta, illusoria, aspirazione umana alla sopravvivenza oltre la morte; tuttavia, non può negarsi che sia anche loro tramite che possano acquetarsi determinati bisogni dell'uomo. Sovente, essi sono nobili, genuini, generosi; raramente, impingono nell'illecito.

Testamento, dunque, che può essere inteso, altresì, come luogo di manifestazione, di conferma, di precisazione di affetti. L'ammonimento foscoliano: «Sol chi non lascia eredità d'affetti/poca gioia ha nell'urna», può forse trovare, in date disposizioni *mortis causa*, l'occasione di una non tardiva resipiscenza.

Il nostro ordinamento giuridico presta, da sempre, robusta attenzione salvaguardante al testamento. Non si può neppure negare, però, che il vigente sistema normativo, che ci consegna la soffocante at-

⁵ Si veda, anche per i richiami, G. BONILINI, *Dei legati*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, III ed., Milano, 2020, spec. 4 ss.



tenzione nei confronti dei legittimari, rischi, nel concreto, di rendere modesto lo spazio di autonomia nella sistemazione degli interessi pel tempo successivo alla morte. Si comprende, pertanto, perché più di un interprete, e lo stesso legislatore, seppure in sede di naufragate proposte di legge, abbiano posto l'interrogativo sulla opportunità di rivedere il vigente sistema di successione necessaria. Personalmente, mi sono espresso, in più occasioni, in tale senso⁶; esplicita è sempre stata, ed è, la mia tensione a privilegiare l'individuo, e la sua libertà, rispetto ai rapporti di famiglia. Non si può sì dimenticare che l'uomo realizzi la propria personalità anche nel seno della famiglia, qualsivoglia essa sia; epperò, essa è seconda, rispetto all'uomo, il quale, non di rado, decide di realizzarsi indipendentemente da vissuti rapporti familiari.

4. – Gli antichi Maestri non hanno mai mancato di riconoscere sicura, di per sé, l'esigenza di dare garanzia al testamento. Suo tramite, il diritto «garentisce la volontà, che s'infutura»⁷, sicché, negando «ogni libertà di testare, si violerebbe la tendenza che ha l'uomo di compiacersi nel pensiero che un suo caro godrà del suo patrimonio, e sopprimerebbe la spinta alla operosità ed alla produzione. Anche in questa forma di successione le esigenze economiche sono in pieno accordo con le esigenze razionali del diritto»⁸.

Il nostro ordinamento giuridico consente, ancora oggi, di affermare la centralità dell'istituto testamentario. Essa, già ne ho svolto cenno, non è punto minacciata dal patto di famiglia, che, sino a oggi, ha goduto di scarso favore pratico. In ogni caso, esso ha un ambito oggettivo decisamente limitato (azienda; ramo di azienda; partecipazione sociale), a differenza del testamento, che permane capace di spaziare nella sistemazione di una moltitudine di interessi *post mortem*.

Basti accennare ad alcune soltanto delle varie disposizioni *mortis causa*, che danno risalto alla possibile ricchezza di contenuto del testamento: anzitutto, alla disposizione di diritti del testatore e, financo, di terzi (art. 651 cod. civ.). Si pensi, altresì, alla sua attitudine a essere fonte di obbligazioni (art. 1173 cod. civ.), e l'allusione è, primariamente, ai legati obbligatori (di contratto, di prelazione, *etc.*). Si pensi alle disposizioni non patrimoniali, a quelle indirettamente patrimoniali, a quelle di scienza, che il testamento è capace di racchiudere.

Non si può negarlo: non è rintracciabile un altro negozio idoneo a mostrarsi capace, robusto, affidabile, contenitore di siffatta moltitudine.

Sicura, quindi, è la sua unicità. Non mi soffermo sui patti successori, ancora oggi accumulati nel perentorio divieto espresso dall'art. 458 cod. civ.⁹. Orbene, ove anche codesto divieto dovesse venire meno, come auspicano non pochi interpreti, magari a ragione della sollecitazione che il recente, elefantico, maldestro, Regolamento europeo, entrato in vigore nell'agosto del 2015, potesse offrire al nostro legislatore, mai potrebbe, il contratto ereditario o l'atto dispositivo o rinunziativo, gareggiare, quanto a estensione di contenuto, con il testamento. Ancora una volta, non potrebbe che avere un oggetto smilzo, circoscritto, là dove il testamento potrà sempre presentare contenuto sfaccettato, atto a offrire disciplina alla molteplicità dei bisogni, e interessi, dell'uomo. Personalmente, (non ne ho mai fatto mistero), sono contrario al patto successorio, poiché denuncia lo spirito che apprezza tutto in da-

⁶ Si veda, anche per i richiami, G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, s. d., ma 2009, 729 ss.

⁷ F. FILOMUSI GUELF, *Successione testamentaria*, in *Enc. giur.*, V ed., Napoli, 1907, (411 ss.), 412.

⁸ F. FILOMUSI GUELF, *op. cit.*, 413.

⁹ G. BONILINI, *Attualità del «Divieto di patti successori»?*, *cit.*, *passim*.



naro, che considera che tutto possa essere oggetto di vendita, di pattuizione; alto, poi, è il rischio della sua irrevocabilità, almeno nei fatti. Non mi pare dannosa scelta, pertanto, quella di lasciare un alone di mistero, almeno, nei confronti degli esiti civilistici della morte. In ogni caso, non può essere negato che esso non riesca mai a essere capace di sostituirsi, *in toto*, al testamento.

5. – Gli studî più avvertiti approdano alla conclusione, secondo la quale, sono riconosciuti ai consociati poteri molto ampî, seppure non illimitati, circa la sistemazione, tramite le disposizioni affidate al negozio *mortis causa*, degli interessi *post mortem*. Detto altrimenti, è sicura l'autonomia, intesa quale potere di incidere sulle regole riguardanti un dato soggetto. Osserva Rodolfo Sacco, come, nel passato, si parlasse, altrettanto volentieri, di «libertà del testatore»¹⁰. Ne dà conferma Troplong, il quale, nella dotta *Préface* alla trattazione sui testamenti, ama ricordare: «*le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil*»¹¹. Rileva, ancóra, Sacco, come la parola libertà abbia il grande vantaggio di essere immediatamente comprensibile anche al non giurista; epperò, non lasci intendere che «qui essa corrisponde ad un potere di creare regole»; al qual concetto, invece, si addice il termine autonomia¹².

A me pare che l'autonomia del testatore trovi il suo vero profilo di importanza nel contenuto deducibile nell'atto *mortis causa*; vale a dire, nell'ammirevole varietà di disposizioni consegnabili al medesimo.

Sulla sua centralità nel nostro ordinamento, la dottrina più attenta ci rassicura¹³. Non giova certo ritornare su una disputa annosa, giustamente giudicata sterile¹⁴, diretta a forzare un segno, che porti a riconoscere la prevalenza, o la preminenza, della successione testamentaria sulla legittima, o di questa sulla prima. Più pacata, è la riflessione che rintraccia sì, nella legge, il cómpito di decidere la sorte dei beni della persona al di là della morte, ma per la cui realizzazione essa si avvale della mediazione di un atto di autonomia, qual è, appunto, il testamento¹⁵.

Il sistema, nella sua cartesiana linearità, dà indiscusso spazio all'autonomia testamentaria; non di meno, elegge alcuni famigliari a riservatarî, i quali possono venire alla successione anche contro il testamento. Esso, però, e il dato non può essere punto dimenticato o trascurato, dà tutti i suoi frutti, anche se leda i diritti dei legittimarî, giacché le sue disposizioni non sono, per questa ragione, nulle: più semplicemente, possono essere private di efficacia, ove i riservatarî agiscano in riduzione. Nel qual caso, l'èsito vittorioso del giudizio scolora la volontà testamentaria sino alla misura necessaria a reintegrare quei diritti. Lungimirante scelta, quella del Codificatore del 1942: la violazione dei diritti di riserva, e financo la pretermissione di un legittimario, non comportano l'invalidità dell'atto *mortis causa*, giacché è rimessa all'interessato la libera scelta circa l'attivazione del previsto, snello, rimedio; vale a dire, l'azione di riduzione.

Centralità del testamento, dunque; ove vi sia, intuitivamente, poiché, in sua assenza, non potranno che operare i criterî di successione legittima, chiamata, peraltro, a concorrere con quella testamentaria, ove quest'ultima non sia in grado di realizzare effetti pieni, non avendo disposto, il testatore, dell'intero o lo stesso si sia limitato a disporre a titolo di legato, sicché la chiamata di un erede, sempre

¹⁰ R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. IV. Sez. civ.*, vol. I, Torino, s. d., ma 1987, (517 ss.), 517.

¹¹ R. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, I, Bruxelles, 1855, I.

¹² R. SACCO, *op. loc. cit.*

¹³ A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, t. I, Milano, 1996, spec. 4 ss.

¹⁴ P. RESCIGNO, *op. cit.*, 5.

¹⁵ Cfr. P. RESCIGNO, *op. cit.*, 5.



necessaria, dovrà trovare attuazione secondo i criteri di legge. E così si completa, in una circolarità virtuosa, senza sbavature e difetti, il subingresso nell'intero e l'assenza, dunque, di pericolosi vuoti.

Criteri di legge, che, dalla Novella del 1975, non privilegiano più il solo rapporto di sangue: esaltano gli affetti, come è testimoniato dalla differente posizione successoria ora assicurata al coniuge superstite (e, giusta la legge n. 76/2016, alla persona unita civilmente).

Esaltazione, ancora una volta, degli affetti, che, a giudizio dei più, appare oggi smodata, sbilanciata, sovente inadeguata. Meritevole di essere intermediata dall'atto di volontà *mortis causa*. Per meglio dire: un coniuge affettuoso e partecipe, non ha dubbio circa la successione *post mortem* nei diritti trasmissibili in favore del coniuge superstite. È quella che io chiamo la fisiologia delle famiglie felici. Accanto alle quali, però, non può non essere registrata la presenza delle famiglie infelici; rispetto alle quali, appunto, i diritti di riserva si rivelano poco adatti, financo irridenti¹⁶.

6. – Centralità del testamento, si è detto, la cui normativa, nella sostanza, è in continuità con il passato; a mio avviso, in rassicurante continuità.

Si reputa che il testamento meriterebbe di essere rivitalizzato; si può acquisire, facilmente, come poche norme siano state modificate, dal 1942, nella disciplina concernente il testamento.

Su alcuni punti, un intervento legislativo potrebbe essere utile; di maggiore giovamento, a me pare la tendenza in atto, che è di rinnovata sensibilità dell'interprete verso uno strumento, la cui potenzialità è indubbia. Basti il richiamo, fra l'altro, al potere del testatore di comporre la quota riservata con beni determinati (artt. 549, 733 e 734 cod. civ.), di disporre l'istituzione del legittimario in beni determinati (art. 588 cod. civ.), oppure il legato in sostituzione di legittima (art. 551 cod. civ.).

Potenzialità, occorre precisarlo, non sempre adeguatamente sfruttata dai testatori, forse anche a ragione dei non sempre attenti consigli di quanti siano stati chiamati ad assisterli nella redazione del negozio di ultima volontà.

L'insostituibilità della funzione testamentaria, peraltro, è svelata, soprattutto, riguardo alla circostanza che solo il testatore conosce i meriti dei beneficiari, sicché è l'unico a potere ristabilire equilibri, anche tenendo conto dell'eventuale pluralità di matrimoni, e della convivenza prolungata, nella quale vi sia stato l'apporto di assistenza, e delle collaborazioni domestiche, che possono avere avuto un'importanza non trascurabile¹⁷.

La destinazione testamentaria dei diritti (gravanti sulla disponibile), dunque, può concorrere a dare risalto ai meriti di alcuni; volendo, anche a "sanzionare" i comportamenti disapprovati di altri. Si pensi al comportamento irrispettoso dei figli, sì riprovato, epperò non sanzionato: il genitore può concretamente biasimarlo, devolvendo a favore di altri la disponibile; peraltro, se quel comportamento abbia i ben più pregnanti colori dell'illiceità, opera l'indegnità a succedere, che può far perdere anche i diritti riservati dalla legge. Si può obiettare, che è poco nobile lo spirito di chi sanziona; non di meno, a me pare che l'idea retributiva abbia meriti ben maggiori di quanti oggi non si voglia riconoscerle.

Una prospettiva alta, non può essere negata all'attitudine del testamento al raggiungimento di scopi genuinamente sociali, come avviene quando le sue disposizioni si indirizzino a dotare di mezzi gli enti perseguenti scopi culturali, di beneficenza, *etc.*; in un disegno, in ogni caso, di fiducia dell'uomo nell'uomo, nelle sue capacità di rispetto della memoria. Ben si è osservato, peraltro, riguardo al feno-

¹⁶ G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, cit., spec. 741 ss.

¹⁷ A. PALAZZO, *op. cit.*, 8.



meno successorio, il favore dell'ordinamento per la continuità delle posizioni soggettive, e dei rapporti, di cui esse sono elementi: la mobilità di tali posizioni e rapporti, corrispondente a un impulso dinamico, si concilia con l'esigenza della continuità, che vuol dire conservazione¹⁸.

7. – Le disposizioni patrimoniali attributive, affidabili al testamento, non possono che essere l'istituzione di erede, la chiamata nei legati, il ricorso al *modus*. La critica alla tipicità delle disposizioni testamentarie¹⁹, peraltro, non mi convince, giacché esse sono capaci di soddisfare, in linea di tendenza, qualsivoglia bisogno, sol che si riconosca la varietà del contenuto, che il testatore può loro affidare.

Mi pare, tuttavia, che altre disposizioni meriterebbero di essere tipizzate, al fine del raggiungimento di risultati differenti da quelli divisati per la trasmissione della ricchezza, come cercherò di mostrare più avanti.

Sulla varietà del contenuto affidabile alle disposizioni testamentarie, una stagione feconda di studi l'ha mostrata²⁰; sulla duttilità del *modus*, non v'è che da richiamare il magistrale contributo di Michele Giorgianni²¹.

La maggior parte degli interpreti, soffermandosi sull'ampiezza dell'autonomia del testatore, rileva, quale suo, unico, limite, la liceità, non disgiunta, in ogni caso, dalla possibilità e dalla determinatezza o determinabilità del disposto; soprattutto, reputa non riferibile, al testamento, il dettato dell'art. 1322, cpv., cod. civ.²².

Senza ripetere osservazioni note, rammento come debba escludersi, con il conforto di autorevole dottrina, che il testamento, quale tipo negoziale legislativamente configurato, tolleri la valutazione di meritevolezza sociale degli interessi perseguiti. Non si può invocare l'art. 1324 cod. civ.²³; soprattutto, va considerato come l'intero sistema legislativo – e la storia, che accompagna la vicenda giuridica del testamento, nonché la diversità ontologica delle esigenze, alle quali esso risponde, rispetto al contratto – manifesti, con una serie di segni caratteristici e inequivoci, l'idea che l'atto *mortis causa* sia sottratto all'applicazione della normativa generale del contratto.

Alla libertà testamentaria, si osserva in dottrina²⁴, è riservato uno spazio insuscettibile di verifica in termini di «socialità» dell'intenzione e dello scopo; il che ri-conferma la tolleranza dell'ordinamento giuridico verso il contenuto bizzarro, o capriccioso, o socialmente futile, epperò lecito, delle disposizioni testamentarie. Riguardo a ciò, tuttavia, penso possa trarsi, dalla concretezza della prassi, uno spunto di riflessione. Pur non giuridicamente bisognevoli della positiva valutazione in chiave di meritevolezza sociale, mi domando in quante situazioni possa realmente affermarsi che le disposizioni testamentarie ne facciano difetto. Certo, non mancano, nelle opere dei dottori, interessanti florilegi di ipotesi di disposizioni reputate immeritevoli; è anche vero, però, che i Repertori ci segnalano ipotesi, più che immeritevoli, illecite, quindi prive di efficacia per ben più pregnante ragione. I testatori, in-

¹⁸ A. DE CUPIS, voce *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, s. d., ma 1990, (1250 ss.), 1257.

¹⁹ Per un cenno, v. P. RESCIGNO, *op. cit.*, 3.

²⁰ V., altresì per i riferimenti, G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, spec. 8 ss. (ristampa, Napoli, 2018).

²¹ M. GIORGIANNI, *Il «modus» testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 889 ss.

²² Per i riferimenti, v. G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., spec. 64 ss.

²³ G. BONILINI, *op. ult. cit.*, 65.

²⁴ V., per i richiami, G. BONILINI, *op. ult. cit.*, 66.



dubbiamente, peccano, talvolta, di bizzarria; epperò, si è lontani dall'illiceità, e pur anco dalla non meritevolezza.

Su questo terreno, tuttavia, vanno registrate censure forti. Nel più vasto disegno di energica disapprovazione del fenomeno successorio *mortis causa*, non si è mancato, a modo di esempio, di giudicare le regole codicistiche in sua disciplina come «asservite alla (...) preminenza del dato egoistico su ogni altra esigenza, che non sia quella di soddisfare al più ottuso individualismo (...)»²⁵.

Codesta, perentoria, affermazione a me pare facilmente smentibile. Un esempio lo offre lo stendhaliano romanzo *Armance*. Octave de Malivert, contratto improvvidamente matrimonio con Armance, si imbarca, poco dopo la celebrazione delle nozze, su un veliero diretto in Grecia, dicendo alla moglie di aver fatto un voto. Ben presto, fece chiamare il capitano: in presenza delle nove persone dell'equipaggio, dettò il suo testamento; uno simile, aveva avuto cura di depositarlo presso un notaio di Marsiglia. Col testamento, attribuì tutti i suoi beni alla moglie, alla «strana» condizione, così dice Stendhal, che lei si risposasse entro venti mesi dal suo decesso; in difetto, l'eredità sarebbe spettata a sua madre. Indi, si tolse la vita con una mistura di oppio e digitale, che lo liberò dolcemente da quella vita per lui tanto agitata.

Un giudice nostrano, fortemente legato all'interpretazione costituzionalmente orientata, inorridirebbe, oggi, di fronte alla condizione di sposare; il testamento di Octave, invece, a me appare il supremo gesto di generosità di un uomo, che non ha compreso, a tempo debito, l'errore del suo matrimonio, che non avrebbe potuto onorare. Incapace di dare le gioie matrimoniali alla bella Armance, Octave le offre una via di possibile salvezza, di recupero: un altro matrimonio, da contrarre a breve; altrimenti, non le spetterà la sua eredità. Sennonché, è fatale che Armance, e la madre di Octave, si ritirino, poco dopo la sua morte, in convento: siamo in un romanzo dell'Ottocento; altro non avrebbe potuto essere il finale.

Più di uno studioso ha messo in luce come occorra abbandonare l'opinione, che fa del diritto successorio il dominio incontrastato dell'individualismo più retrivo²⁶. Non è punto vero, poi, che il testamento poco si adatti alla realizzazione di programmi e finalità di ordine sociale²⁷. A me pare improprio vagheggiare il perseguimento di imprecisati interessi sociali, e non cogliere la circostanza che l'appagamento degli interessi dei singoli si rivela capace, in definitiva, di realizzare l'interesse del gruppo.

8. – Il testamento è una creatura fragile: destinato a produrre effetti nel tempo in cui il suo autore non sarà più, può essere in balia di successibili ingordi; l'allentamento delle coscienze individuali può minacciare la volontà affidatagli; una certa, incolpevole, insipienza di chi sia chiamato a interpretarlo acuisce, talvolta, il problema. Né manca, sovente, un'assenza di previdenza, o di conoscenza di prov-

²⁵ L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 6, II, Torino, 1982, 5 ss., spec. 10, e, della stessa, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, spec. 2-8.

²⁶ V., a titolo di esempio, L. FERRI, *Socialismo e diritto successorio*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano, 1971, (121 ss.), 122.

²⁷ Cfr. V. SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, (387 ss.), spec. 392.

Sulla funzione sociale della successione *mortis causa*, v. le dense pagine di P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 130 ss., spec. 133 ss.



videnze, che l'ordinamento giuridico pone a disposizione dei testatori. Il soccorso, a titolo di esempio, che può prestare la penale, specie a fianco di disposizioni deboli, è di tutta evidenza. Taluno dubita che la penale possa prestare assistenza alle obbligazioni di fonte testamentaria, ed è qui un'incertezza pericolosa, che il Codice potrebbe farsi carico di sciogliere esplicitamente, sebbene i suoi segni, rettamente interpretati, a me pare che portino nella direzione della piena possibilità di dedurre la penale anche nel testamento²⁸.

Fruttuosa, potrebbe essere la previsione di una disposizione di compromettere in arbitri. Si dubita che la clausola arbitrale possa accedere, oltre che ai contratti, al testamento; una più serena valutazione dell'autonomia testamentaria, però, potrebbe portare a riconoscere al testatore il potere di prevedere che le controversie rannodate, a titolo di esempio, all'interpretazione di una data disposizione a causa di morte, debba essere affidata a un arbitro. Tecnicamente, il testatore potrebbe disporre sotto forma di condizione dell'istituzione testamentaria, certo non illecita (art. 634 cod. civ.), che vincolerebbe i chiamati accettanti.

Fruttuosa, infine, potrebbe essere la designazione di un esecutore testamentario, particolarmente utile, quando sia opaca la fiducia nei successori – tenuti a dare esecuzione alle disposizioni testamentarie, allorché manchi la designazione di un esecutore testamentario – e opportuna, soprattutto, allorché sia stato affidato, alla scheda, un complesso regolamento di interessi *post mortem*. Esecutore testamentario, quale soggetto tenuto, ostinatamente, a perseguire la volontà del testatore²⁹.

Ancora una volta, è problema, anche qui, di sensibilità, alla quale non dovrebbero sottrarsi quanti, per ragioni professionali, siano chiamati ad assistere i testatori nella redazione dell'atto di ultima volontà.

9. – Un limite forte all'autonomia testamentaria va rintracciato nel sostanziale divieto di sostituzione fidecommissaria. La marginalità dell'ipotesi contemplata dall'art. 692 cod. civ. è di intuitivo apprezzamento, ed eloquente è la formula: «fedecommissario assistenziale», con la quale l'istituto circola fra i giuristi.

Sono troppo note, perché vi si possa soffermare, le ragioni, risalenti, che hanno portato a vedere con diffidenza quasi astiosa i fedecommissari; acriticamente tralattata, poi, è quella imperniata sul pericolo di immobilizzazioni, e conseguente attentato alla libera circolazione della ricchezza, che è voto legislativo. Sullo sfondo, sta anche il biasimo alla «aspirazione tanto vana, quanto egoista dell'individuo all'eternità», che ha affaticato l'affermazione delle fondazioni, come ben è stato messo in luce³⁰.

Un ritorno alla ammissibilità, senza limiti, dei fedecommissari, è inimmaginabile; un ripensamento dell'istituto, in termini agili, onde i consociati possano servirsene per appagare determinati bisogni, a me non pare superfluo.

Soprattutto, dovrebbe essere ripensata la sorte conosciuta dal fedecommissario *de residuo*. Orbene, anche se è incerto che il medesimo debba sempre incappare nella nullità prevista dall'art. 692, ult. cpv., cod. civ., è fuori di dubbio la diffidenza riservatagli, specie in giurisprudenza. È sì sicuro che la disposizione testamentaria, che imponga all'istituto di «restituire» al sostituto (non già tutti i beni de-

²⁸ V., anche per i riferimenti, G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, cit., 23 ss.

²⁹ G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, II ed., Milano, 2022.

³⁰ G. IUDICA, *Fondazioni, fedecommissarie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, 97 ss.



volutigli, bensì solo) i beni residuati alla sua morte, renda ardua la sua catalogazione nella sostituzione fidecommissaria, giacché manca, qui, l'essenziale obbligazione di conservare, che caratterizza il fedecommissario; non di meno, il sospetto sulla sua validità è reputato, dai più, molto forte. È sì sicuro che l'istituto possa, in codesto caso, non solo godere, ma anche disporre, liberamente, dei beni pervenutigli; epperò, la limitazione alla libertà dispositiva di quei beni per testamento è indubbia. Libertà di testare, tuttavia, che attiene a beni pervenuti in via testamentaria, sicché potrebbe quasi considerarsi di secondo grado, e potrebbe immaginarsi, riguardo a quei beni, attenuata, a ragione dell'ampia disponibilità da riconoscere al trasmittente gli stessi. Inattaccabile permanendo, è di facile intuizione, la piena disponibilità dei beni integranti i diritti di riserva, sino a quando essi permarranno contemplati come tali.

10. – È secolare la preoccupazione di conservare il patrimonio ai discendenti del *de cuius*.

È dato agevolmente accertabile, tuttavia, il calo delle nascite; non di rado, la non procreazione è frutto di una scelta libera e responsabile, che dovrebbe fare riflettere il legislatore. Mi domando, da tempo, e certo non con animo provocatorio, se la proposta di annoverare, fra i poteri del testatore, altresì quello di adottare, sia azzardata.

Ai *Mémoires d'Hadrien*, autentico scrigno, Marguerite Yourcenar ha affidato una serena riflessione sull'adozione imperiale. Ella fa dire a Adriano: «(...) l'autentica continuità umana non si stabilisce attraverso il sangue (...). La maggior parte degli uomini che contano nella storia, ha avuto una progenie mediocre, o ancor peggio: si direbbe che essi esauriscano in sé tutte le risorse d'una razza (...). Fortunatamente, per quel poco che il nostro Stato ha saputo darsi una norma per la successione imperiale, essa è l'adozione: e anche in questo, io ravviso la saggezza di Roma. Conosco bene i pericoli d'una scelta, gli incerti ch'essa comporta; e non ignoro che l'accecamiento non è esclusivo dell'affetto paterno; ma questa scelta a cui l'intelligenza presiede, o, quanto meno, partecipa, mi apparirà sempre infinitamente preferibile agli oscuri incontri del caso e della ottusa natura. L'impero al più degno (...)»³¹.

Non ci si può lasciare suggestionare da questa pagina; i romanisti, nella maggior parte, rimarcano come l'*adoptio* fosse atto tra vivi, e l'adozione per testamento, ricordata nelle fonti letterarie, si reputa fosse ignota ai giuristi, e dovette, forse, avere efficacia soltanto morale e politica³². Il fenomeno è valutato strano, giacché, al silenzio dei testi giuridici, si accompagnano numerosi esempî di adozioni testamentarie nelle fonti storiche e letterarie³³. Si può aggiungere che l'*adoptio per testamentum* viene da alcuni ridotta alla condizione di portare il nome, imposta all'erede; si ricorda un'opinione, «semplice e seducente», di Cuiacio: è, questa, «una *adoptio non iure facta*, cioè non una vera adozione, bensì l'espressione di un desiderio del defunto, ma può e suole esser convalidata nelle debite forme (...)»³⁴. Osserva Bonfante: quest'uso del termine e questo concetto di adozione, «adibita in un senso prevalentemente morale con un'efficacia giuridica, che è un'ombra rispetto alla vera efficacia dell'adozione, sono gli indici di un oscuramento e di un'alterazione dell'istituto nella coscienza sociale»³⁵.

³¹ M. YOURCENAR, *Mémoires d'Hadrien suivi de Carnets de notes de Mémoires d'Hadrien*, trad. it. di L. Storoni Mazzolani, Torino, 1977, 238.

³² Così, G. BRANCA, voce *Adozione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, s. d., ma 1958, (579 ss.), 580.

Al riguardo, v. anche G. BONILINI, *Sulla adozione per testamento*, in *Fam. e dir.*, 1998, 393 ss., *ivi*, ulteriori richiami.

³³ *Amplius*, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, rist. I ed. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1963, 26 ss.

³⁴ P. BONFANTE, *op. cit.*, 27.

³⁵ P. BONFANTE, *op. cit.*, 29.



L'adozione *tout court* ha conosciuto alterne vicende; ricorda Enrico Besta: «La scuola del diritto naturale in omaggio alla natura non fu amica all'istituto. E probabilmente nella pratica non se ne sentiva vivo il bisogno»³⁶. Non si può dimenticare, tuttavia, che la Rivoluzione francese non cancellò definitivamente l'adozione; il Codice Napoleone, soprattutto per l'energico intervento dello stesso Bonaparte, la rivitalizzò, anche se, forse, più che altro per motivi sentimentali, a conforto di chi non avesse avuto figli o li avesse perduti³⁷; proprio il Codice Napoleone affiancò, all'adozione detta ordinaria, due forme speciali, vale a dire la testamentaria (art. 366)³⁸ e la remuneratoria³⁹. Non può trascurarsi di rimarcare l'assoluta peculiarità delle fattispecie contemplate da codeste norme.

Conosciamo le obiezioni mosse all'adozione, specie se configurata nei termini prospettati; essa, però, è tutt'altro che un relitto di ordinamenti sorpassati a tipo aristocratico, e non è già esclusivamente rivolta a tramandare il casato e il patrimonio delle grandi famiglie nobili; né può affermarsi che si tratti di un'artificiosa imitazione della natura. Rimarca De Ruggiero, che essa è invece «un'istituzione sommamente benefica, perché si fonda sullo spirito di benevolenza e di altruismo ed attua uno degli scopi più nobili dell'umana esistenza; ed è tale da poter dare preziosi frutti, purché sia spogliata di quell'eccessivo rigore di requisiti e di forme da cui è accompagnata secondo le norme del nostro codice (...) essa è (...) un rimedio benigno per chi non abbia avuto figli o li abbia perduti (...) un modo per collocare in altri i propri affetti familiari e assicurare l'avvenire soprattutto ai fanciulli che non abbiano più genitori o non ne abbiano mai avuti di fronte alla legge (...)»⁴⁰.

Conosco, senza dividerle, le obiezioni, che si possono muovere a chi non abbia voluto figli, o a chi avrebbe potuto manifestare affetto attraverso un'adozione in vita; ignoro, però, l'esistenza di controindicazioni sicure a una scelta affidata al testamento, quindi destinata ad avere effetti dopo la morte.

Immagino un'adozione, che non cancelli l'appartenenza dell'adottato alla famiglia d'origine; che gli faccia assumere il nome dell'adottante, conservando il proprio e, anzi, posponendolo al proprio; che possa essere disposta tanto da chi sia coniugato, quanto da chi non abbia, o non abbia più, legami matrimoniali; che conosca norme atte a sventare mostruosità, quale l'adozione del convivente *more uxorio*. La immagino come adozione, che abbia, anzitutto, un alto valore morale; che assicuri la discendenza a chi ne sia privo; che possa dare effetti solo se accettata, e, del resto, si diviene eredi solo accettando la delazione; che assicuri all'adottato diritti ereditari, rispetto sia alla famiglia di origine, sia all'adottante. Non la immagino certo come mero espediente per far giungere diritti beneficianti del minor carico fiscale assicurato ai discendenti. Non escludo, intuitivamente, i vantaggi rannodati alla trasmissione della ricchezza: quel danaro, non darà la felicità all'adottato; come ricorda il poeta, potrà consentirgliela.

11. – Quelle segnalate, a me paiono alcune delle esigenze meritevoli di trovare specifica risposta normativa.

Il secondo Libro del Codice civile ha conosciuto, dalla sua entrata in vigore, solo marginali aggiustamenti, in chiave, soprattutto, di arricchimento di possibilità per i consociati, e l'allusione è, anzitutto, alla disciplina del patto di famiglia.

³⁶ E. BESTA, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Milano, 1962, (48 ss.), 55.

³⁷ Così, G. VISMARA, voce *Adozione (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, s. d., ma 1958, (581 ss.), 584.

³⁸ V., almeno, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, IV, V ed., Bruxelles-Paris, 1893, § 237 ss. (p. 325 ss.), spec. § 242 ss. (p. 330 ss.).

³⁹ V., ancora, G. VISMARA, *op. cit.*, 584.

⁴⁰ R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, II, VI ed., Messina-Milano, s. d., 217-218.



Le norme di quel Libro, peraltro, non si sono giovate, se non in misura marginale, dell'intervento chiarificatore della giurisprudenza costituzionale.

A mio avviso, la ragione di quell'assenza è semplice: le norme a governo della successione in generale, e di quella testamentaria in specie – delle quali i più hanno lodato, e lodano, il rigore dei principî sottostanti, la limpidezza della tutela di uno dei profili più alti della personalità dell'uomo, l'adeguatezza dal punto di vista tecnico, la sobrietà ed efficacia del dettato, la puntualità lessicale, segni evidenti di una ponderazione, assente, oramai da decenni, nella gran parte dell'attività di normazione –, esprimono, in larga misura, principî e regole senza tempo, quindi sono conformi, per ciò stesso, ai dettami della nostra Carta costituzionale.

Certamente, sarebbero utili altri interventi, di là da quelli, già invocati, sul ridimensionamento dei soffocanti diritti dei legittimari. Reputo che una modifica la meriterebbero, a titolo di esempio, le norme sulla forma testamentaria olografa. La quale, invero, genera un consistente contenzioso, e si presta a pasticciate disposizioni, specie se eletta in tarda età.

Potrebbe essere utile, inoltre, una chiara presa di posizione sulla diseredazione; ben più perspicua, di quanto non sia la marginale ipotesi contemplata dalla parte finale dell'art. 448-*bis* cod. civ.

Che essa sia disposizione pienamente affidabile al testamento, non ho mai dubitato, e così la maggior parte della dottrina. Differentemente è a dirsi per la nostra giurisprudenza, specie della Suprema Corte, la quale ha mutato di indirizzo solo di recente. Stendendo il parere *pro veritate* circa la vicenda oggetto della sentenza del 2012⁴¹, che segna un vero e proprio *revirement*, ritenevo insperato il mutamento di indirizzo della Suprema Corte. La quale, invece, dopo decenni, si è espressa, appunto, nel senso, ovvio, secondo cui la diseredazione può costituire financo solitaria disposizione del testamento; e non potrebbe essere altrimenti: limitarsi a escludere dalla successione dati successibili legittimi, invero, equivale a disporre, nella sostanza, in favore dei successibili non diseredati.

Permane, non di meno, nella Suprema Corte, l'avviso che la diseredazione non possa colpire i legittimari. A me pare facile rimarcarlo: la Cassazione dimentica che, così come il legittimario pretermesso, ad altro rimedio non possa fare appello, se non all'azione di riduzione, altrettanto dovrebbe affermarsi riguardo a quello diseredato.

Orbene: per decenni, la giurisprudenza ha negato efficacia alla diseredazione, che non si affiancasse a una disposizione istitutiva, inconsapevole del fatto che disporre in via testamentaria significa, altresì, dare regola agli interessi *post mortem* in via negativa. L'interprete, quindi, sembra oggi rincuorato dall'interpretazione della Suprema Corte; senonché, essa permane tale, con la conseguenza che un altro giudice potrebbe ritornare al precedente indirizzo. Al fine di evitare, quindi, che il testatore imprudente si limiti a diseredare e non anche a istituire, con il rischio giudiziale paventato, sarebbe indubbiamente utile una norma, che, con semplicità e chiarezza, affermasse il pieno potere di limitarsi a escludere dati successibili legittimi dalla successione. Non si obietti, peraltro, che la diseredazione è manifestazione di animo malvagio, giacché il medesimo risultato potrebbe essere raggiunto attraverso l'istituzione e la previsione di ben confezionate disposizioni di sostituzione, onde sia sventato il rischio che il soggetto, non voluto a erede, possa rifare capolino, ove l'istituto non possa o non voglia venire alla successione.

⁴¹ Cass. 25 maggio 2012, n. 8352, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, 763 ss., con nota di V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*.

Al riguardo, v. anche G. BONILINI, *Disposizione di diseredazione accompagnata da disposizione modale*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, 715 ss.



A ben vedere, la giurisprudenza, che, per lunga data, ha negato efficacia alla diseredazione, ha male interpretato la norma affidata all'art. 587 cod. civ. Si è dimostrata inadatta, inoltre, nell'interpretazione sistematica, dimentica, fra l'altro, del fatto che, allorché il Codificatore ha voluto impedire un dato èsito, lo ha espressamente proclamato. Così è per il divieto di ipoteca, giusta l'art. 2821, cpv., cod. civ.: espressamente, la legge vieta la concessione di ipoteca per testamento, riducendo sì l'autonomia testamentaria, epperò non capricciosamente, bensì a ragione di interessi, quale il rispetto della *par condicio creditorum*, prevalenti nell'ottica legislativa.

Ove si fosse sempre edotti del principio, secondo il quale, al testatore è concesso tutto ciò che la legge non impedisca espressamente, fatta salva, intuitivamente, l'invalidità della singola disposizione illecita, impossibile o indeterminata, sarebbe inutile un'espressa norma sulla possibilità di escludere dati soggetti dalla successione. Non nego, però, che, nel dato caso, possa essere utile una precisa norma di legge, che eviti, appunto, il danno determinato dalla lunga, ostinata, scelta, della giurisprudenza del Supremo Collegio, di negare, di regola, efficacia alla disposizione di diseredazione. Il Supremo Collegio, d'un tratto, ha mutato indirizzo, senza che, a ben vedere, sia mutato il contesto normativo e sociale, con quel senso, dunque, di ingiustizia perpetrata nel passato, che, appunto, suggerisce una presa di posizione netta a livello normativo.

12. – In conclusione, rimarco l'attualità dell'ammonimento di Giovan Battista Vico: «e siccome tutto che piace al principe ha vigore di legge, così tuttoché comanda il testatore nel testamento, è legge»⁴².

Analogamente Domat: «*toutes les volontez d'un testateur (...) tiennent lieu de Loix*»⁴³; formula giudicata «augusta e felice»⁴⁴, che compare, nel nostro Codice civile (art. 1372), in un'importante norma sul contratto⁴⁵; epperò, non è utilizzata riguardo al testamento.

La forza di legge del testamento ha affascinato anche i non giuristi.

Basti ricordare le disposizioni *mortis causa* di Teresa Uzeda nata Risà, Principessa di Francalanza e Mirabella, e il fatto che Federico De Roberto le intercali con l'espressione: «Voglio, ordino e comando».

Inoltre, il passo del libretto, di Salvatore Cammarano, della donizettiana Maria De Rudenz: «Del padre di Maria/Tal fu la legge estrema». Il secondo testamento del Conte di Rudenz stabiliva che, se Maria non fosse ritornata entro un anno, i suoi beni sarebbero andati a Matilde e la giovane, anziché entrare in convento, sarebbe stata libera di sposarsi. Testamento come legge estrema. Nel senso di ultima legge; e pur sempre legge.

Il fascino di quei tempi è svaporato; permane, non di meno, il senso dell'imperatività del voluto testamentario. Oggi, ci si può appagare della densa sobrietà del semplice «voglio», seppure con la consapevolezza degli ineludibili limiti imposti dall'ordinamento giuridico. Certo non numerosi; non di rado, giustificati; spesso, intollerabili.

⁴² G.B. VICO, *Dell'unico principio e dell'unico fine dell'universo diritto*, trad. e commento di C. Giani, Milano, 1855, 404: «*et uti quidquid principi placet legis habet vigorem; ita quidquid testator testamento jubet, jus esto [...]*».

⁴³ J. DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Paris, 1735, *Seconde partie, Livre troisième, titre I, Section I*, n. VII.

⁴⁴ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 108.

⁴⁵ Per tutti, v. il bel saggio di G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, s. d., ma 1993.



MASSIMO CONFORTINI

Professore ordinario di Diritto privato – Università “La Sapienza” di Roma

POTERE NORMATIVO DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI E CREAZIONISMO DEL GIUDICE*

1. – Cosa accomuna i due termini raccolti nel titolo di questo mio intervento, se svolti nella cornice del diritto vivente e posti in relazione con l'autonomia privata?

Mi provo a rispondere muovendo dal tema del potere normativo delle autorità indipendenti, che si colloca nel più ampio quadro del rapporto tra autonomia privata e “atti amministrativi” cc.dd. *conformativi*, cioè atti amministrativi che variamente incidono sul potere delle parti di “*liberamente determinare il contenuto del contratto*”.

A qualcuno il tema del potere normativo delle autorità indipendenti potrà apparire *demodé*, considerato che all'effervescenza¹ che ha caratterizzato i primi tre lustri di questo secolo (non meno di tre convegni ogni anno erano dedicati a questo argomento), è seguita una certa caduta dell'attenzione, sia da parte dei civilisti, sia dei pubblicisti. E ciò nonostante che il proliferare disordinato e po' casuale delle fonti attributive ad apparati amministrativi cc.dd. indipendenti di un invadente potere normativo, lungi dal mostrare segni di stanchezza ci restituisce, invece, l'immagine di *un sistema scosso da un'inarrestabile perdita di centralità della legge nel diritto dei contratti*: Giorgio De Nova, con la consueta sua arguzia, già da qualche anno ha volto la celebre metafora coniata da Grant Gilmore agli inizi degli anni Settanta (*la morte del contratto*) nell'aforisma – non meno luttuoso e parimenti efficace – *la morte della legge del contratto*.

Ridotta alla sua essenza, la questione del rapporto tra autonomia contrattuale e potere normativo delle autorità indipendenti ruota intorno a un interrogativo: la clausola eteronoma imposta dall'autorità con propria determinazione è capace di sostituire la regola (autonoma) liberamente adottata dalle parti? Ossia: una norma di rango secondario – qual è pacificamente quella prodotta dall'Autorità – è capace di determinare la nullità di un precetto autonomo con essa confliggente, dando adito, per questa via, alla sua sostituzione? La risposta – sul piano tecnico – appare agevole: muovendo dall'assunto che il fondamento dell'autonomia contrattuale si radica nella disciplina dettata dall'art. 1322 cod. civ., diremmo, senza perplessità, che una norma proveniente da una fonte sotto-ordinata alla legge (qual è, pacificamente quella dettata dall'Autorità) non può concorrere a delimitarne il perimetro. Nell'attribuire alle parti il potere di *determinare liberamente il contenuto del contratto*, il comma 1 dell'art.

* Il testo riproduce la relazione detta in occasione del convegno “*I confini attuali dell'autonomia privata*” svoltosi in Pavia il 10 maggio 2024 in onore di Carlo Granelli. Ciò dà ragione del tono discorsivo e dell'assenza di un apparato bibliografico.

¹ G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti: la metamorfosi del contratto*, Bologna, 2009.



1322 cod. civ. non lascia spazio al dubbio: questa libertà può svolgersi “*nei limiti imposti dalla legge*”; limiti che espressamente ed inderogabilmente la norma (imperativa) riserva a sé².

Il disegno del codice appare lineare e, coerentemente, l'art. 1339 scioglie l'antinomia generata dalla concorrente disciplina (convenzionale e legislativa) del medesimo fatto, a vantaggio di questa seconda: l'invalidità di una clausola protetta dalla disposizione attributiva di un potere di autonomia non può, dunque, che discendere da una norma di pari rango.

Sul piano tecnico, insomma, la conclusione appare ineluttabile: la norma di rango secondario non può incidere sulla libertà di determinazione del contenuto del contratto, perché la legge, con una norma imperativa, espressamente riserva a sé il compito e il potere di delimitare il perimetro di detta libertà.

Si dà, però, che dottrina e giurisprudenza prevalenti, ragionando in termini di potestà normativa delegata, siano inclini a sciogliere il dubbio in senso esattamente opposto.

2. – Il criterio per determinare in concreto l'ambito della potestà normativa legittimamente delegata dalla legge all'Autorità – secondo questo orientamento – risiede nella congruenza e corrispondenza dell'atto autoritativo con il fine che fonda la delega. Di qui l'affermazione che requisito necessario (e per taluni sufficiente) affinché l'atto regolatorio possa sostituirsi in tutto o in parte al contratto è che la disposizione di legge delegante: *i*) limiti la discrezionalità dell'amministrazione, mediante l'indicazione dei criteri e delle finalità ai quali la normazione secondaria deve attenersi e *ii*) affermi essa stessa il carattere imperativo (cogente e inderogabile) degli atti normativi delegati.

Trova, per questa via, sostegno teorico e giustificazione tecnica la singolare e inedita figura normativa della c.d. nullità in bianco; ossia di una nullità i cui esatti confini di operatività sono determinati *per relationem* ad atti futuri di apparati tecnici; nullità testuali a fattispecie virtuali: la norma dispone testualmente la nullità rinviando, quanto alla individuazione del precetto violato, all'atto dell'Autorità.

L'indebolimento del principio di legalità sostanziale – sotteso a questa costruzione – è sorretto da vari argomenti giustificativi. Tre i più ricorrenti: *i*) il particolare tecnicismo che caratterizza le attività economiche ricadenti nell'area d'influenza delle Autorità, il quale non tollera la fissità e rigidità della legge e reclama un rapido e continuo adeguamento delle regole “tecniche” all'evolversi repentino del mercato; *ii*) il duplice sindacato giudiziario sugli atti dell'Autorità: del giudice ordinario, che può disapplicarli e del giudice amministrativo, che può annullarli; *iii*) infine, la rafforzata partecipazione dei destinatari della norma alla sua produzione; una rafforzata partecipazione che renderebbe le determinazioni adottate *dall'apparato tecnico* non già una scelta autoritaria, ma “il componimento” (da una posizione terza e neutrale) dei diversi interessi in gioco.

Dei tre argomenti giustificativi, l'ultimo – ricorrente nella riflessione del civilista – a me pare davvero il più debole. E non tanto (o non solo) perché trascura il grave *deficit* di rappresentatività che caratterizza l'istruttoria che si svolge dinanzi all'Autorità, ma perché sembra dimenticare che la composizione d'interessi contrapposti attuata mediante una norma è sempre il frutto di una decisione, là dove la parola ‘decidere’ esprime a pieno il suo significato etimologico di *de-caedere*, tagliar via; eliminare una dualità o pluralità riducendola a unità.

La norma prodotta dall'Autorità, come qualsiasi altra norma, *sceglie* tra interessi confliggenti, sacrifica di volta in volta l'interesse dell'*incubent* o quello del nuovo operatore; sceglie tra quello

² Cfr. M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 271 ss.



dell'intermediario finanziario e quello del risparmiatore; decide quando, se e come l'interesse del consumatore prevale su quello del professionista o viceversa. E poco conta che la scelta normativa sia compiuta all'esito di un confronto parlamentare o al termine di un procedimento istruttorio volto a raccogliere le istanze dei diversi destinatari della decisione. Le aule parlamentari – dove ciascuna forza politica mira a proteggere determinati interessi a scapito di altri – non differiscono dagli uffici dell'Autorità, dove a confrontarsi sono gli interessi degli operatori coinvolti; si tratta solo di *diversi teatri*, che ospitano *il medesimo dramma* consistente nella lotta tra interessi contrastanti.

E la scelta – in quanto decisione autoritaria del conflitto – sancisce comunque il prevalere di una forza a scapito di quella contraria; tanto se compiuta dalle assemblee parlamentari, quanto se adottata da un apparato tecnico. È cioè una scelta politica. Né cessa di esserlo perché volta a promuovere la concorrenza o rimediare a fallimenti del libero mercato. Le diverse finalità che *giustificano* la decisione non valgono a renderla *neutra*. Solo ci dicono qual è il criterio della scelta che, nel caso dell'autorità, risiede nell'attuazione di una precisa politica economica, il più delle volte celata dietro lo schermo della competenza tecnica o della razionalità economica.

In conclusione: la norma prodotta dall'Autorità si colloca – nella scala gerarchica delle fonti – in posizione sotto-ordinata alla legge; né la “delega di potere” da parte della fonte primaria vale a superare il dato, ontologico, della provenienza della clausola eteronoma da una fonte di rango inferiore rispetto a quella attributiva del potere di autonomia³.

Si dà, tuttavia, che l'approdo dell'esperienza delle Autorità nei primi trent'anni dalla loro istituzione fa apparire vano ogni tentativo di difesa dell'autonomia contrattuale, qual è concepita e regolata dalla legge nel quadro di una ordinata ripartizione dei poteri prevista nella Costituzione⁴. E a chi, ostinatamente, insiste nel denunciare la illegittimità di questa torsione in senso a-democratico del processo nomopoietico si risponde con un argomento giuridicamente inconfutabile: *questo è il diritto vivente*.

Una 'espressione', *il diritto vivente*, che campeggia anche nella locandina di questo seminario e che – confesso con qualche pudore – provoca in me qualche sospetto, perché ogni volta che compare – anche nelle motivazioni o nei dispositivi delle sentenze, è, immancabilmente, impiegata per legittimare o delegittimare una certa interpretazione della legge; per negare la vigenza di un contenuto normativo o, in senso contrario, per rafforzarne il senso e allargarne la portata⁵.

E anche con riguardo al potere normativo delle cc.dd. autorità indipendenti (ma – come subito si dirà – allo stesso destino soggiace il creazionismo giudiziario, che altro non è che un potere normativo esercitato dal giudice) il richiamo al diritto vivente serve, esattamente, a giustificare la negazione di un contenuto normativo, perfino dotato di copertura costituzionale⁶, con un argomento che non necessita di una dimostrazione in termini giuridici (è cioè, come accennavo, *inconfutabile*), perché riposa sul dato sociologico della *effettività*, intesa qui come rilevazione – sul piano empirico – del modo in cui una data disciplina è applicata in concreto. Un argomento, insomma, *inconfutabile* e, per certi versi, *meta-giuridico*, che capovolge i termini del rapporto tra *law in action* e *law in book*, che – nella cultura giuridica del *civil lawyer* – assegna carattere recessivo alla *law in action*, rispetto alla *law in book*.

³ M. ORLANDI, *Contratti dell'energia elettrica e regolazione*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia*, II, Torino, 2015, 5 ss., spec. 13 ss.

⁴ Cfr. M. SANINO, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Padova, 2025.

⁵ È una delle acute riflessioni di E. RESTA, *Il diritto vivente*, Bari, 2013.

⁶ Così, autorevolmente: L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, Borsa tit. di credito*, 1997, 1 ss.



Si dà comunque, e per quello che qui interessa, che l'esperienza – ormai trentennale – delle autorità indipendenti ci riferisce di un diritto vivente che accorda a soggetti estranei al circuito istituzionale dell'art. 95 della Costituzione un potere normativo in una materia riservata alla legge.

3. – Vengo, rapidamente al secondo e analogo (dal punto di vista del disordine istituzionale) fenomeno del creazionismo giudiziale.

Ho ricevuto da Nicola Rizzo l'invito, devo dire davvero molto gradito, a partecipare a questa festa in onore del carissimo Carlo Granelli – al quale mi lega un'antica amicizia, risalente a un convegno barese organizzato da Lelio Barbiera (se non m'inganno nel lontano 1983), che ci vedeva – sotto lo sguardo severo di Ugo Natoli – sostenere tesi contrapposte in tema di multiproprietà. Sono trascorsi oltre quarant'anni da quell'incontro e l'amicizia e l'affetto per Carlo si sono irrobustiti e consolidati anno dopo anno. Ho ricevuto l'invito, dicevo, mentre ero immerso nella lettura delle pagine di Nicola Lipari raccolte nell'elegante volumetto dal titolo *Vivere il diritto*⁷. E devo confessare che le risposte del Maestro alle domande a lui rivolte dagli allievi Gabriele Carapezza Figlia, Vincenzo Cuffaro e Francesco Macario, hanno provocato in me un certo disagio, proiettandomi in una condizione emotiva simile a quella, tragica, del soldato giapponese di stanza in un'isola dispersa del Pacifico, ignaro della fine (e dell'esito) della guerra: inconsapevole della vittoria finale del *diritto materiale*, quale desumibile dai valori sociali e storici praticati dalla comunità, sulle polverose e inattuali norme custodite nelle leggi.

Nicola Lipari – con Paolo Grossi e Pietro Perlingieri (quest'ultimo, peraltro, con significative e non marginali differenze) – è certamente tra i più illustri e autorevoli giuristi che hanno promosso – con l'ausilio della giurisprudenza (specie, quella costituzionale) un crescente accreditamento del c.d. creazionismo giudiziario. Di quelle teorie, cioè, che predicano la necessità che il giudice, liberato dal compito di *applicare la legge* si curi, piuttosto, di *attuare l'ordinamento*. Rispondendo alla chiamata con la decisione più adeguata, ragionevole ed equilibrata suggerita dal concreto dell'esperienza; offrendo, cioè, alla domanda la risposta (ossia, il rimedio) concretamente capace di accordare una tutela effettiva⁸ all'appellante.

La norma – che nel tentativo d'impadronirsi del futuro s'industria nel descrivere fattispecie alle quali collega modelli di condotte doverose, lungi dal conseguire l'ambito risultato di ordinare in senso virtuoso i comportamenti dei consociati, rendendo ciascuno consapevole delle conseguenze delle proprie azioni – si rivela, all'osservazione di questa corrente di pensiero, essa stessa *la causa prima* di una strutturale *ingiustizia* sul piano sostanziale. Perché la singolarità (e irripetibilità) di ciascuna vicenda di vita ripugna l'astrattezza della fattispecie e reclama la soluzione che di volta in volta meglio si accordi alla peculiarità del caso. Detto con altre e più semplici parole: fatti diversi non possono essere regolati con la medesima norma; perché ciascuno di essi esige una risposta *ad hoc*, calibrata sulla propria unicità e irripetibilità.

La “giusta” disciplina giuridica da applicare al caso – perciò – non va cercata nella legge (che, nella sua generalità e astrattezza pretende di regolare nello stesso modo *fatti* tra loro diversi), ma nella forza creatrice della fatticità; va, cioè, ricostruita (dal giudice) alla luce dei valori sociali e storici praticati dalla comunità⁹.

⁷ Pubblicato per i tipi della ESI nel 2023.

⁸ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020.

⁹ Questo profilo avvicina notevolmente le posizioni di P. GROSSI – largamente esposte, in più riprese, in numerosi contributi e raccolte (con esemplare ed efficace sintesi) in *Ritorno al diritto*, Bari, 2015 – e quella di N. LIPARI, distesamente esposta in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.



La norma per decidere la ‘singola vicenda di vita’ che si offre alla valutazione del giudice, dunque, non *pre-esiste* all’accadere del fatto, ma risiede, *sta* nelle trame dell’esperienza. Vi sta nella forma di un *principio* che il giudice è chiamato a individuare per convertirlo in regola del caso concreto.

Il principio, che secondo l’indirizzo gius-positivistico e normativo è il prodotto di un ragionamento induttivo, che muove dall’esame delle norme particolari, si converte, così, in un ‘postulato’ dal quale – secondo l’andamento proprio del ragionamento deduttivo – il giudice fa derivare, *de-duce* sulla base delle circostanze del caso, la norma più adeguata a regolarlo.

La dialettica tra la norma, che enuncia un *dover essere* e il fatto, *dato nell’essere*, è così letteralmente capovolta: sono i fatti dati nell’essere che esprimono il dover essere¹⁰.

La fattispecie, dunque, cessa di fungere da *a priori* gnoseologicamente indispensabile¹¹, perché i principi, specchio dei valori che informano la società non descrivono accadimenti futuri ed eventuali, non si pongono a modello di fatti, ma costituiscono *la fonte della norma che il giudice deve applicare per decidere*.

E poco conta (come pure è stato osservato) se la decisione “nel segno dei valori” – in quanto consistente in una valutazione soggettiva del singolo decidente sulla *singola e irripetibile* ‘vicenda di vita’, si rivela – per sua intrinseca natura inidonea a “costituirsì in precedente” capace di giustificare l’attesa di una decisione futura a essa conforme¹². L’ontologica incapacità della “decisione” assunta mediante la diretta applicazione di principi o valori di farsi “precedente”, schiude al nostro orizzonte (parafrasando parole di U. Breccia) un futuro nel quale la demolizione della mitologia della certezza legislativa lascia il campo alla mitologia del disordine.

Torna alla mente l’ammonimento di un grande giurista cattolico, che in anni di trionfante regime fascista indicava nella confusione fra legislazione e giurisdizione l’atto massimamente disordinante che si possa concepire, perché “*fare di ogni giudice un legislatore e di ogni sentenza una legge è il modo migliore per distruggere la razionalità del diritto*”¹³.

4. – Mi avvio a concludere tornando alla domanda, con la quale ho esordito: cosa accomuna i due termini raccolti nel titolo di questo mio intervento, nel loro rapporto con l’autonomia privata?

Da un certo punto di vista, tanto il potere normativo delle autorità indipendenti, quanto il c.d. *creazionismo giudiziario* (che, poi, altro non è che il potere normativo esercitato dal giudice) sono percepiti additati (e giustificati) come indispensabili strumenti di sostegno dell’autonomia privata, perché volti a correggere fallimenti del libero mercato e a garantire, in concreto, quell’equilibrio tra le parti, in assenza del quale il principio di eguaglianza rischia di ridursi a poco più che un vuoto feticcio. Da altra prospettiva, e all’esatto contrario, sono entrambi percepiti come poteri antagonisti dell’autonomia privata, perché è la legge che riserva a sé il potere di limitarla almeno nella misura in cui la determinazione dell’autorità e la decisione del giudice siano reputate capaci di incidere sul contenuto del contratto, così come liberamente determinato dalle parti.

Agevole scorgere, sullo sfondo di queste due posizioni, premesse teoriche tra loro molto distanti: chi attribuisce al contratto una “dimensione sociale” e alla libertà di determinarne il contenuto la fun-

¹⁰ Sulla dialettica tra norma e fatto: N. IRTI, *Norme e fatti*, Milano, 1984.

¹¹ M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021.

¹² N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; ID., *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2023.

¹³ Le parole tra virgolette, tratte da C.A. JEMOLO, *Il nostro tempo ed il diritto*, in *Arch. Giur. Filippo Vassalli*, IV serie, vol. XXIII, f. II, 1936, 156, sono riportate da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 178.



zione di realizzare e promuovere rapporti giuridici patrimoniali equi e solidali, ravvisa nel potere normativo delle autorità indipendenti uno strumento necessario a dotare di armi pari i contraenti; in quello del giudice un mezzo per ripristinare – in applicazione dei principi di proporzionalità e solidarietà sociale – un equilibrio che si reputi ingiustamente alterato¹⁴.

A chi – come chi vi parla – reputa che la norma posta dal comma 1 dell’art. 1322 cod. civ. sia *eticamente muta*, creazionismo giudiziario e potere normativo delle Autorità indipendenti si lasciano ridurre a unità nella prospettiva di un disordinato rapporto tra potere legislativo, esecutivo e giudiziario, che caratterizza il nostro tempo.

Svaniti i partiti politici come fonte d’ispirazione e di raccolta del consenso, l’autentica legittimazione del potere politico italiano sembra cercare altrove il proprio fondamento. La lotta dei partiti e il conflitto degli interessi economici che in un sistema rappresentativo e democratico *precedono e giustificano* la posizione della legge si trasferisce – così – nella fase della sua interpretazione e applicazione.

Nel “vuoto” determinato dalla crisi del potere politico e della legge, suo strumento d’elezione (e sola risposta democratica ai problemi della società) trovano spazio poteri privi di un’investitura elettiva e legittimati, di volta in volta, da speciali competenze tecniche o asserita capacità di intercettare le istanze creative della fatticità.

Consentitemi, allora, di concludere richiamando le parole scelte da Massimo Luciani per congedarsi dal lettore del suo “Ogni cosa al suo posto”. Il quale, dopo aver riferito di alcuni anatemi scagliati da Roland Freisler all’indirizzo del positivismo – additato come *odiato figlio legittimo dell’individualismo*, che contrappone *la falsa neutralità della legge alla intrinseca moralità del popolo* tedesco; l’astratto e vuoto formalismo alla giustizia materiale – così conclude: “Roland Freisler – presidente del sanguinario *Volksgerichtshof* (Tribunale del popolo) – placò la sete di giustizia materiale del movimento nazionalsocialista, sacrificando i più elementari principi dello Stato di diritto. Chi ancora oggi, pur essendo animato dalle migliori intenzioni e stando mille miglia lontano dalle barbarie di quell’ideologia, avvertisse fastidio per l’attenzione alla forma e per il voluto mutismo etico delle dottrine positive del diritto dovrebbe almeno riconoscere che le strade alternative, percorse dal viandante malintenzionato, non menano alla salvezza, ma alla perdizione.

E nulla deve essere aggiunto.”¹⁵.

¹⁴ Per tutti, G. ALPA, *Il contratto in generale, Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, proseguito da Schesinger, Milano, 2014.

¹⁵ M. LUCIANI, *op. cit.*, 260, 261.



MARIO TRIMARCHI

Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Messina

GIUSTIZIA CONTRATTUALE

1. – Il tema della giustizia contrattuale, da sempre oggetto di approfondite e appassionate analisi, si caratterizza per ampiezza e complessità nonché per le molteplici implicazioni in senso lato sociali che presenta. Mi limito, quindi, a proporre solo qualche considerazione.

La prima domanda che ci si dovrebbe porre quando si discorre di “giustizia contrattuale” riguarda il significato in ambito giuridico del sintagma. Va subito rilevato che l’espressione è ignota al legislatore, sia codicistico sia extracodicistico. L’aggettivo “giusto” è utilizzato nell’ambito della disciplina di vari contratti per autorizzare il recesso, la rinuncia, la revoca o altri comportamenti, appunto “per giusta causa” o “per giusti motivi”¹; eccezionalmente si discorre di “giusto prezzo”, quando nella vendita le parti ad esso si siano riferite², ma non ricorre alcun espresso riferimento di carattere generale alla giustizia della prestazione o del contenuto o dell’oggetto del contratto³. Essendo, dunque, assenti nell’ordinamento testuali disposizioni che in generale definiscano la giustizia contrattuale o che chiariscano come si accerti o si persegua o ancora che precisino quando un contratto può dirsi giusto⁴, si può allora intanto affermare che il sintagma giustizia contrattuale non integra un concetto tecnico-legislativo: non è possibile, in altri termini, rintracciare un significato dell’espressione che possa desumersi dalla legislazione vigente.

Ciò, però, non toglie che se ne discorra diffusamente e comunemente. Si tratta, allora, di un concetto teorico-sistemico, dalla forte portata stipulativa, aperto quindi, alle più varie argomentazioni, a seconda della prospettiva nella quale ci si colloca (etica, politica, filosofica, storica, sociologica). Risposte, quindi, che non sono né vere né false e che potrebbero, allora, indurre a sostenere che sia impossibile definire in una prospettiva giuridica in modo sufficientemente oggettivo la giustizia contrattuale⁵.

Provando, comunque, un approccio alla questione, si può preliminarmente osservare che l’espressione non ha portata descrittiva di una realtà (temporale o spaziale), bensì valutativa (positiva o nega-

¹ E, così, nell’ambito del titolo III del quarto libro del codice civile il riferimento, ad esempio, è all’art. 1665 in materia di appalto o agli artt. 1725, 1726 e 1727 in materia di mandato o all’art. 1801 in materia di sequestro convenzionale o, ancora, all’art. 1845 in materia di apertura di credito bancario. Al di fuori della disciplina dei singoli contratti di “giusti motivi” o di “giusta causa” discorrono, poi, ad esempio, gli artt. 1251 in tema di compensazione, 1990 in tema di promessa unilaterale, 2041 in tema di arricchimento senza causa.

² Art. 1474 cod. civ.

³ Né può trarsi qualche indicazione decisiva dall’art. 1438 che parla di “vantaggi ingiusti” in materia di minaccia di far valere un diritto.

⁴ Cfr. R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Agg VII, Utet, Torino, 2012, 534 ss.

⁵ Cfr. V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Giuffrè, Milano, 2014, 447.



tiva) di un comportamento che può essere appunto giusto o ingiusto avuto riguardo ad un dato obiettivo. La tematica in particolare – venendo ora all’ambito che più direttamente ci concerne – attiene genericamente alla disciplina disposta dall’ordinamento in materia di libertà contrattuale e quindi anche alle regolamentazioni limitatrici e conformatrici dell’autonomia privata⁶, cosicché una data prestazione potrà qualificarsi, in prima approssimazione, giusta quando è conforme alle scelte fondamentali di valore operate in un dato momento storico dall’ordinamento, e quindi agli interessi socialmente rilevanti meritevoli di particolare tutela. Si può anche dire che nel rapporto libertà-autorità che da sempre contraddistingue la tematica contrattuale, il riferimento alla giustizia viene comunemente utilizzato per individuare le più importanti *rationes* ordinamentali e cioè gli obiettivi ultimi del diritto in sede di regolazione del rapporto.

In questa logica, possono, intanto, darsi per acquisite alcune affermazioni in negativo⁷.

E così, in primo luogo, è certo che la giustizia del contratto non può identificarsi col voluto dalle parti. Pur essendo il consenso il primo e necessario elemento per l’esistenza di un contratto, pur avendo il contratto forza di legge tra le parti, pur riconoscendo che l’autonomia privata integra un valore tutelato a livello primario dalle Carte fondamentali italiana ed europea, è agevole constatare come ricorra una vastissima legislazione avente natura inderogabile che permette, per conseguire in linea di principio obiettivi di giustizia, di invalidare il contratto o di integrarne, modificarne o sostituirne parti, in funzione della tutela di interessi assunti come prevalenti rispetto a quelli programmati e voluti dai contraenti. Dall’art. 41 Cost. si trae con chiarezza che non si deve abusare della libertà contrattuale, che non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

E, però, può ritenersi altrettanto sicuro che la giustizia contrattuale non si consegue esclusivamente con il formale rispetto di testuali disposizioni legislative. Senza insistere sulla portata tautologica della contraria affermazione (il termine *ius* evoca la giustizia), si rileva che giustizia non è uguale a mera legalità, nel senso tradizionale di osservanza ed applicazione delle plurime, specifiche ed articolate previsioni che regolamentano le varie figure contrattuali. Esistono, infatti, senza dubbio, specie nella società complessa e globale contemporanea, caratterizzata da incertezza e disordine, fatti e situazioni nuovi, nella specie accordi o patti in materie in fortissima evoluzione (ad esempio gestione del bene vita, del corpo, della salute, dell’ambiente ma anche dei patrimoni e della finanza) spesso non affrontati o non adeguatamente percepiti dal legislatore, specie nazionale, che impongono all’operatore-interprete, risposte adeguate alla luce dei valori fondamentali e quindi dei principi dell’ordinamento.

2. – L’obiettivo ultimo, che l’ordinamento si propone di conseguire per realizzare la giustizia contrattuale, può ragionevolmente rinvenirsi nella tutela della persona contraente debole. Ricorrono, invece, varie altre finalità segnalate da tempo in dottrina quali essenziali e caratterizzanti la materia contrattuale, e così in primo luogo quelle centrate sull’efficienza, accessibilità e regolarità del mercato, connesse ad una ottimale allocazione delle risorse ed a un assetto pienamente concorrenziale, ma, senza escludere questi ultimi o altri diversi obiettivi, non può essere messo in dubbio che i valori sommi proclamati dalla Costituzione e dalla Carta europea di Nizza (dignità, libertà, sicurezza, uguaglianza

⁶ Per V. CALDERAI, *op. cit.*, 447, l’associazione tra contratto e giustizia appartiene alla costituzione materiale dell’autonomia privata.

⁷ V. R. SACCO, *op. cit.*, 534 ss.



della persona umana) si traducono inevitabilmente, alla luce anche del dovere inderogabile di solidarietà, nella tutela della parte contrattuale nei cui confronti, in ragione della sua posizione di debolezza, possono perpetrarsi sopraffazioni o sperequazioni lesive di quei valori sia in ambito economico, sia in ambito non patrimoniale.

È in questa logica che vanno apprezzati i controlli predisposti dall'ordinamento sull'atto di autonomia con riferimento da un lato al processo di formazione della volontà, in specie del contraente debole e dall'altro al contenuto dell'accordo e quindi al regolamento quale insieme dei diritti e degli obblighi convenuti dalle parti⁸.

Per quanto riguarda la prima tipologia di controlli si discorre comunemente di ipotesi di giustizia c.d. procedurale, per segnalare normative che non incidono direttamente sul contratto reprimendo, vietando o imponendo date condotte ai contraenti, bensì regole inderogabili che, attraverso meccanismi indiretti, si propongono di garantire, almeno astrattamente, le condizioni idonee a consentire il raggiungimento di un assetto regolamentare equilibrato. Il riferimento, come è noto, è alla disciplina codicistica dei vizi del consenso e dell'incapacità di agire ma anche a quella più recente sugli obblighi di informazione, sulla pubblicità ingannevole e comparativa, sulle nuove ipotesi di formalismo e ad altre ancora. Attraverso queste normative si cerca, in vario modo, di realizzare in capo ai contraenti la formazione di una volontà, soprattutto del contraente più debole, realmente libera e consapevole e quindi l'adozione di scelte decisionali razionali e responsabili, sul presupposto che la presenza di un siffatto consenso è condizione essenziale per la determinazione ad opera delle parti di un regolamento giusto.

La seconda tipologia di controlli, quelli cc.dd. di giustizia sostanziale o materiale, non attengono tanto alla qualità del consenso, non si preoccupano specificamente della purezza, libertà e consapevolezza del volere, quanto piuttosto riguardano direttamente il contenuto del contratto e cioè – diremmo più modernamente – il regolamento quale insieme dei diritti e degli obblighi convenuti dai contraenti. Anche nel caso in cui il contratto sia valido, non affetto da vizi, ben può darsi che situazioni di debolezza in capo ad una delle parti abbiano comportato a suo carico sopraffazioni o sperequazioni, cosicché l'ordinamento interviene, proprio per ragioni di giustizia, con disposizioni inderogabili per sanzionare o rivedere tale assetto regolamentare. E qui il riferimento è all'ampia disciplina dei contratti del consumatore con clausole che comportano uno squilibrio dei diritti e dei doveri delle parti, a quella dei contratti tra imprese dove ricorre un abuso di dipendenza economica, a quella sempre dei contratti tra imprese sui termini di pagamento o sul saggio degli interessi moratori o, ancora, a quella dei contratti a prestazioni corrispettive dove ricorra una sproporzione tra le prestazioni causata dall'approffittamento di una parte delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria dell'altra (art. 644 c.p.)⁹.

Le due tipologie di intervento dell'ordinamento sull'autonomia privata, seppur distinguibili, possono ben configurarsi in relazione allo stesso concreto contratto e si presentano, peraltro, in ultima analisi interdipendenti. È evidente, infatti, che si vuole evitare una distorta formazione della volontà proprio per escludere che ricorrano sopraffazioni a carico di una parte e l'accordo possa presentare un contenuto iniquo; e d'altra parte è anche probabile che si perviene ad un regolamento sperequato proprio per un difetto o un turbamento, causato ad esempio dal mancato rispetto degli obblighi di infor-

⁸ Cfr. G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir. I tematici*, I, Giuffrè, Milano, 1990, specie 587 ss.

⁹ Naturalmente non qualsiasi alterazione o sproporzione tra i diritti e gli obblighi delle parti comporta una reazione dell'ordinamento: lo squilibrio deve essere significativo (contratti del consumatore), eccessivo (contratti tra imprese), grave (nei ritardi nei pagamenti), accompagnato da condizioni di difficoltà (art. 644 c.p.).



mazione, della volontà del contraente più debole. In ogni caso l'obiettivo dell'ordinamento, nell'ottica di perseguire la giustizia contrattuale, è quello di tutelare la parte che abbia subito l'alterazione della sua libertà contrattuale e/o la produzione di diritti e obblighi per lui fortemente svantaggiosi, nella prima ipotesi sanzionando a livello microeconomico l'irregolare formazione del voluto nel singolo contratto, nella seconda incidendo anche a livello macroeconomico attraverso la considerazione delle categorie di appartenenza delle parti (ad esempio consumatore e professionista) sul regolamento predisposto, presumendone salva prova contraria la vessatorietà.

Al di là, però, delle diverse modalità del controllo e dei vari tipi di rimedi apprestati, dalla nullità, totale o parziale, all'annullabilità o alla rescissione, dalla tutela inibitoria a quella risarcitoria o alla rinegoziazione, il dato che occorre evidenziare attiene ai risultati perseguiti o conseguiti dai percorsi e dagli strumenti, sinora ricordati, della giustizia contrattuale. Si afferma comunemente che la *ratio* delle discipline sinora ricordate sarebbe in linea di principio quella di realizzare la giustizia c.d. commutativa del contratto e cioè la tendenziale equivalenza o comunque la proporzionalità delle prestazioni, messe in crisi dall'abuso e dal potere del contraente più forte¹⁰.

In realtà, occorre evitare di incorrere al riguardo in una logica semplificante e considerare, piuttosto, che l'intervento dell'ordinamento per la giustizia contrattuale non sempre è teso a garantire l'equilibrio economico, di tipo oggettivo, dei diritti e degli obblighi delle parti. E ciò per molteplici ragioni e in numerose ipotesi.

In primo luogo ciò si verifica ogni volta in cui l'ordinamento, per tutelare la parte debole e consentirle l'accesso a determinati beni essenziali o garantirle concretamente diritti fondamentali, configura e impone un regolamento di per sé economicamente squilibrato. Obiettivi di uguaglianza sostanziale possono, in altri termini, fondare un diritto diseguale e cioè la ricorrenza di diritti e obblighi non corrispondenti o non del tutto corrispondenti a quelli di mercato o a quelli stabiliti dalle parti.

Ovviamente è ben noto come la giustizia c.d. redistributiva o sociale¹¹, che si realizzerebbe in qualche misura attraverso siffatte normative¹², in linea di principio non può essere perseguita ed in fatto non è perseguita dal legislatore del contratto¹³, ben altre essendo le misure da adottare¹⁴ per ottenere una reale redistribuzione della ricchezza e una modifica nell'allocazione delle risorse a favore delle fasce più svantaggiate della popolazione. E però occorre sempre tener presente che un uso incontrollato della libertà contrattuale può comportare, in determinati casi, specie nelle materie emergenti negli ultimi decenni sullo scenario della società globale, significative lesioni a diritti fondamentali della per-

¹⁰ G. D'AMICO, *op. cit.*, specie 586 s.

¹¹ Sugli effetti redistributivi del diritto dei contratti v. V. CALDERAI, *op. cit.*, 449 s., per la quale tale effetto, al di là dell'equilibrio economico del singolo affare, consiste nello "spostamento di ricchezza dalla parte inibita dall'utilizzare a proprio vantaggio una certa risorsa ... alla parte che ne è priva. In una più ampia prospettiva il tema della giustizia redistributiva o sociale implica anche valutazioni di carattere morale nel senso che si tratta di un principio in base al quale si assegna a ciascuno ciò che gli spetta in proporzione alla sua condizione o al merito".

¹² Il riferimento che comunemente si opera al riguardo è all'istituto – peraltro da tempo superato – dell'equo canone nella locazione abitativa, a tutela delle esigenze del conduttore col sacrificio dell'interesse proprietario.

¹³ Cfr. sul tema M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006, specie 306 ss. secondo il quale il controllo da parte dell'ordinamento del contratto, pur rispondendo ad una funzione immunitaria e ad una funzione di riscontro delle condizioni di operatività dell'autonomia privata, è cosa ben diversa dalla giustizia sociale (313).

¹⁴ In primo luogo misure di fiscalità generale informata a criteri di progressività: solo in questo modo è possibile far ricadere su tutti coloro che dispongono di redditi adeguati i costi della Stato sociale.



sona e connesse ingiustizie sociali e che, di conseguenza, un intervento dell'ordinamento rimane, spesso, essenziale.

Va, poi, rilevato che la stessa questione della giustizia commutativa come equivalenza del valore economico delle prestazioni appare per più aspetti superata. A parte l'ovvio rilievo che un siffatto equilibrio non si realizza ogni qual volta si interviene con strumenti demolitori e cioè con la nullità totale, si può notare come il contratto, oltre al contenuto strettamente economico (tipicamente il prezzo), presenti contenuti normativi e comunque non agevolmente traducibili in valori economici. Il riferimento è a numerose clausole vessatorie nei contratti del consumatore ma soprattutto ai contratti, ormai di grande diffusione, dove il corrispettivo per i servizi digitali è costituito dalla cessione di dati personali. Specie in queste ipotesi, dove è garantito all'utente contraente debole una illimitata facoltà di revoca e imposto all'operatore del servizio il divieto di acquisire dati personalissimi e sensibili, si intende come l'intervento per la giustizia contrattuale non si ponga in una prospettiva meramente economico-commutativa, bensì a tutela di diritti fondamentali della persona ¹⁵.

3. – Proviamo a trarre le fila del discorso. Come è stato possibile riscontrare, la conformazione del contratto a fini di giustizia attraverso disposizioni inderogabili a tutela del contraente più debole si attegga secondo svariate modalità, in molteplici ambiti contrattuali, a vari livelli e adottando tanti e diversi rimedi.

L'intervento legislativo sull'autonomia privata si dispiega sia a livello di asimmetria microeconomica, e cioè del singolo contratto richiedendo la prova dell'anomalia, sia a livello di asimmetria macroeconomica, e cioè di categorie di contratti presumendo salvo prova contraria lo squilibrio. E si propone, in dati casi, obiettivi di giustizia commutativa e cioè il raggiungimento di una tendenziale proporzionalità tra le prestazioni, ed in altri (ma più raramente) obiettivi di giustizia sociale e cioè una qualche parziale forma di redistribuzione della ricchezza. Ed ancora, talora si interviene in modo indiretto secondo la più tradizionale logica della giustizia procedurale, mentre in altri e numerosi casi si propende per un intervento diretto sul regolamento divisato dalle parti e quindi incidendo sui diritti e gli obblighi convenuti. Anche i rimedi si presentano diversificati, ponendosi talora in una prospettiva demolitoria dell'atto di autonomia, talaltra in una logica di modifica o di adattamento del regolamento.

Ma va, infine, soprattutto evidenziato come la giustizia contrattuale non può più assolutamente leggersi solo in una logica patrimonialistica, propria da sempre del contratto, e quindi nella prospettiva del perseguimento dell'equilibrio economico, in quanto l'atto di autonomia privata, al pari di qualsiasi altro fatto umano, non può porsi in contrasto con i principi e i valori fondamentali dell'ordinamento e segnatamente con la tutela inderogabile della dignità, della libertà e della sicurezza del contraente quale persona.

La diversificazione e la moltiplicazione delle forme di perseguimento della giustizia contrattuale, se da un lato conferma – come si accennava in principio – l'amplissima portata significativa del sintagma, che ben può riempirsi di accezioni diverse con l'evoluzione delle tematiche assiologiche nel processo storico, dall'altro appare come l'inevitabile riflesso di un ordinamento complesso, incerto e magmatico.

Invero, in tema di autonomia privata, nel sistema coesistono e convivono tre diversi modelli, quello tradizionale fondato sull'uguaglianza formale, quello ordoliberal alla ricerca dell'efficienza e quello

¹⁵ Sul tema cfr. A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, Esi, Napoli, 2022, specie 469 ss.



liberal-egualitarista, che ha l'obiettivo di reagire agli abusi provocati dalle situazioni di potere e di realizzare, anche a fini di uguaglianza sostanziale, un controllo materiale del contratto¹⁶.

Cosicché oggi si dà un ordinamento dove – in crisi il quadro tradizionale delle fonti – è sicuramente difficile, forse impossibile, tracciare o cogliere una prospettiva unitaria di evoluzione, stretto com'è, almeno in ambito contrattuale, tra pervasive istanze sovranazionali o internazionali ordoliberali e soluzioni statuali-costituzionali di stampo solidaristico-interventista.

4. – Residua un'ultima importante questione.

Si è visto come il legislatore, attraverso essenzialmente l'emanazione di norme inderogabili, per conseguire obiettivi di giustizia contrattuale, abbia predisposto una molteplicità di forme di controllo dell'autonomia privata.

Si pone, allora, la questione se al di là di tali interventi legislativi, sia consentito all'interprete di individuare ulteriori e nuovi percorsi o ipotesi di conformazione della libertà contrattuale per realizzare esigenze di giustizia.

Il dibattito, di grande rilevanza e di particolare interesse anche per le conseguenze pratiche delle soluzioni proposte, si articola in varie opinioni¹⁷.

Secondo un primo orientamento¹⁸ di tipo tradizionale, non è possibile, al di fuori delle consentite ipotesi di interpretazione estensiva o analogica di previsioni vigenti, individuare nuove forme di controllo, da parte dell'operatore (in concreto il giudice) degli atti di autonomia privata, in specie richiamando il principio costituzionale ex art. 2 di solidarietà sociale e/o la clausola generale della buona fede ex artt. 1337, 1375 e 1366 cod. civ. La legge prevede, infatti, numerosi strumenti atti a superare gli squilibri tra le parti e a realizzare la giustizia contrattuale e non avrebbe, quindi, senso, in linea di principio e a livello generale concepirne arbitrariamente di nuovi, realizzando oltretutto confusione e incertezza nell'applicazione del diritto. Pur constatandosi che è in corso un processo di giurisdizionalizzazione del diritto privato e che si discorre di superamento della fattispecie in nome di un affermato primato del caso concreto, si rammenta che il potere di giudicare la ragionevolezza di una ingiustizia prevista dall'ordinamento spetta solo alla Corte costituzionale e che il giudice non può creare diritti e obblighi non risultanti dalla legge o estinguere diritti e obblighi vigenti.

Un diverso orientamento¹⁹ propugna, invece, che occorre superare le strettoie e i formalismi del vecchio giuspositivismo ed indirizzarsi anche in materia di contratto verso una integrale attuazione dei valori primari costituzionali ed europei. Acquisita la diretta applicabilità dei principi costituzionali in ambito privatistico, sarebbero maturi i tempi in cui la complessità sociale e giuridica sia gestita caso per caso, anche attraverso le pronunzie dei giudici, nell'ottica di un effettivo perseguimento di obiettivi di giustizia. E si richiamano, così, gli artt. 2 e 41 Cost., i principi e l'ampia legislazione europea di tutela del contraente debole, nonché le clausole generali di correttezza e di buona fede. Al fine, poi, di evitare arbitri ed incertezza, si prospetta un criterio di valutazione o di misurazione dell'abuso contrattuale integrante quella ingiustizia in grado di inficiare il regolamento diviso dalle parti, criterio con-

¹⁶ E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1285.

¹⁷ Sul tema cfr. le considerazioni di A. GENTILI, *De Jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, specie 54-56.

¹⁸ Per tutti v. G. D'AMICO, *op. cit.*, 600 ss.

¹⁹ Per tutti v. G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. merc.*, 2015, 15 ss.



sistente nella ricerca del concreto assetto di interessi programmato globalmente considerato, e nell'applicazione della logica del reciproco vantaggio onde evitare risultati squilibrati alla rovescia ²⁰.

Ed invero, quando si sposta l'attenzione dal piano delle previsioni legislative contenenti interventi dell'ordinamento sull'autonomia privata a fini di giustizia, necessariamente astratte e generali, al piano del contratto reale, concreto e specifico stipulato dalle parti, occorre evidenziare come l'atto di autonomia non può mai essere osservato e valutato isolatamente, dovendo piuttosto essere sempre contestualizzato, in quanto si fonda ed è parte di una situazione di fatto complessiva che lo condiziona, lo vivifica e gli dà senso. Situazione complessiva costituita quindi da un lato interno e cioè dalla programmazione di interessi convenuta dalle parti, e da un lato esterno e cioè dall'insieme delle circostanze di tipo soggettivo, oggettivo, spaziale, temporale o di altro tipo rilevanti per l'operazione oggettivamente intesa. Cosicché determinati aspetti o profili degli interessi delle parti, pur non espressamente concordati o enunciati, possono, ad esempio, risultare dalla forza del fatto o dal legittimo affidamento che una parte abbia fatto sul comportamento corretto dell'altra ed in questa prospettiva essere colti dall'interprete in sede di determinazione degli effetti (diritti e obblighi) integrativi o modificativi di quelli convenuti ²¹.

²⁰ V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, specie 362 ss. e 373, che ricorda altri criteri proposti, da quello del funzionamento concorrenziale del mercato, a quello del grado di alterazione del consenso della vittima; ID., *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, 59, secondo il quale, posto che è necessario "vincolare il procedimento ermeneutico a una rigorosa metodica di principi, canoni, criteri e moduli valutativi oggettivamente osservabili e verificabili in grado di istituire un adeguato e razionale controllo critico-sistematico dei processi di attingimento della regola giuridica,... si tratta di attingere anche dalla prescrittiva normatività insita nella stessa particolare situazione d'interessi di che trattasi (principio di convenienza o di adattabilità dell'effetto al fatto) perché impressavi...da quella più ampia e vasta e conformativa giuridicità ordinamentale della vita sociale, resa manifesta e fatta palese dal tipo e dallo stile di vita della comunità...(principio di necessaria integrazione del sistema nell'ordinamento, alias diritto vivente o legalità sociale originaria)".

²¹ Cfr., anche con riferimento al *common law*, V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Giuffrè, Milano, 2018, specie 170 ss., 349 ss.



GIUSEPPE VETTORI

Professore emerito di Diritto privato – Università degli Studi di Firenze

SULLA DISCIPLINA DEL CONSUMO, TRENT'ANNI DOPO

SOMMARIO: 1. *La Direttiva n. 13/1993 e l'impatto sulle codificazioni.* – 2. *Il ruolo delle Corti e il dialogo con il legislatore.* – 3. *L'attualità della Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette.*

1. – Il timore sull'aumento della discrezionalità del giudice è molto diffuso. Le insofferenze per le clausole generali anche¹. Dopo i trenta anni dalla Direttiva del 1993 torno sul tema con l'unico scopo di onorare Carlo Granelli, grande amico e straordinario giurista, che ha saputo, con rara sagacia, richiamare l'attenzione sulla disciplina delle Pratiche commerciali scorrette, centrale, ora, anche nei confronti del trattamento dei dati e delle distorsioni derivanti dalla IA. Mi soffermerò su tre aspetti. Un breve richiamo alla Direttiva e al suo impatto sulle codificazioni nazionali, il ruolo della Corte di Giustizia, la centralità della Direttiva sulle pratiche sleali.

Nel 1976 inizia l'attività istruttoria della Commissione europea e si comincia a discutere il modello tedesco (giudiziale) e francese (amministrativo) di controllo delle clausole vessatorie, specie dopo l'atto Unico europeo del 1986 che esige la creazione di un Mercato Unico europeo e un "alto livello di protezione dei consumatori". Una prima bozza della Delibera è pronta nei primi anni '90 e si apre un ampio dibattito sul criterio di valutazione delle clausole. In Inghilterra prevale il riferimento all'equità e allo squilibrio. In Germania e in Italia si afferma invece il riferimento alla buona fede, sgradita agli inglesi. Dopo molti dubbi, in una discussione informale (si narra) davanti ad un drink, la scelta cade su entrambi i requisiti: squilibrio e buona fede. Prevale, allora, la consapevolezza che la Commissione non ha competenza generale sul diritto privato nazionale sicché ci si sofferma solo su alcuni principi: trasparenza, controllo sostanziale, lista nera e grigia delle clausole, competenza e poteri delle associazioni dei consumatori, armonizzazione minima delle legislazioni nazionali. Tralascio la lunga vicenda della recezione in Italia della Direttiva, dall'introduzione nel codice civile dell'art. 1469-bis cod. civ. alla legge n. 229/2003, che istituisce i codici di settore e apre la via al codice del consumo. Per una ragione chiara.

Nei primi anni del 2000 accadono molte cose più significative. L'Europa si allarga ad est, si proclama a Nizza la Carta dei diritti fondamentali, si inizia a parlare (fra il 2001 e il 2003) in alcuni atti comunitari di un'uniformazione del diritto contrattuale. Inizia la stagione del CFR pensato sulla base della revisione dei Principi già elaborati dalla Commissione Lando (PECL).

¹ Fra i molti scritti recenti, in tal senso I. PAGNI, *Il contratto nel processo. Questioni controverse nell'esercizio dell'azione contrattuale in giudizio*, Milano, 2022, 171 ss.



Nel 2002 il BGB muta volto con provvedimento lungamente ponderato dalla cultura giuridica².

Si introducono, nella Sezione prima della Parte Generale, le definizioni di consumatore e di imprenditore (§§ 13 e 14), con la chiara volontà di innovare il sistema. L’inserimento nel corpo del codice delle novità di provenienza comunitaria, creano un contesto di grandissimo interesse per ogni riflessione su ciò che dovrà essere il diritto contrattuale europeo³. Entrambi gli aspetti sottolineano come il Codice della borghesia abbia resistito a due vicende storiche epocali, proiettandosi nel futuro con una nuova profonda opera di edificazione concettuale. Sopravvissuto al Nazismo e alla riunificazione della Germania⁴, il BGB rafforza un’identità culturale e si propone come uno dei modelli più significativi dell’uniformazione europea⁵. Basta pensare che, fra le varie modifiche del testo è stata riscritta la disciplina tedesca della vendita, superando il modello romano della garanzia e seguendo il modello della Direttiva comunitaria sulla cessione dei beni di consumo che diviene “la disciplina generale del codice civile tedesco”⁶.

In Francia la *Loi Scrivener* del 1978 aveva delegato al Consiglio di Stato il controllo delle clausole abusive senza risultati soddisfacenti e la Corte di cassazione, dopo una fase incerta, dal finire degli anni ’80 del secolo scorso, aveva manifestato l’intenzione di intervenire in modo deciso (nel 1989 e poi nel 1991) sulle clausole contrarie a buona fede o abusive. Sino a quando la legge del 1995 ha previsto tale possibilità per il giudice di dichiarare l’invalidità senza dovere attendere un decreto del Consiglio di Stato.⁷ Nel novembre 2013 è stato presentato un progetto che ha condotto all’approvazione dell’*ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 che si propone, secondo il comunicato del Ministero della Giustizia⁸ e il Rapporto al Presidente della Repubblica, alcuni obiettivi precisi. Riscrivere il diritto comune dei contratti per garantire tre obiettivi: *simplicité, efficacité et protection* di un ordine *prévisible, protectives mais efficaces, rigoureux mais pragmatiques*. Si da consolidare e rafforzare l’*attractivité* del sistema giuridico francese. Il Rapporto al Presidente della Repubblica evoca chiaramente “*l’objectif de justice contractuelle*”, realizzato in modo peculiare. La scomparsa della causa, la previsione di norme sulla formazione, sulla necessaria presenza di un contenuto lecito e certo, sul rilievo della buona fede e delle sopravvenienze

Nel diritto inglese, la scelta maturata nei secoli è diversa. Il *contract* è il risultato una stratificazione di regole espresse in una miriade di decisioni giurisprudenziali, sulla base della *common law* e dell’*equity*. Alle regole di equità è riconosciuto un ruolo fondamentale nella storia della *common law* e nella evoluzione delle stesse regole del commercio, ma se ne tracciano con chiarezza i limiti. La sua disciplina è connaturale alla presenza di uno scambio e ingloba in sé l’aspetto genetico del programma negoziale e “il profilo del rapporto che lega le parti”⁹. Non mancano molte leggi anche di carattere

² C-W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti Fondamentali e Profili Sistemati Del Gesetz Zur Modernisierung Des Schuldrechts*, Padova, 2003, 11 ss.; *Codice civile tedesco, Traduzione e Presentazione a cura di S. Patti*, Milano, 2005, V ss.

³ V. G. DE CRISTOFARO, *Note introduttive sulla genesi e sull’oggetto della riforma tedesca e sui contenuti del Quaderno*, in C-W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, IX ss.

⁴ R. SACCO, *Il Zivilgesetzbuch della Repubblica Democratica Tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1976, 47 ss.

⁵ S. PATTI, in *Codice Civile Tedesco*, cit., VIII ss.

⁶ U. STEIN, *op. cit.*, 42 ss.

⁷ V. per una sintesi di tale vicenda A. MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, 155 ss.

⁸ *Comunique de presse, Réforme du droit des contrats, du régime général e de la preuve des obligations*, dell’11 febbraio 2016, in secretariat.presse.cab@justice.gouv.fr.

⁹ G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, 5, 52. E ora G. GORLA, *I problemi fondamentali del contratto, Principi, metodi e tecniche del civil law in comparazione con il common law (1958)*, SISDIC-Storie del Fondo 3, raccolte da Pasquale Femia, Napoli, 2017.



generale ma esse hanno prevalenza rispetto al diritto comune, nei limiti segnati dalla originalità del sistema, che si basa su principi generali di produzione giurisprudenziale. È evidente la peculiarità. Da un sistema di rigido formalismo basato, sino al XV secolo, su una serie di azioni tipiche, le Corti, sensibili alle esigenze e agli usi di una comunità di mercanti, foggiano una robusta cornice di principi e di regole che disegnano strutture contrattuali e rimedi efficienti. Manca una distinzione fra diritto civile e diritto commerciale e non si adottano regole speciali per i commercianti o gli atti di commercio, ma il dialogo serrato fra Corti di *common law* e di *equity* è stato ricco di risultati per il miglioramento degli standard di valutazione sia dei diritti dei cittadini, sia dei comportamenti e degli schemi richiesti in ogni affare privato. Alle regole di equità è riconosciuto un ruolo fondamentale nella storia della *common law* e nella evoluzione delle stesse regole del commercio, ma se ne tracciano con chiarezza i limiti.

La disciplina generale del contratto in Italia è affidata ancora al codice del 1942 e non esiste una discussione seria e approfondita sulla sua revisione, se non la breve stagione della proposta del Governo Conte.

Cosa è accaduto in Europa è noto. La Commissione nel periodo 2009-2014 si era esposta sino a ipotizzare l'approvazione di una disciplina uniforme del contratto, ma alla fine si è dovuto constatare l'assenza della volontà politica di approvare anche la sola Proposta di Regolamento sulla vendita. Nelle due successive legislazioni il tema non è stato riproposto. Resta la nuova direttiva sui diritti dei consumatori (2011/83/UE) che supera e migliora le precedenti (oltre 70 fra anni 80 e 90) e la c.d. Direttiva *Omnibus* recepita con il d.lgs. n. 26/2023 come riferimenti capaci di superare l'armonizzazione minima e assicurare un più elevato livello di tutela del consumatore.

Si parla oramai di tre gruppi di discipline e di tre gruppi di livello nel diritto comunitario sui contratti dei consumatori. Un primo gruppo sulle clausole abusive (93/13/CEE) e sulle pratiche sleali (2005/29/CEE) che hanno carattere di generalità per ogni contratto fra un professionista e un consumatore, in quanto frutto di due Direttive trasversali e davvero generali. Un secondo gruppo disciplinato dalla direttiva 2011/83/UE rivolta ad una serie ampia ed eterogenea di tipi contrattuali (vendita di cose mobili, somministrazione del gas, energia elettrica, acqua e teleriscaldamento, fornitura di servizi e contenuti digitali, servizi finanziari e non finanziari, stipulati a distanza). Un terzo gruppo che include “atti normativi applicabili in via esclusiva a specifiche categorie[...] di operazioni negoziali”: contratti di credito (2008/48/CEE ora sostituita da UE 2023/2225, e crediti per finanziare beni immobili residenziali con garanzie reali) di fornitura di beni mobili, di multiproprietà, per le vacanze, servizi di pagamento, comunicazione elettronica, servizi e contenuti digitali¹⁰.

2. – Da ultimo la Corte di giustizia, la Corte costituzionale e la Corte di cassazione utilizzano il riferimento delle fonti nazionali e comunitarie alla Persona per ampliare e potenziare la tutela del consumatore¹¹.

Solo qualche esempio. Si supera l'ostacolo del giudicato civile in sintonia con la Corte costituzionale e le sezioni unite della Cassazione. Con un dialogo che indica alcune priorità: “operare, con convinzione, la necessaria saldatura tra ordinamenti, sovranazionale e interno” per rendere concretamente operante il principio di effettività della tutela nella sua duplice declinazione: “negativa (volta a superare gli ostacoli che, in ambito nazionale, si frappongono alla piena realizzazioni delle libertà e dei diritti

¹⁰ G. DE CRISTOFARO, *Diritto italiano ed europeo dei consumatori. Studi*, Milano, 2024, 26 ss.

¹¹ Per una lucida e brillante analisi S. PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (la narrazione del civilista)*, Milano, 2023.



riconosciuti dall'Unione) e pro-attiva (diretta ad individuare le misure e i rimedi idonei alla piena espansione della tutela di quelle libertà e di quei diritti)"¹². Tutto ciò porta a individuare una specifica azione e obblighi per il giudice del monitorio, della fase esecutiva e di cognizione. Non solo.

La Corte costituzionale e la Corte di giustizia sono protagoniste di un nuovo capitolo nella tutela del credito al consumo, incentivato a dismisura, nei primi anni del secolo, nella fase di espansione della crescita economica e della conseguente spinta, con ogni mezzo, della domanda di acquisto, sino a determinare un indebitamento che ha poi costretto a promulgare, in tutta Europa, procedure di liberazione¹³. Da qui l'intervento delle Corti su un tema di rilevante valore economico per le Banche e i finanziatori. Oggetto di molte visioni diverse¹⁴.

Fatti nuovi impongono, poi, di riflettere su nuove forme di protezione per una serie di contraenti per i quali il modello classico dei rapporti fra imprese e consumatori è messo in discussione dall'emergere di nuove figure. Come i *presumer*, consumatori che offrono prodotti o servizi per l'acquisto su piattaforme *on-line*, per i quali le normative sul lavoro e sul consumo non funzionano in presenza della stessa persona che riveste le due qualità di lavoratore e di consumatore. O come nei casi Uber e Delivero ove i soggetti coinvolti svolgono attività al confine fra lavoro autonomo e lavoro dipendente. In entrambi i casi la teoria generale del contratto non offre sufficienti tutele. Mentre la legge interviene con soluzioni diverse nei singoli paesi europei¹⁵. Sicché occorre ripensare le categorie e utilizzare un metodo tagliato su di una realtà nuova e diversa.

A ben vedere il legislatore e la giurisprudenza sono da tempo oltre il consumatore ed è difficile evocare nuove categorie ordinanti basate sulla qualità del contraente. Elemento decisivo oggi è il rilievo giuridico di ogni posizione soggettiva oggetto di un diritto 'diseguale' con un fine preciso. Ampliare le tutele e renderle effettive. La CGUE e la Corte di cassazione italiana parlano a chiunque si affacci su di un mercato regolamentato. Con un intento di inclusione e tramite un'attività di decostruzione e di innovazione. Il che conferma una tendenza precisa del sistema. Sia la soggettività che il contratto non possono essere racchiusi in categorie rigide. Occorre invece garantire, come vedremo, l'autonomia dei privati, sorretta nelle forme di protezione normativa, controllata nei fini, nei contegni, nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui, e conformata dalla disciplina del mercato ove operano. Con particolare riguardo alla dimensione digitale.

3. – Se c'è un dato scontato nella riflessione sul contratto di oggi è la riduzione progressiva del consenso e dell'accordo che ha forza di legge fra le parti. Sempre più spesso "la mitologia della *voluntas* nasconde un enorme vuoto"¹⁶.

¹² Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479.

¹³ L. MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovra indebitamento) e favor creditoris*, in E. PELLECCIA-L. MODICA (a cura di), *La riforma del sovra indebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2020, 386; S. PAGLIANTINI, *Il sovra indebitamento del consumatore. Studio critico sull'esdebitazione*, Torino, 2018, 3; C. CAMARDI, *Il sovra indebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni*, in D'AMICO (a cura di), *Sovra indebitamento e rapporto obbligatorio*, Torino, 2018, 203.

¹⁴ Per alcune osservazioni critiche M. NATALE-R. PARDOLESI, «Lexitor» o no? *Dubbi, crucci e malefatte della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2023, 3, 116 ss.

¹⁵ Su tali profili V. MAK, *The Contractualisation of the Consumer Worker*, in H.W. MICCKLITZ-G. VETTORI, *The future of person*, London, 2025, 275 ss.

¹⁶ T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito. La critica radicale del contratto in Siegmund Schlossmann*, Bologna, 2021, 133 e il richiamo di R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino, 2016.



La vincolatività del contratto determinata dalla volontà di chi lo conclude è solo una finzione. Da qui la necessità¹⁷ di un nuovo ruolo del diritto civile. Sulla base di una premessa. “Non c’è una sola verità giuridica, la quale ha la sua fonte nella legge e viene fedelmente ricostruita dalla dottrina e applicata dalla giurisprudenza”¹⁸. Occorrono regole nuove. Ma non solo. Sono necessarie, come sempre, costruzioni teoriche che, per l’autorità di chi le ha formulate, e per la loro capacità persuasiva¹⁹ possano acquisire un valore ordinante. Basta un esempio.

Il consenso nel mondo digitale e la tutela contro le piattaforme e i poteri privati è un tema attualissimo²⁰. Le Corti nazionali e la Corte di giustizia sono impegnate in due delicate operazioni: assicurare la più intensa effettività delle tutele con una sinergia forte fra Regole e Principi di diversa provenienza²¹; potenziare le situazioni soggettive anche attraverso forme di tutela collettiva per diritti individuali omogenei o interessi superindividuali verso un bene da proteggere in modo nuovo e diverso dal passato.²² Le nuove regole sull’intelligenza artificiale sono oggetto di grande attenzione da parte dei civilisti²³. Impegnati a chiarire gli obbiettivi della regolazione e la disciplina di un contratto che è tale anche se concluso attraverso “un sistema di IA”²⁴. Il che implica prestare attenzione ad enti, come l’UNCITRAL, impegnati nel ripensare “le dichiarazioni di volontà, i vizi del consenso, i doveri di informazione precontrattuale, la tracciabilità, la responsabilità e l’esecuzione automatica del contratto”²⁵. Ma non solo. Si dovranno applicare e rivedere le norme vigenti che orientano in modo molto dettagliato e con un “approccio fondamentalmente regolatorio”, molto diverso da quanto avviene negli Stati Uniti, ove si è scelto, ancora una volta, “un percorso condiviso con il mercato”²⁶.

Molti problemi riguardano la riflessione sui dati e sul ruolo dell’autonomia privata e del consenso al loro trattamento²⁷ con una riflessione iniziata in Italia di fronte ad un panorama normativo esteso. Si ricorda come solo nel 2022 si sono elencate ben 48 normative, emanate o allo studio, in oltre 30 anni e posto in luce l’esigenza di una sistemazione organica²⁸ di tre gruppi di discipline: in primo luogo la direttiva privacy del 1995 abrogata dal GDPR, del 2016 e poi il DSA, il DMA e ora il Regolamento sull’Intelligenza artificiale²⁹.

¹⁷ ID., *op. cit.*, 139-140.

¹⁸ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, ora in *Tratt. dir. comp.*, rist. 2009, 16 ss. (la prima edizione italiana è del 1980, Giappichelli, Torino).

¹⁹ R. SACCO, *op. cit.*, 46, 77.

²⁰ R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 941 ss.

²¹ La CGUE è favorevole all’utilizzo dei rimedi previsti dalla disciplina del consumo per garantire il rispetto della normativa sulla privacy prevista dal GDPR del 2016. Basta esaminare le conclusioni dell’avvocato generale in C-2021/979 e la decisione CGUE 28 aprile 2022, C-319/20. Si veda anche M. FEDERICO, *Rappresentanza degli interessati, diritti individuali e group data protection*, in *Pers. merc.*, 4, 2022, e le conclusioni dell’avvocato A. Rantos del 20 settembre 2022 nella causa C-252/21.

²² A. PUNZI, *Il dialogo delle intelligenze tra umanesimo e tecnoscienza*, in *Pers. merc.*, 2023, 2, 161 ss. e M. FERRARIS, *Documanità. Filosofia del mondo nuovo*, Bari-Roma, 2021, 333 e 338.

²³ Da ultimo, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, 40 ss. e, come riferimento generale, ancora N. BOBBIO, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, III, Milano-Roma, 1978, 1003.

²⁴ G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, cit., 40.

²⁵ ID., *op. cit.*, 40 ss.

²⁶ Così in modo molto efficace, G. FINOCCHIARO, *ult. cit.*, 42-48.

²⁷ V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2020, 642 ss. spec. 652 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, “L’equivoco della privacy”. *Circolazione dei dati personali e tutela della persona*, in questa *Rivista*, 2022, 1372 ss. e di R. SENIGAGLIA, “L’equivoco della privacy” *tra consenso e capacità*, *ivi*, 1378 ss.; S. ORLANDO, *Data vs Capta: intorno alla definizione dei dati*, in *Nuovo Diritto civile*, 2022.

²⁸ S. ORLANDO, *Data vs capta*, *ult. cit.*

²⁹ ID., *ult. cit.*



Siamo in presenza insomma di una nuova stagione regolatoria³⁰ che si rivolge ad una pluralità di attori e di fonti. Dalla disciplina consumeristica sulle pratiche scorrette³¹, a nuovi strumenti privatistici³² ove “assume speciale rilievo la clausola generale della diligenza professionale” e con essa “l’insieme dei doveri di cura e attenzione incombenti sul professionista, desumibili tenendo conto della natura della pratica, del settore e tipo di prodotto o servizio, nonché del consumatore medio destinatario della stessa”. Con una consapevolezza. L’insufficienza della nozione di autonomia negoziale, tradizionalmente ricavata dal codice civile e la necessità di individuare, nella trama ordinamentale, nuove forme di tutela della libertà del singolo³³. Solo un esempio.

Nel giro di pochi mesi l’Unione europea ha emanato Regole e Principi sul consenso nel mondo digitale. Si disciplina la sua distorsione, la sua molteplice rilevanza, e il diverso ruolo del controllo. Un sistema ordinato era già emerso nella Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (2005/29/CE UCPD) e si completa ora con il Regolamento sull’IA. Non si vieta l’orientamento o l’influenza (giacché, se così fosse, la pubblicità sarebbe *di per sé* vietata) ma la distorsione delle decisioni mediante il divieto di “falsare” la decisione, che sta a significare divieto di approfittare di condizioni soggettive di media vulnerabilità “decisionale” del consumatore, ossia condizioni tali da far prendere una decisione che, senza la pratica che le sfrutta, il consumatore medio (o il membro medio di un gruppo di consumatori) non avrebbe preso.

Il carattere nuovo sta nel descrivere precise condizioni di vulnerabilità. In un elenco (tra i Considerando della UCPD) si parla di ignoranza, disattenzione, sprovvedutezza o avventatezza, che entrano in gioco tipicamente con le pratiche commerciali ingannevoli, ma altre condizioni soggettive di vulnerabilità decisionale sono rilevanti ai sensi della UCPD, e si ricavano chiaramente dalla disciplina delle pratiche commerciali aggressive: impressionabilità, incapacità (psichica o economica) di resistenza, incapacità (psichica o economica) di reazione. Le pratiche aggressive sono rilevanti perché riguardano non già la decisione informata o consapevole (questa viene in conto per le pratiche ingannevoli), bensì la decisione “libera” e dunque intaccano il tema della libertà. Ne segue – in negativo – il divieto di distorcere il consenso approfittando delle condizioni di vulnerabilità decisionale del consumatore, e, in positivo, il dovere di comportarsi secondo la diligenza professionale. Il divieto e il dovere sono due facce della stessa medaglia. La diligenza è “professionale”, perché il professionista non soltanto conosce i propri beni e servizi (è il tema classico dell’asimmetria informativa) ma anche conosce, in quanto *li studia professionalmente*, i consumatori ai quali si rivolge (e i relativi gruppi o *target*), proprio perché vuole orientarli, influenzarli, e dunque si trova nella posizione, di fatto, di conoscere anche le loro vulnerabilità, e, così, nella condizione di “falsare” il loro comportamento. Il dovere di diligenza professionale si comprende in questo senso, in quanto *dovere di fare attenzione (duty of care) alle condizioni di vulnerabilità decisionale dei consumatori*³⁴.

³⁰ R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione sulle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista de diritto dei consumi (e non solo)*, in *Pers. merc.*, 2022, 3, 368 ss.

³¹ *Id.*, *op. cit.*, 390

³² *Id.*, *op. cit.*, nota 152

³³ *Id.*, *op. cit.*, 391, nota 159 e il rinvio a N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991.

³⁴ Cfr. S. ORLANDO (a cura di), *Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personal*, in *Persona e Mercato, Dialoghi sul nostro tempo*, 2024, ed ivi, G. VETTORI, *Libertà e liceità nel trattamento dei dati. Una premessa*, 14 ss. da cui sono tratte testualmente queste osservazioni, ma v. già S. ORLANDO, *Pratiche commerciali aggressive*, in *Commentario al codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009, 60 ss. spec. 86 ss.



Che cosa cambia nel sistema privatistico dei rimedi è chiaro.

Se il tema della correttezza e della buona fede è la base comune di valutazione, il legislatore europeo muta la tecnica dei codici. Dal divieto generale (art. 5 UCPD) alle fattispecie tipiche ingannevoli e aggressive (sempre nella UCPD) ai Regolamenti successivi che introducono una rilevanza plurima alla distorsione del consenso. Dagli artt. 25, 26, 27 del DSA, all'art. 5, paragrafo 1, lett. *a* e *b*, dell'AIA. Non si tratta di un complesso di regole caotico e diffuso ma di un sistema che segue linee precise di disciplina della Persona e del Mercato, del prodotto e dell'attività del professionista, delle tutele pubbliche e private. Secondo una multipolarità e uno scenario multilivello. Che esigono un pensiero forte e creativo³⁵. Nel ripensare le tutele invalidanti e risarcitorie e il loro possibile cumulo.

L'accesso ai servizi offerti dalle piattaforme è un atto unilaterale a contenuto patrimoniale che può essere disciplinato dall'art. 1374 del nostro codice civile espressione di una forma negoziale³⁶. Se ciò avviene all'interno di un mercato regolamentato si potrà applicare la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (dir. (CE) 2005/29)³⁷. Sulla base di una protezione multilivello utilizzata anche dalla nostra Autorità di vigilanza (AGCM)³⁸ e confermata dal Consiglio di Stato³⁹. Compito dell'interprete sarà quello di "raccordare e ordinare questa pluralità di fonti, di interessi rilevanti, di autorità competenti, di rimedi invocati e di sanzioni applicabili"⁴⁰.

Nel 2021 Carlo Granelli ha scritto una bella voce sulle Tutele nella disciplina delle Pratiche commerciali scorrette. Si sofferma sulla tutela amministrativa del AGCM, sulla tutela collettiva e sulla tutela individuale, ponendo in luce "l'insufficienza della disciplina interna e comunitaria e le conseguenti prospettive di riforma". Si esamina la pluralità dei rimedi per il consumatore leso, come riflesso del "ventaglio di condotte riconducibili alla nozione di pratica commerciale scorretta". Per poi esaminare vari aspetti. I rimedi risarcitori, nei confronti di una pratica non seguita dalla conclusione del contratto, le tutele caducatorie di un contratto stipulato in presenza di una pratica vietata, le ipotesi della nullità o del risarcimento in presenza del contratto a valle della clausola scorretta, la possibile annullabilità per vizio del consenso, oltre ai rimedi manutentivi e quelli relativi ad una pratica scorretta posta in essere dopo la conclusione del contratto⁴¹.

Le conclusioni sono lucide ed illuminanti.

La scelta del legislatore nazionale di non predisporre strumenti specifici di tutela privatistica in sede di recepimento della Direttiva 2005/29/CEE è stata incomprensibile. Per una pluralità di ragioni. Si

³⁵ S. ORLANDO, *Consenso al trattamento e liceità*, in *Persona e Mercato, Dialoghi sul nostro tempo*, cit., 39 ss.

³⁶ G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, II ed., Napoli, 1997, 84.

³⁷ Su detta disciplina, si v. G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1057; M. LA MICELA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi*, Torino, 2024.

³⁸ Così D. IMBRUGLIA, *Note sull'interpretazione del diritto delle tecnologie della c.d. quarta rivoluzione*, in corso di pubblicazione sul *Foro it.*, e le decisioni AGCM 11 maggio 2017, n. 26597 (*Whatsapp*); AGCM 29 novembre 2018, n. 27432 (*Facebook*); AGCM 21 maggio 2024, n. 31214 (*Meta*). Cons. Stato 29 marzo 2021, n. 2631 in *Foro it.*, 2021, III, 325.

³⁹ Cons. Stato 29 marzo 2021, n. 2631, cit.

⁴⁰ Così D. IMBRUGLIA, *Note sull'interpretazione del diritto delle tecnologie della c.d. quarta rivoluzione*, cit. e il richiamo al rapporto "tra l'art. 5 (CE) 2005/29 e gli artt. 5.a) e 5.b), *Artificial Intelligence Act* (M. VEALE-F. ZUIDERVEEN BORGESIOUS, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act – Analysing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach*, in *Comp. Law Rev. Intern.*, 2021, 97; S. ORLANDO, *Regole di immissione*, cit., 346; P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, in *Eur. Law Journ.*, 2023, 142.

⁴¹ C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir.*, I tematici, Il contratto, Milano, 2021, 825 ss.



è fatto gravare “sul singolo consumatore” e sull’interprete la scelta tra una pluralità di azioni. Il che ha reso evidente la lacuna gravissima di non aver individuato “uno o più rimedi. specifici “di più rapido e sicuro utilizzo”. In una nota Carlo Granelli precisa che l’art. 11-*bis*, par. 2, della direttiva 2005/29/CE, introdotto con la successiva direttiva del 2019/2161/UE, prevedeva che i legislatori nazionali indicassero in modo chiaro i rimedi “a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell’Unione o del diritto nazionale”. Si doveva dunque intervenire per fare chiarezza. Ma ciò che è avvenuto è davvero singolare.

Il d.lgs. n. 26/2023 in attuazione della Direttiva *Omnibus* contiene una modifica dell’art. 15, in tema di pratiche commerciali sleali, ove si consente al consumatore leso di adire “il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionali ed effettivi, *compresi* i risarcimenti del danno subito e, ove applicabile la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenendo conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti.”. Facendo salvi “*ulteriori rimedi a disposizioni dei consumatori*”. È evidente lo spazio che la legge lascia all’interprete nel costruire nuovi strumenti di tutela. Ed è ovvio che non siano mancate opinioni diverse su aspetti centrali come la validità o meno del contratto concluso a seguito della pratica sleale. Ma la conclusione che mi preme è un’altra.

La legge pur sollecitata dalla dottrina e dal legislatore europeo non ha saputo dire una parola di certezza. Per fortuna la scienza giuridica non è inerte e un merito grande va ancora a Carlo Granelli, per la sua capacità di saper fornire sempre un orientamento forte e saggio.



ALESSIO ZACCARIA

Prof. Dr. h.c. (Buenos Aires) Dr. jur. h.c. (Bayreuth), Professore emerito – Università degli Studi di Verona

VITA DA C...ONIUGE (IN COMUNIONE LEGALE)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La difficile vita del coniuge in comunione legale. – 3. I cinquant'anni della Riforma e l'eclissi del Diritto di famiglia. – 4. Il declino della comunione legale. – 5. Un caso emblematico: la costituzione di un fondo patrimoniale con beni caduti in comunione legale. – 6. Il conferimento nel fondo di un bene personale ex art. 179, lett. d, tale in quanto destinato all'esercizio della professione, in un momento posteriore alla cessazione della sua destinazione. – 7. È possibile costituire in fondo patrimoniale beni della comunione? – 8. Le conseguenze della costituzione di un fondo con beni della comunione: nullità o annullabilità parziale dell'atto? – 9. L'eventuale inserimento, nell'atto costitutivo del fondo, di una clausola che consente di disporre dei beni in esso conferiti senza necessità di autorizzazione giudiziale, anche in presenza di figli minori. – 10. L'emersione in concreto dei problemi sin qui enumerati in caso, ad esempio, di permuta di un bene conferito nel fondo con altro bene che i coniugi desiderino rimanga personale. – 11. Conclusioni.

1. – Debbo iniziare spiegandovi come ho scelto il titolo del mio intervento.

Nel momento in cui l'ho concepito, pensavo, com'è ovvio, al nostro festeggiato. E poiché in questa sede, cogliendo l'opportunità della sua emeritazione, ne stiamo tratteggiando una sorta di biografia, spontaneamente il pensiero è corso a una nota serie televisiva che, sempre nello stile di una biografia, ha avuto per protagonista un suo omonimo: "Vita da Carlo", appunto!

Il Carlo protagonista di questa serie, anche se ha in comune con il nostro Carlo il fatto di essere un personaggio di grande successo, è però un comico, non un giurista. Circostanza, questa, che della serie mi precludeva la possibilità di mutuare puramente e semplicemente il titolo; anche perché questa scelta avrebbe potuto suggerire che, secondo il mio punto di vista, pure il nostro Carlo è, almeno in qualche misura, un comico, il che non mi pareva francamente il caso.

E però, considerate le sue assonanze con il tema di oggi, mi piaceva l'idea di conservare, nel titolo della mia relazione, pur convertendolo al tono di un evento giuridico, un sia pure indiretto richiamo alla serie "Vita da Carlo".

Ho così ridotto "Vita da Carlo" a "Vita da C ..." e alla "C" di Carlo, dato che avevo accettato di occuparmi di diritto patrimoniale della famiglia, ho fatto seguire il richiamo alla figura generale del coniuge. *Et voilà*, il titolo è diventato "Vita da C...oniuge (in comunione legale)"!

2. – Vita, diciamolo subito, lì dove si presenti anche solo il minimo inciampo, di sicure ambascie.

Qualche esempio soltanto delle questioni che potrebbero sorgere.

Di chi è il bene usucapito grazie al possesso di un coniuge soltanto? Personale o comune?



Di chi sono le vincite alla lotteria? Una volta tanto che vinci, non sai se la vincita è solo tua o anche di tua moglie...

Di chi è il bene acquistato in forza di un preliminare concluso anteriormente all'instaurarsi della comunione?

Di chi sono le partecipazioni sociali?

Come possono essere utilizzati i proventi dell'attività separata di un coniuge? Posso farne ciò che voglio oppure no?

È possibile escludere il coacquisto? È possibile, cioè, fare sì, quando si acquista un bene, che rimanga personale anche qualora si viva in regime di comunione legale? Quarant'anni dopo la prima sentenza di Cassazione che si è pronunciata sul punto, ancora non lo sappiamo con certezza.

Si tratta, come ho detto, solo di alcuni esempi delle questioni che il coniuge in comunione legale potrebbe trovarsi nella condizione di dovere affrontare. Le norme del diritto patrimoniale della famiglia sono in verità una miniera inesauribile di problemi. Intere generazioni di giuristi debbono essere grate al legislatore della Riforma per la sterminata quantità di pubblicazioni che ha consentito di dare alle stampe.

3. – Al di là di quanto appena rilevato in ordine alla terribile problematicità della materia, a giustificare una relazione sui temi del diritto patrimoniale della famiglia, sta oltre tutto giungendo una importante ricorrenza.

La Riforma del Diritto di famiglia compie l'anno prossimo cinquant'anni.

Immagino che questa ricorrenza verrà adeguatamente celebrata, con convegni, tavole rotonde e seminari.

Immagino già i possibili titoli delle varie iniziative.

Da un abbastanza anonimo "La Riforma del diritto di famiglia cinquant'anni dopo: luci e ombre" a un certamente più intrigante "Le frontiere mobili (o nobili?) della comunione legale".

Si potrebbe pensare anche a un malaugurante "Eclissi del diritto di famiglia", come a inquietanti titoli quali "Il contatto sociale nella famiglia allargata" o addirittura "Un contatto coniugale protratto cinquant'anni".

Di tutti questi titoli, occorre però riconoscere che almeno uno potrebbe considerarsi dotato di sufficiente fondamento, e cioè "Eclissi del diritto di famiglia".

4. – Invero, il 19 aprile scorso si è svolto a Napoli un convegno dal titolo significativo: "Cosa resta del matrimonio?".

E secondo una statistica pubblicata dal Sole 24 Ore nel 2018, già all'epoca risultava che il numero delle coppie che sceglieva di mettere in comune il proprio patrimonio era sceso quasi al 25%, seguendo un *trend* senza ombra di dubbio discendente, in progressione geometrica.

Non è difficile capire perché. Evidentemente si è diffusa nella società, anche al di fuori degli ambienti giuridici, la consapevolezza del fatto che vivere in comunione legale vuole dire vivere in uno stato di costante incertezza, destinato ad amplificarsi in modo incontrollabile nel caso di crisi coniugale.

Prima ho citato alcuni dei problemi che la comunione legale suscita. Per mostrarvi come l'incertezza, dopo cinquant'anni, continui a regnare sovrana, vi proporrò ora un caso.



5. – Di solito i casi di scuola hanno quali protagonisti personaggi come Tizio e Caia. Per essere maggiormente aderenti alle situazioni che andremo a esaminare, in considerazione del fatto che partiremo dall'idea che non abbiano compiuto alcuna scelta in materia di regime patrimoniale, e perciò vivano in regime comunione, chiameremo i nostri coniugi, anziché Tizio e Caia, Improvvido e Incauta.

Orbene, Improvvido e Incauta, che, come appena detto, vivono in regime di comunione, convinti di fare una cosa buona per il loro nucleo familiare, senza rendersi conto delle sventure cui sarebbero andati incontro, decidono di costituire un fondo patrimoniale, in cui vogliono conferire la casa in cui vivono, acquistata congiuntamente dopo il matrimonio, nonché l'ambulatorio acquistato da Improvvido sempre dopo il matrimonio da solo, senza la partecipazione di Incauta all'atto.

Orbene, se la casa è sicuramente caduta in comunione, è innanzi tutto da chiedersi se l'ambulatorio sia oppure no personale. Lo potrebbe essere ai sensi dell'art. 179, lett. *d*, che esclude dalla comunione i beni che servono all'esercizio della professione del coniuge, se non fosse che il comma 2 dello stesso art. 179 chiede che l'esclusione risulti dall'atto di acquisto "se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge".

Nel nostro caso, l'altro coniuge non ha partecipato all'atto di acquisto. Quali le conseguenze?

Sulla base del dato letterale della norma, la Cassazione ha concluso che la mancanza della partecipazione comporta la caduta in comunione del bene. Al più, si è ritenuto che la partecipazione non sia necessaria quando vi sia certezza sulla provenienza di quanto utilizzato per l'acquisto, come accade ad esempio quando per l'acquisto il coniuge utilizzi denaro pervenuto per donazione, risultando i beni ricevuti per donazione esclusi dalla comunione ai sensi dell'art. 179, lett. *b*. Ma non è questo il nostro caso.

Anche se i coniugi sono probabilmente convinti del contrario, si deve dunque concludere che anche l'ambulatorio è caduto in comunione, alla pari della casa in cui i coniugi stessi vivono.

6. – Esaminiamo anche una piccola variante.

Supponiamo che all'acquisto, contrariamente a quanto abbiamo sin qui ipotizzato, avesse partecipato anche il coniuge. L'ambulatorio sarebbe rimasto certamente personale. Ma supponiamo altresì che la destinazione ad ambulatorio, prima della costituzione del fondo patrimoniale, fosse cessata. Ebbene, esistono opinioni contrastanti circa il punto se l'ambulatorio rimanga ciononostante personale. Autorevolissima dottrina (Gabrielli) afferma la caduta in comunione.

Anche in questo caso, dunque, pure se i coniugi sono probabilmente convinti del contrario, si può arrivare a concludere che anche l'ambulatorio è caduto in comunione.

7. – Oggi, come dicevamo, Improvvido e Incauta vogliono costituire in fondo patrimoniale due beni, uno, l'appartamento in cui vivono, certamente caduto in comunione e l'altro, l'ambulatorio, probabilmente pure.

Ma è possibile costituire in fondo patrimoniale beni della comunione?

Esiste una grande varietà di risposte.

Prima risposta: no, non è possibile costituire in fondo patrimoniale beni della comunione, salvo che vengano estromessi dalla comunione, estromissione peraltro possibile solo lì dove si ammetta la possibilità di scioglimenti parziali della comunione, ciò che non è per nulla sicuro possa darsi (in realtà, esisterebbe anche un modo di aggirare questi problemi: per ottenere il risultato della estromissione, si potrebbe concludere convenzione di separazione, si potrebbe quindi procedere alla costituzione del fondo e infine si potrebbe tornare al regime di comunione tramite una convenzione ulteriore).



Seconda risposta: sì, è senz'altro possibile costituire in fondo patrimoniale beni della comunione, con conseguente automatico mutamento del regime applicabile, non più quello della comunione, bensì quello del fondo patrimoniale.

Terza risposta: sì, è senz'altro possibile costituire in fondo patrimoniale beni della comunione, con conseguente assoggettamento del bene a un regime composito di comunione e di fondo (di conseguenza, ad esempio, non potrebbero essere costituiti in fondo patrimoniale i beni di cui alle lett. *c*, *d*, e dell'art. 179, considerato il divieto di allargamento della comunione legale a questi beni, di cui all'art. 210).

Ora è noto che in materia di regime patrimoniale della famiglia, a ben cercare, si trova di tutto e di più, si trova qualsiasi tesi. Ma quanto vi ho raccontato appena adesso non ho tratto da qualche fantasiosa nota di autori più o meno sconosciuti pubblicata su poco diffuse riviste: la prima tesi è di Giorgio Cian, la seconda di Giovanni Gabrielli, la terza di Tommaso Auletta.

8. – Immaginiamo allora che il fondo, a dispetto delle perplessità appena vedute, venga comunque costituito, con il conferimento in esso di due beni della comunione legale. Quali potrebbero essere le conseguenze?

Chi sposasse la tesi di Cian, potrebbe e dovrebbe concludere per la nullità dell'atto.

Qualora si sposasse, invece, una delle altre due tesi, dato che Improvvido e Incauta sarebbero stati con ogni probabilità convinti della personalità dell'ambulatorio, potrebbe essere ravvisata nella specie una volontà dei due viziata da errore di diritto, circostanza, questa, che potrebbe aprire le porte a un annullamento parziale, per la parte relativa all'ambulatorio, dell'atto costitutivo del fondo. Infatti, l'annullamento parziale, come è risaputo, non è previsto in alcun luogo, ma è comunemente ammesso, lì dove l'oggetto sia scindibile.

9. – Aggiungiamo ora un ulteriore elemento.

Siccome Improvvido e Incauta hanno un figlio, che per forza di cose dovremo chiamare Sventurato, ma vogliono ciononostante conservare una certa autonomia nella gestione del fondo, nell'atto costitutivo del fondo medesimo viene inserita una clausola che consente di disporre dei beni in esso conferiti senza necessità di autorizzazione giudiziale, anche in presenza di figli minori.

A questo proposito, dobbiamo fare i conti con quanto disposto nell'art. 169 cod. civ., ai sensi del quale, se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si può disporre dei beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice.

Ora, qualora si valorizzi l'*incipit* della norma, si può concludere che la necessità di autorizzazione giudiziale può essere derogata (e questa era l'idea di Bianca), se no si dovrebbe concludere che la derogabilità è consentita solo per l'esigenza di agire congiuntamente (e questa era l'idea di Cian).

Vi è poi stato anche chi, intrapresa questa seconda strada, ha sostenuto che la deroga alla regola dell'agire congiunto sarebbe ammissibile solo per gli atti di ordinaria amministrazione, in considerazione del principio generale di parità dei coniugi nelle decisioni da assumere nell'interesse della famiglia (Auletta).

10. – Naturalmente, tutti i problemi sin qui enumerati, che nel momento in cui il fondo è stato costituito, saranno con ogni probabilità rimasti sottotraccia, si manifesterebbero in tutta la loro complessità a fronte di una causa scatenante.



Immaginiamoci allora che la causa scatenante sia la volontà dei coniugi di permutare l'ambulatorio (ritenuto personale, ma, come dicevamo, in realtà con ogni probabilità comune) con un bene che desiderano rimanga personale.

Sorge a questo punto una domanda. Quanto si ricava dalla alienazione di un bene del fondo deve essere necessariamente destinato al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, allo stesso modo in cui al soddisfacimento dei bisogni della famiglia mira in generale un fondo?

La risposta dovrebbe essere no, non essendo stato ripreso l'art. 170 cod. civ. previgente alla Riforma, che prevedeva l'obbligo di reimpiego.

E siccome l'alienazione equivale in buona sostanza alla estromissione di un bene dal fondo, e cioè all'atto necessario per procedere a una permuta, si dovrebbe concludere per la possibilità di procedere alla permuta di cui stiamo parlando nei termini desiderati dai coniugi, e cioè per la possibilità di consentire ai coniugi di decidere per la natura personale del bene acquistato tramite la permuta.

11. – Per concludere: tutta la vicenda, considerata nel suo complesso, risulta abbastanza curiosa.

È stato costituito in fondo patrimoniale un bene ritenuto personale, ma in realtà della comunione, l'ambulatorio, che perciò risulta destinato al soddisfacimento dei bisogni della famiglia. Ma è possibile estrometterlo liberamente dal fondo, e dunque sottrarlo alla destinazione ai bisogni della famiglia, permutandolo con un altro bene che si può decidere rimanga personale di un coniuge, quando il bene originariamente costituito in fondo era comune.

In altre parole, siamo partiti da una situazione di comunione, siamo transitati per una situazione di fondo patrimoniale, in cui i beni sono vincolati al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, per giungere all'acquisto di un bene personale di un solo coniuge e da quest'ultimo liberamente disponibile.

Dicevo all'inizio che intitolare all'"Eclissi del diritto di famiglia" un convegno celebrativo dei cinquant'anni della Riforma non potrebbe essere così fuori luogo. A ben guardare, però, considerato quanto vi ho appena esposto circa l'ondeggiare della disciplina applicabile a un bene comune costituito in fondo patrimoniale da quella della comunione legale, a quella del fondo patrimoniale, a quella propria dei beni personali, anche un titolo come "Le frontiere mobili (o nobili? Come più vi piace) della comunione legale", non sarebbe poi così fuori luogo.



GIORGIO DE NOVA

Professore emerito di Diritto civile – Università degli Studi di Milano

I CONFINI ATTUALI DELL'AUTONOMIA PRIVATA: CONCLUSIONI

Il tema dei confini dell'autonomia privata è stato letto in modo diverso dai relatori che abbiamo ascoltato.

Chi ha sottolineato le potenzialità dell'autonomia, chi i suoi limiti, chi la legittimità e la opportunità dei limiti cui viene sottoposta.

La differenza di impostazione tra le relazioni suggerisce di evitare una sintesi.

Per chiudere la tavola rotonda, vorrei sottolineare due aspetti.

Innanzitutto, a me pare che oggi si debba, in tema di autonomia privata, ed in particolare in tema di autonomia contrattuale, abbandonare l'ottica domestica, superare i confini territoriali, e guardare alla prassi contrattuale internazionale.

La globalizzazione ha messo in primo piano questo tema. Ma oggi il tema va rivisitato, di fronte alla globalizzazione frammentata, e alla delocalizzazione dei rapporti cui stiamo assistendo.

Se guardiamo ai contratti internazionali in senso proprio tra parti di paesi diversi, occorre osservare che il contratto internazionale, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, non trova una disciplina adeguata, né nell'ordinamento internazionale (che ha ad oggetto i rapporti tra Stati), né negli ordinamenti statali (che hanno ad oggetto i contratti domestici).

Oggi non appare più appagante limitarsi a riconoscere alle parti, come si faceva ieri, il potere di designare come legge applicabile al contratto un ordinamento statale (ed uno soltanto, per garantire la coerenza della disciplina).

Oggi appare necessario fare riferimento ad una disciplina che non si riduce alla legge statale applicabile.

Siamo oggi in presenza di una complessità delle fonti: rileva il diritto europeo e rilevano anche le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, che incidono sul rapporto contrattuale.

I contratti internazionali sono soliti prevedere una clausola compromissoria: se la sede è l'Italia, possiamo fare riferimento all'art. 829, comma 3, c.p.c., che richiama le "regole di diritto", e (dal 30 giugno 2023) al nuovo comma 2 dell'art. 822 c.p.c., aggiunto dall'art. 3, comma 53, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, secondo cui «*le parti (...) possono indicare le norme o la legge straniera quale legge applicabile al merito della controversia. In mancanza, gli arbitri applicano le norme o la legge individuata ai sensi dei criteri di conflitto ritenuti applicabili*».

Espressioni dalle quali emerge che "le regole di diritto", le "norme" da applicare non si riducono ad una legge statale applicabile.



Si apre un vasto scenario di normative applicabili, che vanno oltre la legge statale applicabile.

Pensiamo innanzitutto alla *soft law*, e iniziamo dalle previsioni sul contratto in generale.

Vengono in primo piano gli UNIDROIT *Principles on International Contracts* del 2016, che si applicano non solo quando le parti fanno riferimento ad essi, ma anche quando fanno generico riferimento alla *lex mercatoria*: e gli arbitri sono propensi a ricorrere ad essi, più che non i giudici togati.

Le formule sopra ricordate della disciplina dell'arbitrato con sede in Italia danno fondamento a questa propensione degli arbitri.

Se poi passiamo ai singoli contratti, la rilevanza della *soft law* è ancora maggiore: pensiamo alle FIDIC per i contratti di costruzione e agli *Incoterms* per la compravendita e il trasporto di merci.

La necessità di considerare una pluralità di fonti vale anche per i contratti domestici tra parti italiane e assoggettati al diritto italiano, ma redatti sulla base di modelli di *common law*: contratti, questi ultimi, che come sapete ho chiamato «contratti alieni», una formula che è piaciuta alla Corte Suprema, con una sentenza in tema di clausola *russian roulette* (Cass. n. 22375/2023), commentata nella prima giornata dei lavori, in cui si legge: «*la tematica relativa alla validità ed efficacia delle clausole volte a superare situazioni di stallo societario, che rischiano di compromettere l'impresa economica e determinare la liquidazione della società per impossibilità del raggiungimento del suo scopo, emerge, come spesso avviene con riferimento a clausole negoziali e contratti di natura atipica, nell'esperienza nordamericana, da lì diffondendosi nei paesi di civil law, fino ad entrare nella prassi applicativa del nostro ordinamento.*

Il tema, sotto un profilo più generale, non è nuovo ed è stato indagato dalla più autorevole dottrina sotto l'espressione «contratto alieno», cioè quel contratto pensato e scritto sulla base di un modello diverso dal diritto italiano, derivante dalla common law anglosassone, contenente clausole redatte secondo le drafting techniques anglo-sassoni, per le quali occorre indagare la loro compatibilità con i principi fondanti del nostro ordinamento».

La nostra Suprema Corte si confronta così con ordinamenti stranieri, con un atteggiamento che a me pare corretto.

In altri casi, invece, la Corte Suprema di Cassazione è incerta sulla recezione di istituti stranieri. Così nel 2021, con la sentenza n. 16743, di fronte ad un locatore che per sette anni si era astenuto dal chiedere il pagamento del canone, aveva statuito che la *Verwirkung* «*costituisce un istituto idoneo a venire in gioco, anche nel nostro ordinamento, allorché appunto si prospetti un abusivo esercizio del diritto dopo una prolungata inerzia del creditore o del titolare di una situazione potestativa che per lungo tempo è stata trascurata e ha ingenerato un legittimo affidamento nella controparte. In tal caso, a seconda delle circostanze, può ravvedersi, nel tempo, un affidamento dell'altra parte nell'abbandono della relativa pretesa, idoneo come tale a determinare la perdita della situazione soggettiva nella misura in cui il suo esercizio si riveli un abuso.*

Con l'ordinanza n. 11219/2024 la Corte Suprema, in un caso in cui il locatore si era astenuto dal chiedere 52 canoni, ha statuito che «*nel nostro ordinamento non può darsi ingresso in via generale al principio della Verwirkung*» (con buona pace della giustizia predittiva ...).

La necessità di considerare una pluralità di fonti è vera non solo per il contratto internazionale e per il contratto a modello internazionale, è vera anche per il contratto meramente domestico di qualche importanza.

In presenza di una pluralità di fonti, interne e sovranazionali, di diverso livello, ed alla applicazione che ne fa la giurisprudenza (vengo ora al secondo aspetto che vorrei sottolineare) a me pare sia ne-



cessario abbandonare una logica «codice-centrica», non concentrare gli sforzi su possibili aggiornamenti del nostro codice (l'esperienza recente tedesca e francese non pare entusiasmante) o su codici civili europei, per prendere atto che il codice rimane sì il grande indice del diritto privato nei paesi di *civil law*, ma è appunto un indice che va completato e integrato con le altre fonti, con la normativa delle autorità indipendenti, con la *soft law*, con la prassi contrattuale, con la giurisprudenza.

Ma se è così, occorre porsi una questione di metodo, e tornare a discutere quale sia oggi il *Beruf* di noi civilisti.

A me pare che si debba guardare a ciò che facevano i giuristi continentali prima delle codificazioni, quando accanto al *Corpus Iuris* vivevano le fonti consuetudinarie, e la giurisprudenza, locale e non.

Partiamo dall'olandese Vinnius, che nella *dedicatio* che apre la sua opera *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus, et Forensis* del 1642 scrive che alla interpretazione delle Pandette «*adiunxi etiam Patriæ nostræ iura propria, aliarumque regionum peculiaria instituta, & cætera quæ nunc passim usu judiciorum certo recepta sunt, ab illo scripto Romanorum jure longe discrepantia: qua quidem ex re non parum præsidii, constantiæque & iudicii statim capere poterunt, qui mox in foro atque inter causarum discrimina versabuntur*». Dunque, accanto alle Istituzioni, il diritto locale, e la prassi delle corti.

Passiamo al tedesco Samuel Stryk, che intitola la sua opera, iniziata nel 1690, *Specimen Usus Moderni Pandectarum* (si noti il plurale «*usi*»), così introducendo la formula poi divenuta corrente di «*Usus Modernus Pandectarum*».

Veniamo poi all'olandese Voet, che nel 1698 pubblica il «*Commentarius ad Pandectas in quo præter Romani Juris principia ac controversias illustriores jus etiam hodiernum et præcipue fori quaestiones excutiuntur*», il cui sottotitolo già indica l'attenzione alla prassi delle corti.

Concludiamo con il sassone Johann Heinrich De Berger, che nel 1712 pubblica *Oeconomia juris, ad usum hodiernum accommodati*, che raccoglie in modo sistematico il diritto privato in quel momento applicabile, nelle sue tre componenti, «*legislatoria*», «*consultativa*» e «*iudiciaria*», considerando quest'ultima come «*romano-germanica*» (si veda l'inizio del primo titolo del primo libro).

Oggi occorre fare ordine fra tutte le fonti che rilevano per l'autonomia privata.

Occorre pensare ad un nuovo *Usus Modernus Pandectarum*, in cui, accanto al codice civile (che possiamo per un momento porre sullo stesso piano del *Corpus Iuris*) occorre considerare tutte le altre fonti, per ricomporre l'insieme a sistema.



GIORGIO DE NOVA

Professore emerito di Diritto civile – Università degli Studi di Milano

IL VALORE ATTUALE DEL DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI NEL PASSAGGIO GENERAZIONALE DEL PATRIMONIO*

Ricostruiamo il quadro normativo sul divieto dei patti successori in diritto italiano.

L'art. 458, con rubrica "Divieto di patti successori" così dispone: *«fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi»*.

A parte la premessa, di cui diremo tra poco, l'art. 458 è composto di due norme che conviene considerare separatamente, perché è diversa la loro *ratio*.

La prima norma dispone la nullità di *«ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione»*.

Perché un soggetto non può disporre della propria successione con una convenzione con un altro soggetto (perché, dunque, è nullo il patto successorio c.d. istitutivo)?

Perché il diritto italiano appartiene alla famiglia romanistica, nella quale *«l'eredità si devolve per legge o per testamento»* (art. 457, comma 1, cod. civ.), e non invece per contratto.

A differenza dei sistemi della famiglia germanica, nei quali è consentito l'*Erbvertrag*, il contratto successorio.

Così il § 1941, 1° BGB dispone:

«Der Erblasser kann durch Vertrag einen Erben einsetzen, Vermächtnisse und Auflagen anordnen (Erbvertrag)». (La persona, della cui successione si tratta, può mediante contratto istituire un erede, nonché disporre legati ed oneri (contratto successorio).

Così l'art. 494, 1° Codice civile svizzero dispone: *«Il disponente può obbligarsi, mediante contratto successorio, a lasciare la sua successione od un legato alla controparte o ad un terzo»*.

Ma, detto che ammettere o escludere il contratto successorio è una scelta dell'ordinamento, perché il nostro lo esclude?

Perché si ritiene che la persona della cui successione si tratta non debba essere condizionata da impegni presi con terzi e debba essere sempre libera, sino all'ultimo, di disporre della propria successione: e dunque che solo il testamento, libero e sempre revocabile, possa essere ammesso.

* Relazione tenuta l'8 ottobre 2025 al convegno *«Strumenti giuridici per la pianificazione del passaggio generazionale»* organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Milano.



La seconda norma prevista dall'art. 458 dichiara nullo ogni atto con cui un soggetto dispone o rinuncia ai diritti che gli possono spettare su una successione altrui non ancora aperta (c.d. patti successori dispositivi o rinunziativi).

Perché questo divieto?

Perché si vuole evitare una contrattazione immorale sui diritti derivanti dalle morte di altri, e, se a titolo gratuito, il rischio di atti poco avveduti.

Veniamo ora alla premessa all'art. 458, che fa salvo quanto disposto dagli artt. 768-*bis* ss., e cioè la disciplina del patto di famiglia, il contratto con cui «*l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, le proprie le proprie quote, ad uno o più discendenti*».

Si discute se il patto di famiglia, introdotto nel 2006, costituisca davvero una deroga al divieto dei patti successori, ma quel che importa osservare è che esso non ha, in concreto, saputo risolvere il problema di trasmissione del patrimonio aziendale dell'imprenditore.

La necessità che l'azienda o la partecipazione venga trasmessa all'interno della famiglia, la necessità della partecipazione al contratto del coniuge e di tutti i legittimari, e la difficoltà economica per gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie di liquidare gli altri partecipanti hanno reso poco percorribile il patto di famiglia, come testimonia lo scarso numero di pronunce al riguardo.

Il quadro normativo va integrato con la normativa comunitaria.

L'art. 25 del Regolamento 12/650/UE (“Regolamento successioni”) stabilisce che un patto successorio avente ad oggetto la successione di una persona è disciplinato dalla legge che sarebbe stata applicabile alla successione di tale persona se questa fosse deceduta il giorno della conclusione del patto, ed in base all'art. 21 del Regolamento la legge applicabile è quella della residenza abituale.

Di conseguenza al patto successorio è applicabile la legge dello stato in cui la persona ha la residenza al momento della conclusione del patto.

In forza di queste disposizioni se un cittadino italiano oggi ha la residenza in Germania e stipula un patto successorio, dato che la legge tedesca ammette la validità dell'Erbvertrag il patto è valido anche per diritto italiano.

E sarà valido anche se domani il cittadino italiano trasferisce la sua residenza abituale in Italia, e domani si aprisse la sua successione.

Infatti, «*il Regolamento intende evitare che il trasferimento della residenza abituale pregiudichi la validità di una disposizione mortis causa effettuata in conformità alla legge della residenza abituale precedente*» (A. BONOMI-P. WAUTELET, *Il Regolamento europeo delle successioni. Commentario al Reg. UE 650/2012 applicabile dal 17 agosto 2015*, Giuffrè, Milano, 2015, 18).

A parte questa apertura comunitaria, il divieto dei patti successori rimane fermo.

Ciò in una situazione in cui la successione testamentaria si trova di fronte alla difficoltà che deriva dall'età sempre più avanzata in cui una persona fa testamento con la conseguente maggiore esposizione a condizionamenti esterni impropri. Ed in una situazione in cui la successione legittima si trova di fronte ad una “famiglia” lontana dalla famiglia che aveva in mente il codice del 1942. Ricordo che Luigi Mengoni¹ condivideva il parere di Denis Lebrun, autore di un celebre trattato settecentesco sulle successioni secondo cui all'uomo virtuoso si addice la sottomissione dei suoi ultimi desideri alle leggi della sua Patria e non la pretesa di far regnare i propri capricci.

¹L. MENGONI, *Conclusioni al Convegno “Successioni mortis causa e mezzi alternativi di trasmissione della ricchezza*, in *Jus*, 1997, 311.



Questo atteggiamento di favore per la successione legittima, giusto o sbagliato che sia in astratto, oggi va valutato in relazione alla tradizionale individuazione dei successibili.

Occorre, cioè, chiedersi se l'elenco dei successibili risponda alle esigenze di oggi.

Può essere utile, ai fini del ragionamento, riportare l'elenco dei beneficiari del fondo in favore dei familiari delle vittime di eventi dannosi derivanti da cedimenti di infrastrutture stradali o autostradali (art. 2, comma 4, legge 15 aprile 2025, n. 63).

Eccolo:

«4. L'elargizione di cui al comma 2 è assegnata e corrisposta per ciascuna vittima ai membri della famiglia individuati secondo il seguente ordine:

a) il coniuge superstite, con esclusione del coniuge rispetto al quale sia stata pronunciata sentenza anche non definitiva di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, e i figli se a carico;

b) i figli, in mancanza del coniuge superstite o nel caso di coniuge rispetto al quale sia stata pronunciata sentenza anche non definitiva di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio;

c) l'altra parte dell'unione civile ovvero la persona stabilmente convivente legata da relazione affettiva ai sensi dell'articolo 1, comma 36, della legge 20 maggio 2016, n. 76;

d) i genitori;

e) i fratelli e le sorelle se conviventi a carico;

f) i parenti o affini fiscalmente a carico nei tre anni antecedenti l'evento;

g) i fratelli e le sorelle non conviventi».

Di fronte a questi mutamenti di contesto, sia quanto alla successione testamentaria sia quanto alla successione legittima, non sorprende che sia stata formulata una proposta di abolizione o quanto meno di riduzione del divieto dei patti successori.

Nel 2019 è stato infatti presentato al Senato un disegno di legge avente ad oggetto la «*Delega al Governo per la revisione del codice civile*», che all'art. 1 a) prevedeva che il Governo è delegato ad adottare un decreto legislativo nel rispetto del seguente principio e criterio direttivo: «*consentire la stipulazione di patti sulle successioni future intesi alla devoluzione dei beni del patrimonio ereditario in essi determinati ai successori ivi indicati, ovvero a permettere la rinuncia irrevocabile di successibili alla successione generale o in particolari beni, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli articoli 536 e seguenti del codice civile*».

Ma non se ne è poi fatto nulla.

In questa situazione si comprende il tentativo della prassi di escogitare strumenti alternativi al testamento per disporre della propria successione al fine di evitare controversie tra coeredi, e ciò con particolare riferimento a patrimoni produttivi, la cui valutazione è notoriamente opinabile.

Ma il divieto dei patti successori permane in vigore, e conviene innanzitutto esaminare come viene interpretato dalla giurisprudenza, e considerare una serie di casi in cui la giurisprudenza esclude o invece ritiene che operi il divieto.

Sin dal 1995 la Corte di cassazione (Cass. 16 febbraio 1995, nr. 1683) ha elaborato una massima che precisa quali circostanze occorre accertare per stabilire se un patto sia nullo ex art. 458 cod. civ., massima poi ripresa in sentenze successive: da ultimo Cass. 9 maggio 2025, n. 12268.

La “check list” è la seguente: «1) se il vincolo giuridico con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraen-



ti come entità della futura successione o debbano comunque essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così, dello “ius poenitendi”; 4) se l’acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento, dal promittente al promissario, debba avere luogo “mortis causa”, ossia a titolo di eredità o di legato».

La check list è relativa a tutti i patti successori, ma preferisco concentrarmi sull’applicazione che la Corte di cassazione ha dato ai patti con cui il soggetto della cui successione si tratta ha disposto della propria successione, considerando alcuni patti validi, ed altri invece nulli.

Un primo caso.

Due coniugi stipulano un accordo in base al quale in caso di morte pressoché contemporanea dei predetti, il 50% degli utili derivanti dall’attività di impresa esercitata dal marito sarebbero passati ad entrambi i rispettivi figli nella egual misura del 50%, prevedendosi altresì che detto accordo non poteva essere modificato senza il consenso e la firma di entrambi i contraenti.

Si tratta di un patto successorio nullo?

La Corte di cassazione 21 novembre 2017, n. 27624 statuisce di sì, perché in tale modo i coniugi provvedono alla propria successione, accettando di sottoporsi ad un vincolo giuridico che li priva dello *ius poenitendi*.

Un secondo caso.

Ti dono la mia partecipazione nella società S se muoio prima di te.

La donazione è valida, perché ha oggetto determinato, è irrevocabile, e la morte è solo condizione di efficacia (così Cass. 13 dicembre 2023, n. 34858).

Un terzo caso.

Un padre ha tre figli.

Può vendere la sua partecipazione nella società S al figlio A per 100, prezzo da pagare in momento successivo e fare testamento istituendo eredi i figli B e C, e prevedendo a favore di A solo la rinuncia al credito per il prezzo delle azioni?

La Corte di cassazione, con sentenza 9 maggio 2025, n. 12268 ha detto di sì, perché il trasferimento delle azioni ha effetto immediato, e non integra un atto *mortis causa*.

Per completezza esaminiamo alcune recenti pronunce del Supremo Collegio che riguardano patti su successione altrui.

Un primo caso.

I genitori hanno fatto donazioni ai figli di diverso valore.

I genitori e i figli sottoscrivono una scrittura volta a riequilibrare le rispettive situazioni patrimoniali dei figli nell’ottica della futura successione dei genitori con rinuncia dei figli a contestare le donazioni ricevute.

La sentenza della Corte d’appello di Milano, che aveva ritenuto trattarsi di un patto successorio, viene cassata con ordinanza 9 gennaio 2024, n. 722, perché la Corte d’appello non aveva verificato se i genitori avessero inteso disporre della propria successione, e se l’accordo tra i figli investisse i diritti spettanti sulla successione dei genitori.



Un secondo caso.

Una madre ed una figlia transigono sulla successione paterna, e la figlia rinuncia a contestare la destinazione dei beni paterni della madre al fratello.

La Corte di cassazione, con sentenza 5 gennaio 2024, n. 366 ha statuito la nullità della transazione, perché la sorella ha così rinunciato a diritti che le potevano derivare dalla successione materna, non ancora aperta.

Nel complesso la Corte di cassazione mostra una crescente apertura al riconoscimento di strumenti alternativi al testamento e di patti dispositivi e rinnovativi e rinunziativi e il criterio fondamentale adottato per stabilire se si tratti di patto valido o nullo è se la morte incide sul piano causale o sul piano effettuale quale termine o condizione.

La Cassazione, riprendendo il noto insegnamento di Giampiccolo² così statuisce (si veda l'ordinanza 9 gennaio 2024, n. 722): «questa Corte ha chiarito che, in tema di patti successori, l'atto mortis causa, rilevante gli effetti di cui all'art. 458 c.c., è esclusivamente quello nel quale la morte incide non già sul profilo effettuale (ben potendo il decesso di uno dei contraenti fungere da termine o da condizione), ma sul piano causale, essendo diretto a disciplinare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione, sicché la morte deve incidere sia sull'oggetto della disposizione sia sul soggetto che ne beneficia: in relazione al primo profilo l'attribuzione deve concernere l'id quod superest, ed in relazione al secondo deve beneficiare un soggetto solo in quanto reputato ancora esistente al momento dell'apertura della successione (Cass. Sez. 2 – Sentenza n. 18198 del 02/09/2020)».

Si tratta, si noti, di uno schema argomentativo che di recente ha portato la Cassazione con ordinanza 21 luglio 2025, n. 20415, a considerare valida una scrittura privata stipulata prima delle nozze tra nubendi con cui il marito si impegnava, in caso di separazione, a restituire alla moglie quanto questa aveva speso per ristrutturare l'abitazione coniugale, e ciò argomentando che la separazione non è la causa dell'accordo, ma la condizione sospensiva dell'efficacia.

Un ultimo rilievo: l'apertura a strumenti alternativi al testamento non significa elusione dei principi fondamentali del diritto successorio, primo fra tutti nel nostro sistema la tutela dei legittimari.

Non per nulla uno strumento alternativo fra i più importanti, *il trust*, deve essere rispettoso del diritto dei legittimari (art. 15, 1, lett. c, Convenzione dell'Aja). La Suprema Corte, con ordinanza 17 febbraio 2023, n. 5073, ha anche di recente statuito che il *trust* che leda il diritto dei legittimari non è nullo, ma soltanto inefficace, e oggetto dell'azione di riduzione (a seconda dei casi nei confronti del *trustee* o dei beneficiari³).

²G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento, contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, 1954, 36 ss.

³La Corte riprende considerazioni da me svolte in www.academia.edu.



LUCA GHIDONI

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto privato – Università degli Studi di Parma

LA ‘LEGITTIMAZIONE’ A RICEVERE PER TESTAMENTO E LA PATOLOGIA DELLA DISPOSIZIONE TESTAMENTARIA A FAVORE DEI SOGGETTI SFORNITI DI LEGITTIMAZIONE*

SOMMARIO: 1. Il metodo eccellente di Luigi Cariota Ferrara. – 2. Una questione di postulati: la Capacità (di ricevere). – 3. Dalla capacità (di succedere) alla legittimazione (a ricevere). – 4. La prova, “in controluce”, della tesi della legittimazione (a ricevere). La delazione ereditaria. – 5. La negazione della ‘nullità relativa’ come esempio di rivoluzione ortodossa, e manifesto del significato di Giurista.

1. – «Riteniamo che tocchi, non la *capacità*, ma la *legittimazione* ogni limite che sia posto con riferimento alla particolare relazione tra l’ereditando e il successibile: invero, in tali casi, non vi è mancanza di attitudine a succedere, ma vi è mancanza o limitazione di attitudine solo rispetto ad una specie di successione o rispetto ad una determinata persona»¹.

Capacità, legittimazione; qualità², qualificazione³. Concetti, strutture, e strutturazione di concetti. Dialoghi, che hanno appassionato e affaticato la Civilistica del Secolo breve, raggiungendo «vette mai più toccate»⁴, pur senza vellicare, almeno fino all’epifania repubblicana costituzionale, controversie sul metodo, «poiché tutti si riconoscevano nel positivismo, nell’unità dei codici, nel sistema dei concetti»⁵.

Il dibattito, che insisteva sulle categorie, sugli assiomi e sulle dinamiche di movimento e reazione dell’ordinamento giuridico – conservando l’impronta umana, soggettiva, di un ragionamento raziona-

* Contributo destinato al volume *Luigi Cariota Ferrara*, nella cornice della collana *I Maestri italiani del diritto civile*, edita da ESI.

¹ L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, vol. I, *Parte generale*, t. III, *L’eredità – Il legato – Acquisto – Perdita*, Napoli, 1961, 69 ss.

² In merito alla funzione dommatica della ‘qualità’ – di azioni, cose o persone – resa in termini di segno evocatore nella cornice di «una timida e cauta *forma di simbolismo giuridico*», si legga N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 25 ss., spec. 29.

³ Circa il dibattito relativo all’inquadramento della legittimazione nel più ampio concetto di ‘qualificazione’, si vedano le considerazioni offerte da L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., 69 s., nota 80.

⁴ N. IRTI, *Intervista sul diritto privato, Dieci domande di Natalino Irti a Luigi Cariota Ferrara, Leonardo Coviello, Adriano De Cupis, Angelo Falzea, Giuseppe Ferri, Remo Franceschelli, Michele Giorgianni, Gino Gorla, Cesare Grassetti, Giuseppe Mirabelli, Ugo Natoli, Giorgio Oppo, Francesco Santoro-Passarelli, Alberto Trabucchi*, Padova, 1988, 111.

⁵ N. IRTI, *Postilla*, in *Intervista sul diritto privato*, cit., 112.



le, oggi attratto nell'orbita dell'inaccessibile suggestione algoritmica – era alimentato da Pensatori formati, fin dagli esordi, da studi «molto severi ed ordinati»⁶.

La traccia scientifica di Luigi Cariota Ferrara⁷, esponente di primissimo piano di una fulgida generazione di Giuristi⁸, militanti del metodo logico applicato al Diritto, celebra orgogliosamente questa rigorosa tradizione, visibilmente esposta verso le riflessioni d'oltralpe, e con chiare inclinazioni germanistiche.

Un tratto formativo netto, ben distinguibile, scolorito nel tempo e dai tempi, ma di cui si rivendicava l'efficacia e la bontà, fino al punto di tradire, nell'asciutta, fredda e lacunosa confidenza resa, ottuagenario, a Natalino Irti, una malinconica dolia ricordando l'epoca in cui, nel Diritto civile, dominava «un metodo eccellente», «positivistico ed insieme comparato», e alla luce del quale la letteratura giuridica della fine del secolo sembrava «avere minore profondità e soverchia ispirazione a motivi extra giuridici»⁹.

In questa cornice ideologica ben definita, si adagia anche la posizione, assunta dall'insigne Maestro, in merito alla distinzione fra legittimazione e capacità; una cornice intrisa di studio, se non di culto, del 'Sistema', inteso come garanzia imprescindibile per la definizione dei rapporti giuridici, per la loro effettività, per la stabile prevedibilità delle conseguenze determinate dall'avveramento scientifico di un reticolato interconnesso di fattispecie.

2. – Sforzandosi di proseguire, pur con inevitabile approssimazione, lungo la prospettiva che anima l'amalgama dei pensieri di Luigi Cariota Ferrara, è evidente che ogni valutazione sul tema indagato sia condizionata dagli assiomi elevati a riferimento.

Per detta ragione, sembra utile riproporre una definizione di capacità di succedere coeva all'opera indagata, e certo germinata all'ombra dei medesimi presupposti culturali, secondo la quale «la capacità di succedere a causa di morte è l'attitudine ad essere soggetto destinatario di attribuzione patrimoniale *causa mortis*, epperò a subentrare nella titolarità dei rapporti giuridici già facenti capo a una persona defunta. Essa, come tale, è espressione della capacità giuridica della persona, che invero si acquista con la nascita (art. 1 cod. civ.) e si perde con il cessare della stessa esistenza, cioè con la morte. È perciò che il legislatore, nel disciplinare all'art. 462 cod. civ. la capacità di succedere (delle persone fisiche), dichiara senz'altro capaci di succedere “tutti coloro che sono nati al tempo della apertura della successione”. Data la “nascita”, invero, epperò l'esistenza al tempo dell'apertura della successione, si ha capacità di succedere; questa è dipendente da quella»¹⁰.

⁶ L. CARIOTA FERRARA, in N. IRTI, *Intervista sul diritto privato*, cit., 5.

⁷ Per un ritratto incisivo dei lineamenti di Luigi Cariota Ferrara, nella sua estesa dimensione di giurista, si leggano le puntuali parole di P. PERLINGIERI, *I negozi sul patrimonio altrui di Luigi Cariota Ferrara, sessanta anni dopo*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 375, che così lo tratteggiano: «In questo ricordo a più voci di Luigi Cariota Ferrara mi era stato affidato il compito di trattare il periodo giovanile del Maestro, quello certamente più impegnato, denso di studi e di spunti sorprendentemente maturi ed ad un tempo freschi e intelligenti, caratterizzati da un grande amore per la ricerca, dallo stile scintillante e piacevole, quale indissolubile manifestazione di una personalità dotata della consapevolezza del suo valore, dal forte rispetto per l'Accademia e per i suoi protagonisti».

⁸ Fra i quali, come osserva P. PERLINGIERI, *I negozi sul patrimonio altrui di Luigi Cariota Ferrara, sessanta anni dopo*, cit., 376, Luigi Cariota Ferrara spiccava per «una *vis* polemica e argomentativa, una capacità dialettica ed un'apertura al dialogo, sia pure sempre aristocraticamente concepito, che di lui fa uno degli interlocutori più temibili della dottrina dell'epoca». *Vis polemica* che, però, come puntualmente rileva P. RESCIGNO, *Gli 'Scritti minori' di Luigi Cariota Ferrara*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 520, «non si risolve mai in un tono aspro ed intollerante».

⁹ L. CARIOTA FERRARA, in N. IRTI, *Intervista sul diritto privato*, cit., 5.

¹⁰ L. COVIELLO JR., voce *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, s. d., ma 1960, 54.



Il postulato, senz'altro condivisibile, è un punto fermo della materia ereditaria. Materia d'indole conservatrice, poco incline a stravolgimenti, anche 'solo' interpretativi, quasi a pallida somiglianza del fenomeno che governa (*rectius*, che esorcizza); e forse questa è la ragione per la quale non stupisce ritrovare il medesimo stile compositivo negli affreschi contemporanei più attenti e autorevoli¹¹, che segnano una linea di stabile continuità rara, per certi versi unica, senz'altro ammirevole.

Se la premessa è dunque condivisa, ciò che stupisce è la divaricazione vissuta dalle sue derivazioni immediate, ben incastonate dall'incedere sicuro di un passaggio, dotato della forza assertiva propria del metodo logico-deduttivo: «al pari di quanto ha luogo in generale che, nonostante la capacità giuridica (generale) della persona, in quanto tale, possa essere esclusa la possibilità di titolarità di un dato tipo di rapporto giuridico per cause dalla legge stabilite (ad esempio, l'età, quanto al rapporto di lavoro: art. 3), così possono darsi cause che, operando a carico di chi si trovi in date condizioni, escludano o limitino la capacità di succedere con riferimento ad un dato concreto fenomeno successorio (v., ad esempio, art. 541 cpv. c.p. e art. 592 ss. cod. civ.). Si avrà in tali ipotesi una limitazione alla generale capacità di succedere; vale a dire una causa di incapacità di succedere in relazione a quel concreto fenomeno successorio, riflettente cioè una data persona defunta»¹².

A ben guardare, l'affermazione di Leonardo Coviello *jr.* non è, in quanto tale, in contrasto con quanto sostenuto da Cariota Ferrara; non di meno, l'esplicito e uniformante richiamo delle disposizioni, racchiuse negli artt. 592 ss.¹³, senza alcuna distinzione di sorta, finisce, di primo acchito¹⁴, per attrarre l'intero tema delle ragioni ostative all'acquisto ereditario nell'orbita del binomio capacità/incapacità, così come suggerito, d'altronde, dall'intitolazione dell'intero Capo III delle disposizioni dedicate alle successioni testamentarie, riservato, appunto, alla *capacità* di ricevere per testamento.

L'afflato gius-positivistico è evidente, così come l'intento sinergico, e al contempo conformativo: l'ordito finale è una ricostruzione aderente al dettato legislativo, che esce rafforzato dalla rilettura raffinata del giurista, votato a ricondurre coerentemente a sistema la linea, pur talvolta frastagliata, tracciata dal legislatore, riempiendone di contenuto il perimetro concesso.

¹¹ Per G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, XII ed., Torino, 2025, 49 s., «la capacità di succedere a causa di morte è espressione, o profilo, della capacità giuridica generale, che si acquista con la nascita (art. 1). La norma esclude ogni anticipazione della capacità di diritto rispetto alla nascita, e disciplina soltanto il regime dei diritti attribuiti in vista e per l'eventualità della nascita, e dell'amministrazione dei relativi rapporti; questo dato non cambia neppure alla luce dell'art. 1, primo comma, della L. n. 40/2004, relativo alla procreazione medicalmente assistita, che è sembrato riconosca la soggettività anche al "concepito".

La capacità giuridica generale va intesa come attitudine della persona a essere titolare di diritti e doveri; la capacità di succedere, a sua volta, è l'idoneità a essere destinatario di attribuzioni *mortis causa*. Essa è l'attitudine, anzitutto, a divenire titolare del diritto di subentrare nei rapporti giuridici facenti capo a un soggetto, il quale, morendo, li trasmette».

¹² L. COVIELLO JR., voce *Capacità di succedere a causa di morte*, cit., 54

¹³ Disposizioni che, come rileva A. ZACCARIA, *Del permanente e del transeunte. Per gli ottant'anni del Codice civile. Sul libro secondo: Delle Successioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, II, 268, sono state interessate da «un fenomeno di progressiva "erosione", similmente a quanto accaduto con riguardo al blocco degli artt. 574-579 in materia di successione legittima».

¹⁴ La distinzione dei concetti di capacità di succedere e capacità di ricevere per testamento è esaminata puntualmente nella voce successiva (L. COVIELLO JR., voce *Capacità di ricevere per testamento*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, s. d., ma 1960, 64 ss.). Di nuovo, la premessa muove dal concetto di capacità: «ogni soggetto (persona fisica o persona giuridica) in quanto tale, perché esistente, è capace di succedere, essendo la capacità di succedere estrinsecazione e manifestazione della capacità giuridica. Ora chi è capace di succedere è, per ciò stesso, in linea di principio, capace di ricevere per testamento. Invero altro non è la capacità di ricevere per testamento che capacità di succedere *ex testamento*, vale a dire capacità di conseguire quanto da altri possa e si è fatto oggetto di attribuzione a titolo di eredità o di legato a nostro favore».



In questo senso, l'opera di Cariota Ferrara, pur nel medesimo solco metodologico, segna, insieme ad altre altissime voci¹⁵, una rivoluzione silenziosa, fatta di fede nei medesimi crismi scientifici, ancorati al dettato legislativo, ma caratterizzati da una maggiore indipendenza intellettuale; o forse, più correttamente, da una più accesa inclinazione verso quella moderna necessità di interpretazione sistematica, che, successivamente – sotto il peso di spinte teleologiche innovative acute, ben più caotiche (e assai meno rigorose) –, detterà le metamorfosi dell'ordinamento giuridico, ancor più evidente agli albori del nuovo millennio¹⁶.

Nonostante l'uniformità granitica del dettato legislativo, anche nella riflessione del Maestro si fa viva la scintilla della riflessione critica, che, però, si muove seguendo un incedere pacato e attentamente ponderato, eppur risolutamente diretto verso la soddisfazione della necessità di specificare ciò che presenta caratteri peculiari, di distinguere ciò che è diverso, a prescindere dalla forza, necessariamente aggregante, delle categorie fissate per legge.

All'interno dello spazio, autoritativamente assegnato alla capacità di succedere, viene così ricavata l'intercapedine della legittimazione, aprendo una frattura nel dogma (napoleonico, soltanto ideale) della necessaria aderenza alla *vox iuris*, alla volontà inequivoca del legislatore, fatta palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla sua intenzione.

3. – In merito alla capacità di succedere, il quadro dogmatico contemporaneo è poco increspato, riposando su alcuni capisaldi generalmente condivisi.

Non di meno, sebbene codesta, «secondo l'opinione corrente»¹⁷, altro non sia, àncora oggi, che un aspetto della più generale capacità giuridica, allo stesso tempo sembra senz'altro corretto affermare che il concetto di capacità di succedere «deve necessariamente distinguersi da quello di capacità giuridica, sembrando inadeguato il limitarsi a trattare la prima come espressione della seconda»¹⁸. Descrivere tale capacità come l'idoneità del soggetto ad essere titolare del diritto di succedere *mortis causa* è, a ben vedere, poco significativo, rivelandosi nient'altro che una declinazione, casistica, del concetto di capacità giuridica.

D'altro canto, se circoscritte in questi confini, la sostanziale identità delle due nozioni non vacilla nemmeno ove si esalti la sensazione di incongruenza dovuta all'accostamento dell'art. 1 all'art. 462 cod. civ., che potrebbe suggerire una straniante anticipazione, della capacità a succedere – riconosciuta anche in capo a persone non àncora nate –, rispetto alla capacità giuridica. Ove, infatti, si rifletta in termini funzionali, l'estensione descrittiva, offerta dall'art. 462 cod. civ., ha pregio e rilievo, non tanto in relazione alla fase di acquisto del diritto ereditario, per la quale la capacità giuridica è presupposto evidente e indispensabile, bensì con riferimento alla profondità, applicativa, della eccezionale capacità di disporre annodata al negozio testamentario.

Più che ampliare la capacità di acquisto, la norma, estrapolata dall'art. 462 cod. civ., espande la facoltà di disporre, consentendo, espressamente, di contemplare, nel momento perfezionativo della pia-

¹⁵ Fra queste, si ricordino, almeno, quelle di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 230 e di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 193.

¹⁶ D'altra parte, come efficacemente afferma P. PERLINGIERI, *I negozi sul patrimonio altrui di Luigi Cariota Ferrara, sessanta anni dopo*, cit., 375, Luigi Cariota Ferrara era dotato «di una personalità scientifica dai tratti unici ispirata ad un comportamento equilibrato ed eclettico senza sbavature ed eccessi dovuti alla moda del momento».

¹⁷ A.V. NATALE, *La capacità di succedere delle persone fisiche*, in AA.VV., *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 878.

¹⁸ A.V. NATALE, *La capacità di succedere delle persone fisiche*, cit., 879.



nificazione successoria testamentaria, persone non nate, e nemmeno concepite; in sostanza, consente di beneficiare desiderî e speranze, sotto rigorosa condizione della loro realizzazione, eliminando in radice ogni dubbio di sorta in merito ai prodigiosi spazi riservati, dal Codificatore, all'autonomia privata in funzione testamentaria, che non soggiace nemmeno alla necessità dell'esistenza futura, certa, degli individui, verso i quali si protende.

Per tali ragioni, il senso di insoddisfazione, che sospinge la riflessione sulla capacità di succedere, intesa nella sua tratteggiata lettura restrittiva, è sicuro, e, probabilmente, spiega il successo delle critiche più celebri al suo impianto, divenute tradizionali, se non addirittura classiche, rimarcando (non senza qualche goccia di malizioso sarcasmo) che, dalla disposizione incastonata nell'art. 462 cod. civ., si può derivare come nessuno sia davvero incapace di succedere, tranne coloro che non sono nati; i quali, però, non sono, a ben guardare, tecnicamente capaci di alcunché¹⁹.

Per reazione, di quel senso di insoddisfazione si nutre, specularmente, la necessità di attribuire al termine 'capacità', calato sul piano successorio, un significato peculiare convincente, in grado di arricchire la precisione dogmatica della ricostruzione, e ridurre, ben più pragmaticamente, i rischi e l'incertezza sottesi a una incontrollata proliferazione di significati²⁰.

Proprio per questa viottola, la portata assoluta (e assolutizzante) delle argomentazioni inizia gradualmente a diluirsi, tingendosi di relatività. La 'capacità di succedere' evolve in capacità di succedere 'rispetto a qualcuno', finendo per valicare il confine dell'istituto della legittimazione, intesa come posizione giuridica, appunto, relativa, che caratterizza la specifica interazione di un soggetto, in rapporto ad un altro²¹.

Il soggetto, oggettivamente dotato della piena capacità di succedere, può conoscere – *rectius*, subire –, limitazioni della stessa, in ragione delle circostanze che contraddistinguono la sua relazione, anche solo occasionale, transitoria, con l'ereditando. Compressioni che mal si conciliano con i tratti rigidi, incomprimibili, della sua presunta matrice – la capacità giuridica – e che incoraggiano a intuire, nella così detta capacità di succedere, qualcosa di diverso; una legittimazione, appunto, intesa come filtro di accesso alla vicenda ereditaria, squisitamente soggettivo, inevitabilmente personale.

Ampliando l'orizzonte dell'osservazione, la ricostruzione appena proposta pare, altresì, in consonanza con le sottili convenzioni che reggono, più in generale, la devoluzione dell'eredità.

Sia sufficiente, a tal riguardo, richiamare una nozione elementare: nel nostro ordinamento giuridico – e a differenza di altri, come quello francese – il patrimonio del defunto non si trasferisce mai automaticamente all'erede.

¹⁹ D. BARBERO, *Natura giuridica dell'indegnità a succedere*, in *Foro pad.*, 1950, I, c. 842.

²⁰ Si legga, a tal proposito, U. SALVESTRONI, *Della capacità a succedere. Dell'indegnità. Artt. 462-466*, in *Il Codice civ., Comm.*, fond. da P. Schlesinger, dir. da F. D. Busnelli, II ed., Milano, 2012, 11.

²¹ Si veda G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1955, 685.

I termini della relazione fra i concetti di capacità e legittimazione si ripropone, in modo speculare, ove si cerchi il discrimine fra capacità di agire e legittimazione ad agire. A tal proposito, ricorda A. DI MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, s. d., ma 1974, 52, come, «nel quadro di una teoria generale degli atti giuridici, Francesco Carnelutti, tra i presupposti degli atti giuridici, accanto alla capacità di agire, poneva la legittimazione ad agire, definita come "idoneità giuridica dell'agente ad essere soggetto del rapporto che si svolge nell'atto". Lo scopo era quello di delineare una categoria che costituisse il *pendant* della capacità d'agire nella misura in cui quest'ultima avrebbe denotato (o comunque sarebbe derivata da) "una qualità naturale" e l'altra, invece, "una qualità giuridica". In tal modo, per fare un esempio, il minore degli anni quattordici sarebbe stato un soggetto penalmente "incapace", il non cittadino, all'inverso, non poteva considerarsi "legittimato" rispetto al reato previsto dall'art. 242 c.p.».



La morte dell'ereditando determina l'apertura della successione, che attribuisce al delato il diritto, potestativo, di accettare l'eredità²². L'accettazione di codesto soggetto, di converso, segna la chiusura della vicenda successoria. Occorre rimarcare, però, come l'acquisto del compendio, da parte del delato, non coincida con la manifestazione, espressa o implicita, dell'accettazione, risalendo, inderogabilmente, al momento in cui si è aperta la successione (ossia al momento della morte dell'ereditando).

Successione ereditaria, quindi, come vicenda assoluta, oggettiva, di trasmissione, che nella sua ricostruzione giuridica, *ex post*, non conosce intervalli, o soluzioni di continuità, dettate dai tempi di formazione della volontà privata, in senso apprensivo. Allo stesso modo, successione ereditaria che, nel suo svolgimento cronologico empirico, vive di automatismi normativi, inframezzati da pause interrogative, che attendono il comportamento, giuridicamente convergente, del destinatario della delazione. In questo panorama, le lacune di capacità di succedere si pongono quali cause interdittive di una particolare, concreta, delazione (e mai 'della delazione'); al soggetto, pienamente capace di succedere, è impedito il singolo acquisto, perché privato, in relazione alla singola vicenda, della facoltà di accettare (l'eredità), o del diritto di trattenere (il legato).

4. – La bontà scientifica della tesi sostenuta da Luigi Cariota Ferrara emerge, ancor più nitida, ove ci si soffermi sul ruolo attribuito, alla delazione, nella dinamica successoria *mortis causa*.

L'art. 457 cod. civ. disciplina, appunto, la delazione ereditaria, ossia il procedimento giuridico, attraverso il quale avviene la devoluzione del compendio ereditario. Secondo autorevole dottrina²³, la delazione è un fenomeno complesso, che può essere studiato sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo, e che, cronologicamente, riempie lo spazio intercorrente tra l'apertura della successione e l'acquisto dell'eredità; acquisto, rispetto al quale la delazione ha natura preliminare e preparatoria.

Dal punto di vista oggettivo, per delazione si intende l'eredità devoluta o delata, ossia quell'insieme di diritti, doveri e altre situazioni giuridiche soggettive, già facenti parte della sfera giuridica del *de cuius*, che vengono cristallizzati e tutelati in attesa che confluiscano in capo a un nuovo soggetto, ossia l'erede.

In una prospettiva soggettiva, invece, la delazione è l'offerta concreta, rivolta al chiamato all'eredità, della quota a lui spettante; in altri termini, attraverso la delazione, il chiamato all'eredità è invitato a subentrare nella posizione giuridica dell'ereditando; invito, che si associa alla contemporanea attribuzione, a codesto soggetto, di svariati poteri, fra i quali spicca quello di fare propria l'eredità.

Prima dell'apertura della successione, quindi, non si può parlare di delazione, ma, al più, di soggetti designati alla successione, riferendosi, così, a quei soggetti, i quali, ove si aprisse in quel momento la successione di una persona, sarebbero chiamati all'eredità.

A ben vedere, codesta definizione, se può essere utile sul piano descrittivo, ha poca rilevanza pratica: la posizione di designato, infatti, è giuridicamente irrilevante, non potendo essere nemmeno accostata a una situazione di vera aspettativa, della quale manca ogni tipo di tutela.

La norma, racchiusa nel comma 1 dell'art. 457 cod. civ., indica le fonti del regolamento della delazione, ossia la legge e il testamento: nel primo caso, la vicenda successoria sarà integralmente regolata in base alle norme dettate, in via generale e astratta, dal legislatore; nel secondo, invece, la volontà del

²² G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 114.

²³ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, art. 456-511, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997, 82.



testatore delinea, in modo più o meno ampio, una devoluzione ereditaria personale, aderente ai suoi intenti.

In via di semplificazione, quindi, e restringendo l'analisi alla sola attività di devoluzione del compendio ereditario, la delazione legale ha una funzione suppletiva, occupando i vuoti lasciati dal regolamento racchiuso nella scheda testamentaria (lo stesso dicasi ove il testamento sia dichiarato nullo o annullato, oppure sia inefficace), fermo restando che, per quanto riguarda gli aspetti accessori – quali i poteri del chiamato all'eredità, le forme e i termini dell'accettazione, la trasmissione della delazione o la disciplina dell'eredità giacente – le norme di riferimento saranno, esclusivamente, quelle poste dal legislatore.

Detta constatazione ha indotto influenti voci²⁴ ad affermare come la delazione sia sempre un fenomeno legale, sul quale la volontà privata può incidervi solo imprimendovi una certa direzione e stabilendo la quota in cui si è chiamati.

Ove si condivida la descrizione del fenomeno appena ripercorso, ritengo sia possibile proporre una deduzione successiva, di immediata evidenza.

La '(in)capacità di succedere' del soggetto non incide sul procedimento di individuazione astratta dei successibili dell'ereditando; non interviene restringendo, *a priori*, il perimetro dei destinatari della vicenda *mortis causa*, ma coincide con la valorizzazione di circostanze concrete, che emergono nelle pause empiriche del processo di devoluzione (*ex post*, rimosse), eventualmente condizionandone la traiettoria.

In altri termini, l'incapacità di succedere di una persona non è assenza, elisione, dell'idoneità ad essere titolare delle posizioni in via di trasmissione; non è perdita delle ragioni ereditarie sul piano astratto, tradotte in una rimodulazione restrittiva, soggettiva, della vicenda successoria. L'incapacità di succedere è ostacolo concreto, di circostanza, che impedisce al chiamato all'eredità, virtualmente considerato, di evolvere in delato; l'incapace di succedere può essere titolare del diritto, o del complesso di diritti, trasmessi per via ereditaria, ma la causa d'incapacità interferisce con la legittimità della sua potenziale accettazione.

La proiezione delle medesime linee concettuali consente, agevolmente, di ribadire quali siano le conseguenze a fronte di una disposizione a titolo particolare: l'incapace di succedere può acquisire il diritto a lui destinato, ma la sua condizione inibisce l'ordinaria attitudine a trattenerlo.

Un acquisto precario, dunque, che, nelle *geometrie* dell'ordinamento giuridico, si associa, naturalmente, al concetto di annullabilità. Proprio come sosteneva Cariota Ferrara.

5. – L'indole sistematica, che anima la tesi del Maestro a sostegno del difetto di legittimazione, appare evidente dalla ricca argomentazione che l'accompagna.

Le considerazioni si stendono lungo tutto il Capo III del Titolo, del Codice civile, dedicato alle successioni testamentarie, ponendo l'accento sulla sanzione, testuale, prevista a fronte di una lacuna di 'capacità di ricevere per testamento', ossia la nullità.

La linea di ragionamento è stringente: se alla parola 'capacità' deve essere associato un significato specifico, illuminato dal contesto nel quale il termine tecnico è calato, allo stesso modo il «vizio», che si riannoda al suo difetto, pretende analoghe, precise, considerazioni.

²⁴ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., 83, riprendendo e sviluppando le considerazioni già proposte da R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, 16 s.



A tal proposito, il codice civile, nel Titolo richiamato, contempla lo spettro della nullità; e su questo orizzonte, l'interprete tratteggia, sì, i lineamenti della nullità, ma, ancora una volta, la arricchisce. Sfruttando il pretesto offerto da un convincimento diffuso, che finirà elegantemente per confutare, non guarda alla nullità *assoluta*, deduttivamente esclusa dall'intento del legislatore, bensì a una forma di invalidità differente, servendosi, in via di prima approssimazione, dell'espedito della nullità *relativa*²⁵, silenziosamente introdotto, soltanto in modo implicito.

Di primo acchito, un simile tentativo di rimodellare la dura materia offerta dal Codificatore potrebbe insinuare qualche perplessità. L'immagine della nullità si associa, per natura e vocazione dogmatica, al profilo dell'assolutezza; ciò non ostante, la scelta di indagare criticamente la traduzione delle categorie giuridiche nella loro sede applicativa induce a convincersi dell'opportunità di ridiscutere convenzioni semantiche troppo rigide, spendendo la giustificazione, oggettivamente soppesabile, della fragilità logica del sistema, che ne indebolisce la coerenza. Ciò è ancor più vero ove si tengano costantemente presenti i lineamenti, del tutto particolari, del sottosistema successorio, che vive di regole precipue, e nel quale anche la nullità assoluta non è così assoluta, conoscendo un peculiare fenomeno di convalida (art. 590 cod. civ.), peraltro attuabile, non già dall'autore del negozio testamentario, bensì dai suoi aventi causa.

Percorrendo fino in fondo i sentieri aperti dalla decisione assunta, la 'nullità' scivola, così, nella tentazione dell'aggettivo qualificativo, e diviene, soltanto concettualmente, a livello descrittivo, 'relativa', per poi, in concreto, trasformarsi, fatalmente, nella perifrasi di un differente concetto dogmatico, ossia l'annullabilità.

Si badi: detta trasfigurazione è tutt'altro che arbitraria, o dettata (soltanto) da una squisita preferenza elettiva, per quanto autorevole. La scelta è frutto spontaneo di rigorosa osservazione, e a dimostrazione di ciò l'Autore ci comunica, sobriamente, come, nelle fattispecie codicistiche considerate, non ricorra né oggetto illecito, né causa illecita, per poi concludere in modo lapidario: la loro *ratio* si chiarisce (soltanto) nell'esigenza, accolta dal legislatore, di tutela dell'interesse 'di altre persone'²⁶.

Ove si segua il solco tracciato, la conclusione è un corollario inevitabile; non discutendosi di vizi strutturali della manifestazione di volontà *mortis causa*, o di tracimazioni oltre il limite dell'ordine pubblico privatistico, ciò che rimane è la protezione del relativo, discrezionale, interesse soggettivo, a tutela del quale è sistematicamente coerente che operi un meccanismo di reazione avverso, di rimozione, cui corrisponde, perfettamente, il rimedio offerto dalle dinamiche, proprie, dell'annullabilità.

La sicurezza, sulla quale riposano le riflessioni appena ricordate, affiora anche nelle righe con le quali Cariota Ferrara – ben lungi dal sottrarsi al dibattito, e consapevole di muoversi su corde sottili, tese a mezz'aria sullo strapiombo di un tema aguzzo –, successivamente non rinuncia ad assumere una posizione, netta, in merito all'ammissibilità, concettuale, della nullità relativa, ossia di una «così discussa figura di nullità»²⁷, nella quale oggi, non senza percepire qualche strale di malinconia, possiamo riconoscere l'archetipo delle consolidate nullità di protezione.

²⁵ L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, vol. I, *Parte generale*, cit., 71.

²⁶ L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, vol. I, *Parte generale*, cit., 71. Testualmente: «La legge ha inteso riferirsi alla nullità assoluta? Crediamo di no.: invero, non ricorre né oggetto illecito, né causa illecita; le norme in questione sono dettate, in sostanza, nell'interesse di altre persone (figli legittimi; figli del primo letto; eredi legittimi)».

²⁷ L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, vol. I, *Parte generale*, cit., 72.



Una figura ibrida, cui, all'epoca, il Maestro non concedeva cittadinanza, vista l'assenza di alcun riscontro, anche indiretto, nel tessuto dell'ordinamento. La posizione, decisamente critica, non stupisce affatto: la sua chiave di ricerca è sempre protesa verso il tentativo di 'stringere il sistema'; un anelito, se non una vera e propria vocazione, che rifugge gli sguardi atomistici d'occasione, focalizzati, pur in modo penetrante, su un solo pugno di disposizioni normative indagate.

Il *Genius loci* dei campi scientifici dissodati da Cariota Ferrara è l'ortodossia sistematica, alla quale si rivolge, però, con spiccata, matura, vivida intelligenza, capace di condurre a esiti, apparentemente, paradossali. Infatti, è proprio l'aderenza rigorosa alla coerenza del sistema che gli consente di convincersi e sostenere – con garbo, ma senza cedimenti e ambiguità – come non si debba dare «molto rilievo all'espressione «nullità» usata dalla legge»²⁸. Parole *extra-ordinarie*, pronunciate da chi, per sua stessa ammissione, è stato mirabilmente formato da studi severi e ordinati, e che ha eletto proprio quell'ordine a valore massimo, a cui votare il proprio intelletto. Parole che testimoniano come l'adesione a un principio pretenda, talvolta, l'esplorazione di sentieri che apparentemente se ne distaccano, per poi convergere sulla meta prestabilita.

In modo implicito, ma estremamente chiaro, Cariota Ferrara riconosce con franchezza come la *vox iuris*, in quanto artefatto umano, possa essere imprecisa, e forse è naturale, se non, entro certi limiti²⁹, addirittura inevitabile, che sia imprecisa; un'imprecisione, che, nelle sue manifestazioni più complesse, s'illumina all'improvviso, quando la disposizione, o il complesso di disposizioni normative considerato, viene sottoposto alla 'prova del sistema'. È in quel momento che "l'imprecisione" – *rectius*, l'incoerenza – prima invisibile, può emergere, ed è lì che assume senso (o, quantomeno, il suo senso più alto), la *figura* del Giurista, intesa come procuratore dell'ordinamento giuridico, cui è affidato il compito di vigilare sulla sua salute, di garantirne l'armonia e di attivarsi per assicurare la migliore efficienza possibile della sua struttura, che deve sempre tendere ad esprimere una rigorosa logica interna.

Un giurista concepito nei lineamenti di un ruolo ben preciso, tecnico, ma pur sempre conscio delle ricadute sociali, di primaria importanza, discendenti dall'esercizio della sua funzione. E d'altra parte, cos'è il Diritto privato, nella sua *ratio* più profonda, di condivisione nobilmente egoistica, se non un complesso sistema artificiale, preordinato a consentire la soddisfazione degli interessi individuali, anche in chiave collettiva? Un'infrastruttura, immateriale e concretissima, che, in linea generale, si offre, e non s'impone³⁰, ai suoi destinatari; un complesso insieme di procedimenti, la cui efficacia dipende, in massimo grado, dalla sua stringente logica consequenziale, dalla sua uniformità.

²⁸ L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, vol. I, *Parte generale*, cit., 71 s.

D'altra parte, come rileva P. PERLINGIERI, *I negozi sul patrimonio altrui di Luigi Cariota Ferrara, sessanta anni dopo*, cit., 383, giungendo acutamente ad una valutazione di sintesi, «l'amore, il fascino verso la costruzione unitaria trova un correttivo nell'approccio realistico dell'interpretazione dei dati normativi e nella varietà, specie causale, degli atti negoziali, che fanno di Luigi Cariota Ferrara un dommatico moderato, che sa fare i conti con una varietà di fattispecie strutturalmente e funzionalmente diverse, sì da apparire consapevole che la logica per il giurista è quella insita nel sistema, ricostruito senza violenze esterne e concettuali».

²⁹ Oltre questi limiti, invece, il Giurista ha il dovere di reagire. A tal proposito, si leggano le intense righe di P. RESCIGNO, *Gli 'Scritti minori' di Luigi Cariota Ferrara*, cit., 516, nelle quali si ricorda, fra gli altri, il saggio *Violenza del legislatore sull'efficacia dei negozi giuridici*, descrivendolo come «uno scritto rappresentativo del modo in cui C. F., con estremo garbo ma al tempo stesso con stile vivace e se necessario aggressivo, reagisce ad episodi di indebita pressione del legislatore sui fatti da regolare».

³⁰ Di «un diritto al servizio della Vita e dell'Uomo in una accezione personale – e soltanto in parte crociana – della teoria e della pratica» parla P. PERLINGIERI, *Omaggio a Luigi Cariota Ferrara*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 514.

JUS CIVILE



In questa chiave, deve operare l'interprete, pronto ad accogliere il nuovo dettato legislativo, armonizzandolo con i pesanti, densi, strati di materia normativa che lo hanno preceduto; senza enfatizzare oltre misura le parole del legislatore d'occasione, ma lavorando minuziosamente per mantenere un ordine sistematico chiaro, *ordinato*, e pronto a ricevere, con scrupolosa attenzione, la trama giuridica nuova, dettata dalle parole del legislatore che verrà.



SIMONA SCUDERI

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi di Messina

LA REMISSIONE TACITA TRA ELABORAZIONI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI: PROFILI DI DISCIPLINA

SOMMARIO: 1. *Premessa introduttiva.* – 2. *I contrasti interpretativi sulla natura giuridica della remissione.* – 3. *L'interesse del debitore ad adempiere.* – 4. *La causa della remissione del debito.* – 5. *Remissione tacita. Inerzia del creditore e presunzione della volontà abdicativa.* – 6. *Estinzione della società e sorte dei crediti controversi dopo la decisione delle sez. un. n. 19750/2025.* – 7. *Considerazioni conclusive.*

1. – Il contributo prende spunto da una questione ormai risalente relativa alla sorte dei crediti non iscritti nel bilancio finale di liquidazione di una società che successivamente viene cancellata dal registro delle imprese.

La questione si pone in termini piuttosto complessi considerato che la mancata indicazione delle poste attive nel bilancio di liquidazione incide sul piano della trasmissibilità ai soci dei rapporti obbligatori già facenti capo alla società, potendosi tale circostanza identificare con la fattispecie della remissione tacita del debito ai sensi dell'art. 1237 cod. civ.

L'indagine si concentra sul tema della efficacia estintiva della cancellazione dal registro delle imprese di una società e il punto di partenza dell'indagine è rappresentato dall'interrogativo se i crediti di una società commerciale estinta possano ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione.

Si è posto, quindi, il problema di capire se la cancellazione della società dal registro delle imprese possa costituire presupposto legittimante la rinuncia al credito da parte della società medesima.

Per comprendere appieno la problematica, è indispensabile delineare i tratti caratteristici dell'istituto della remissione del debito.

La fattispecie, disciplinata dagli artt. 1236 ss. cod. civ., rientra nel novero dei temi più studiati dalla dottrina del secolo scorso sia per la sua complessa ricostruzione sul piano strutturale, che per l'individuazione degli interessi sottesi alla vicenda negoziale che ne scaturisce¹.

¹ Senza pretesa di esaustività, si indicano i contributi che hanno affrontato le questioni sorte sul tema della remissione: TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955; BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968; ID., *Dei modi di estinzione diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Artt. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975; ROMANO, *Sulla remissione del debito*, in ID., *Scritti minori*, t. III, Milano, 1980; FERRARI, *Riflessioni in tema di rinuncia al credito e remissione del debito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992; STANZIONE, *La remissione del debito*, in P.



L'istituto si inquadra tra le cause estintive del rapporto obbligatorio diverse dall'adempimento, ovvero tra quei fatti dai quali scaturisce lo scioglimento del vincolo obbligatorio che lega il debitore e consiste, secondo quanto previsto dall'art. 1236 cod. civ., nella dichiarazione compiuta dal creditore di rimettere il debito nei confronti del debitore.

La formulazione della norma non ha reso agevole l'esatta individuazione della struttura dell'istituto e, verosimilmente, gli studi sul tema hanno condotto la dottrina alla formulazione di due concezioni contrastanti sulla natura giuridica della remissione, ricostruita nella duplice prospettiva di contratto e di negozio unilaterale².

La questione si pone, principalmente, per il discutibile ruolo che sembrerebbe assumere il debitore nella vicenda³. Infatti, l'art. 1236 cod. civ., prevede che l'obbligazione si estingue quando il debitore riceve la comunicazione della dichiarazione di remissione, sempre che questi non dichiari di non volerne profittare entro un congruo termine.

Il significato da ascrivere al contegno silenzioso del debitore ha costituito oggetto di acceso dibattito sulla bilateralità del negozio remissorio⁴.

2. – Sulla natura giuridica della remissione del debito si sono formate diverse correnti di pensiero.

Secondo una parte della dottrina l'estinzione dell'obbligazione prevista dall'art. 1236 cod. civ. trova fondamento in un negozio giuridico bilaterale⁵ sul presupposto che il mancato rifiuto del debitore rappresenterebbe un'accettazione tacita della remissione.

Nell'ambito di questo orientamento, quindi, il silenzio del debitore viene interpretato quale tacita manifestazione del consenso⁶. Tale ricostruzione valorizza il ruolo del soggetto passivo nella vicenda che, sostanzialmente, con la dichiarazione di non volere profittare del negozio remissorio impedisce l'estinzione dell'obbligazione⁷.

STANZIONE-G. SCIANCALEPORE, *Remissione e rinuncia*, Milano, 2003, 105 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 2004; NAPOLI, *Remissione del debito*, in *Il diritto*, *Enc. giur.*, XIII, Milano, 2007, 257 ss.; VENTURELLI, *Struttura e funzione della remissione del debito*, in *Obbl. contr.*, 2012, 529 ss.; ROMEO, *La remissione del debito*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2012, 77 ss.; F. ROSSI, *La remissione del debito. Artt. 1236-1240*, in *Il c.c. Comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2018.

² Sul tema, cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 294 ss.; BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 185 ss.; SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, 973 ss.; VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, cit., 531; CARIOTA-FERRARA, *Il Negozio giuridico*, cit., 136 ss.; VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milano, 1942, 317 ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 8 ss.

³ Il significato da assegnare all'intervento del debitore nella remissione del debito è stato oggetto di notevoli questioni nel panorama dottrinale. Senza pretesa di esaustività, si richiamano: F. NADDEO, *Il rifiuto nella problematica contrattuale*, 199 ss.; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, 160 ss.; LUMINOSO, *Remissione del debito*, in *Enc. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 8; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, 133 ss.

⁴ La tesi bilaterale è stata sostenuta in particolare da P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento. Artt. 1230-1259*, cit., 19 ss.

⁵ CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966, 142 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, XV, t. II, II ed., Torino, 1960, 294 ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 52 ss.

⁶ Sul punto, cfr. GALLO, *Trattato del contratto*, t. 1, *La formazione*, Torino, 2010, 694. L'A. osserva, con riferimento alla fattispecie contenuta nell'art. 1333 cod. civ., che il mancato rifiuto dell'oblatore può essere inteso quale accettazione presunta. Tale presunzione, tuttavia, non precluderebbe la possibilità di far valere la prova contraria. Sul punto cfr. G. CONTE, *La formazione del contratto. Artt. 1326-1330 e 1333-1335*, in *Il c.c. Comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2018, 446 ss.

⁷ Parte della dottrina sostiene che se è vero che il rifiuto del debitore impedisce l'estinzione dell'obbligazione, ciò vuol di-



Questa impostazione rinviene un significativo sostegno nel parallelismo tra la remissione e lo schema del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, previsto nell'art. 1333 cod. civ.⁸, che si conclude allorché l'oblato non rifiuti la proposta entro il termine richiesto dalla natura degli affari o dagli usi⁹.

Il richiamo alla regola precettiva contenuta nell'art. 1333 cod. civ., tuttavia, invece di fugare ogni dubbio sulla natura contrattuale della remissione, *a contrario*, sollecita la riflessione sulla unilateralità della fattispecie in forza delle diversità che presentano la posizione dell'oblato e del debitore¹⁰. Quest'ultimo, infatti, diversamente dall'oblato, non si trova a dover rifiutare una semplice proposta negoziale che produce effetti vantaggiosi nella sua sfera giuridica, ma piuttosto manifesta la volontà in negativo di non voler essere liberato da un vincolo obbligatorio, volontà indubbiamente sorretta da un interesse al quale il legislatore sembra aver attribuito una significativa rilevanza.

Secondo una prospettiva assiologica, dalla lettera dell'art. 1236 cod. civ., il potere attribuito al soggetto passivo dell'obbligazione di rifiutare gli effetti estintivi della remissione, valorizza in modo significativo la tutela dell'interesse del debitore¹¹.

Peraltro, proprio il confronto tra le due fattispecie mette in rilievo le differenze strutturali tra la remissione del debito e il contratto. Secondo il precetto contenuto nell'art. 1236 cod. civ., la dichiarazione del creditore produce l'effetto di estinguere l'obbligazione nel momento in cui è comunicata al debitore. Ne consegue che, l'eventuale opposizione del debitore si colloca in un momento successivo alla produzione dell'effetto. Da ciò discenderebbe, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria, la natura della remissione quale negozio giuridico unilaterale recettizio¹² in forza del fatto che alla dichiarazio-

re che la remissione per produrre effetti, ha bisogno della cooperazione del debitore. Pertanto, se tale cooperazione, per di più realizzata attraverso una dichiarazione di volontà, è necessaria al negozio remissorio affinché spieghi i suoi effetti, non si può discorrere della partecipazione del debitore quale elemento estraneo al negozio medesimo. Pertanto, non si potrebbe prescindere dallo schema bilaterale nella fattispecie remissoria. Sul punto, cfr. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 136 ss. Al riguardo, v. anche ROPPO, *Contratto*, Milano, 1989, 16. L'A. osserva che alla remissione dovrebbe riconoscersi natura contrattuale poiché il rifiuto del debitore, nel caso in cui questi non gradisca il vantaggio della remissione, serve ad impedire che l'atto si formi. Ne consegue che il potere di opposizione attribuito al debitore diventa di fondamentale importanza nella vicenda remissoria e dallo stesso deriva la rilevanza dell'accordo. Condividono la tesi della natura contrattuale anche P. PERLINGERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., 158 ss.; MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992, 163.

⁸ Sul punto, F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, I, Napoli, 2005, 131 ss.

⁹ Sull'art. 1333 cod. civ., cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000, 116; SACCO, *Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 2010, 420; BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 185.

¹⁰ Al riguardo è stato osservato come la letteratura giuridica ha ritenuto che una condotta inerte, di per sé equivoca, vada tenuta distinta da un'espressione dell'autonomia privata, qual è l'accettazione. Il silenzio, verosimilmente, assume significato di consenso solo se tale è espressamente sancito da una norma – come nel caso degli artt. 66-*quinquies*, comma 1, e 67-*quinquiesdecies*, comma 1, cod. cons., che riguardano l'ipotesi di assenza di risposta del consumatore a fronte di una fornitura non richiesta –, oppure da un previo accordo tra le parti, o dal particolare contesto in cui si inserisce il silenzio. Sul punto, cfr. F. ROSSI, *La remissione del debito*, Artt. 1236-1240, in *Il c. c. Comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2018, 67. Sul significato del silenzio, v. SACCO, *Consenso, silenzio e dichiarazione tacita*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. I, 92. Esclude dai negozi unilaterali la fattispecie di cui all'art. 1333 cod. civ., anche DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 253 ss., che sebbene riconosca la presenza un'unica dichiarazione, osserva come il regolamento d'interessi sia riferibile alle due parti e ciò, pertanto, darebbe vita ad una fattispecie bilaterale.

¹¹ In merito alla valorizzazione della prospettiva assiologica e della categoria dei valori nel contesto dell'ordinamento giuridico secondo il pensiero di Angelo Falzea si rinvia a M. TRIMARCHI, *L'introduzione alle scienze giuridiche di Angelo Falzea*, in questa *Rivista*, 2024, fasc. 1, 2 ss.; sul punto, v. anche A. FALZEA, *L'offerta reale*, Milano, ristampa 2011, 40 ss.

¹² Sulla natura non contrattuale della remissione, cfr. R. SACCO, *Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*,



ne del creditore si collegherebbe automaticamente e direttamente l'estinzione del rapporto obbligatorio¹³. Di conseguenza, la partecipazione del debitore risulterebbe del tutto marginale nella formazione del negozio già perfezionato all'atto della dichiarazione¹⁴, sicché la sua opposizione avrebbe semmai efficacia risolutiva dell'estinzione dell'obbligazione già avvenuta¹⁵.

Nel quadro di tali premesse, si osserva che la fattispecie è caratterizzata dal ruolo rilevante rivestito dal soggetto passivo del rapporto obbligatorio che può decidere di rifiutare di essere sollevato dall'adempimento della prestazione e che, pertanto, deve necessariamente essere informato della volontà del creditore di rimettere il debito.

3. – Il significato della previsione contenuta nell'art. 1236 cod. civ. che attribuisce al debitore il potere di rifiutare la remissione, va rintracciato nella rilevanza che assume l'interesse del debitore all'interno della vicenda negoziale¹⁶.

È chiaro che all'interno del rapporto obbligatorio non rileva solo il diritto del creditore¹⁷ a ricevere la prestazione ma, altresì l'interesse del debitore a liberarsi dal vincolo¹⁸.

Milano, 2010, 18 ss.; ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, 22 ss.; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., 166 ss.; L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, 55 ss.; ID., *Il contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413*, in *Il c.c. Comm.*, fondato da Schlesinger diretto da Busnelli, Milano, 2012, 26 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 105 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., rist., Napoli, 1989, 218 ss.

¹³ In tal senso è orientata anche la giurisprudenza. Cfr. in particolare, Cass. civ., sez. lav., 22 febbraio 1995, n. 2021, nella quale si legge che “Nell'ambito dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, mentre l'accordo remissorio, diretto ad estinguere il debito verso il pagamento, da parte del debitore, di una quota di esso, costituendo un tipico negozio a struttura bilaterale [o plurilaterale], si perfeziona con il consenso manifestato da entrambe le parti, la remissione del debito, ai sensi dell'art. 1236 c.c., è strutturata quale negozio unilaterale recettizio relativamente al quale la dichiarazione *a parte creditoris* si presume accettata dal debitore, e diventa pertanto operativa dei suoi tipici effetti estintivi dal momento in cui la comunicazione perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata [art. 1334 c.c.], a meno che questa, avuto conoscenza della manifesta volontà remissiva, non dichiari entro un proprio termine di ricusarla e, quindi, di non volerne profittare”.

¹⁴ Al riguardo, è stato osservato che l'eventuale intervento del debitore – in caso di rifiuto – in una vicenda negoziale già perfezionata, potrebbe incidere solo sul piano degli effetti, eliminando retroattivamente l'effetto estintivo. Sul punto cfr. STANZIONE, *Remissione del debito*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Milano, 583; ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, 254 ss.; TILOCCA, *Remissione del debito*, 413; RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 114 ss.

¹⁵ La dottrina, in questo caso, configura una sorta di “reviviscenza dell'obbligazione”. V. STANZIONE, *Remissione del debito*, cit., 583. L'A. osserva che “per la concezione che costruisce la remissione del debito come negozio unilaterale, l'accettazione del debitore è relegata ad atto superfluo” che, quindi, non può coordinarsi alla dichiarazione del creditore nel procedimento formativo della fattispecie. L'adesione del debitore avrebbe l'effetto preclusivo di paralizzare un successivo rifiuto e si risolverebbe in una “stabilizzazione dell'effetto estintivo che si è già verificato. Sul punto, FERRI, *Rinuncia*, 75; BENEDETTI, *Sulla struttura della remissione*, cit., 1295 ss.

¹⁶ Nella concezione della dottrina tradizionalista la posizione del debitore è sempre stata vista in una prospettiva di subordinazione rispetto a quella del creditore, sicché la tutela era principalmente incentrata sull'interesse del creditore – anche in un'ottica assolutista –, la cui soddisfazione dipende, verosimilmente, dalla diligenza del debitore nell'esecuzione della prestazione. In merito alla rilevanza dell'interesse del debitore all'interno del rapporto obbligatorio, cfr. A. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., 31 ss.; v. anche F. ROSSI, *La remissione del debito*, cit., 79 ss.; STANZIONE, *Remissione del debito*, Torino, 586 ss.

¹⁷ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. I, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, 115, sottolinea che l'istituto della remissione è idoneo a soddisfare molteplici interessi del creditore

¹⁸ L'interesse del soggetto passivo del fenomeno obbligatorio è stato per lungo tempo sottovalutato nella convinzione di una incondizionata preminenza della posizione del creditore e, quindi, del suo diritto a ricevere la prestazione, definito quasi in termini di diritto assoluto. Al riguardo cfr. A. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., 34. L'Autore svolge un'attenta disamina sull'interesse del debitore in seno al rapporto obbligatorio e richiama, a tal proposito, l'art. 1236 cod. civ. che prevede la pos-



Pertanto, se il creditore dispone legittimamente in modo assoluto del suo diritto, lo stesso non vale per quanto riguarda la prestazione che non è oggetto di disponibilità arbitraria e incondizionata del soggetto attivo dell'obbligazione¹⁹.

Il riconoscimento della piena rilevanza dell'interesse del debitore ha consentito il superamento di quella concezione che inquadrava il debitore in una prospettiva di subordinazione rispetto al creditore e ha spinto gli interpreti ad indagare sul modo di atteggiarsi degli interessi del debitore all'interno della relazione negoziale. Infatti, quest'ultimo non persegue solo ed esclusivamente il mero interesse a sciogliersi dal vincolo²⁰. Tale valutazione trova conferma nella previsione che attribuisce al debitore la facoltà di rifiutare la remissione del debito poiché, se il debitore non avesse altro scopo che quello di liberarsi dall'obbligazione non avrebbe motivo di rifiutare la remissione che produce l'effetto liberatorio senza sacrifici o oneri posti a suo carico.

In una prospettiva più ampia, appare, quindi, ragionevole ammettere la configurabilità di un ulteriore interesse del debitore che va individuato nell'adempimento della prestazione che si è obbligato ad eseguire. Non può escludersi, infatti, la configurabilità di ulteriori ragioni di ordine economico, morale e sociale sottese al rapporto obbligatorio e che inducono il debitore a voler ottemperare all'impegno assunto nei confronti del creditore. L'adempimento, infatti, oltre a realizzare l'estinzione dell'obbligazione è anche indice di valutazione della condotta del debitore che, alla luce dei principi di correttezza e buona fede²¹, non si è sottratto ai suoi impegni e ha tenuto, quindi, un comportamento improntato al criterio di diligenza che governa la materia delle obbligazioni²².

Nel quadro di tali premesse, può rintracciarsi il significato del potere riconosciuto al debitore di dichiarare di non volere profittare degli effetti della remissione²³.

Questi, infatti, con il suo intervento, non solo può impedire l'estinzione del rapporto obbligatorio, ma, soprattutto, può impedire che avvenga senza adempimento.

E allora, l'intervento del debitore diventa fondamentale al fine della concreta applicazione del principio *invito beneficium non datur*, strettamente connesso al principio di relatività degli effetti giuridici in forza del quale un negozio giuridico, a prescindere dalla sua struttura unilaterale o bilaterale, non

sibilità per il debitore di rifiutare la remissione. Tale previsione, secondo l'Autore, rappresenta concreta attuazione della tutela dell'interesse del debitore predisposta dall'ordinamento, nella più ampia prospettiva delle finalità pratiche cui obbedisce il fenomeno obbligatorio. Con riguardo alla concezione della prevalenza dell'interesse del creditore, cfr. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 184 ss.; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 412 ss. Sul problema della posizione del debitore nel rapporto obbligatorio, cfr. A. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., 40 ss. in particolare, l'A. mette in luce l'aporia di tale concezione che rinviene nella differenza che intercorre tra il diritto assoluto, ove ha rilievo unicamente l'interesse del titolare, e i rapporti di credito ove ad assumere rilievo giuridico sono tutti gli interessi che confluiscono nel rapporto medesimo, quindi sia l'interesse del creditore che l'interesse del debitore. Cfr. altresì, GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, 66 ss.; RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni generali)*, in *Enc dir.*, XXIX, Milano, 1979, 47 ss.

¹⁹ Lo studio sulla posizione del debitore ha sollevato una serie di questioni sulla natura dell'interesse, per alcuni inteso quale mero interesse alla liberazione dal vincolo – ancorché non si realizzasse l'adempimento –, per altri interpreti, invece, quale interesse ad eseguire la prestazione convenuta. Sul punto, cfr. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 405; CICALA, *L'adempimento indiretto*, cit., 181 ss.

²⁰ Sul punto, cfr. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 197 ss.; TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 405 ss.; CICALA, *L'adempimento indiretto*, cit., 186 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, I, Padova, 1990, 90 ss.; STANZIONE, *Remissione del debito*, cit., 586 ss.

²¹ In tema di buona fede, v. N. ZORZI, *Capitolo diciassettesimo – La buona fede contrattuale*, in F. GALGANO, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2024, 297 ss.

²² STANZIONE, *Remissione del debito*, cit., 587 ss.

²³ La natura negoziale del rifiuto è pressoché pacifica. Sul punto, v. F. ROSSI, *La remissione del debito*, cit., 107 ss.



può produrre effetti nella sfera giuridica di persone diverse dagli autori del medesimo²⁴.

La remissione, infatti, non esaurisce i suoi effetti nella sola sfera del creditore ma è diretta a spiegare i suoi effetti nella sfera patrimoniale del debitore al quale, pertanto, viene riconosciuto un ruolo attivo nella fattispecie, al fine di impedire un mutamento della situazione giuridica contro la sua volontà nell'ambito del rapporto obbligatorio di cui è parte, pena la violazione del principio della relatività degli effetti giuridici contenuto nell'art. 1372 cod. civ.²⁵.

A contrario, il debitore si troverebbe in una posizione di soggezione rispetto al creditore, in distonia con i principi che regolano la materia delle obbligazioni. Il creditore, infatti, non gode di una assoluta disponibilità del diritto alla prestazione in quanto, nel rapporto obbligatorio, assume rilievo giuridico anche l'interesse del debitore di effettuare la prestazione e liberarsi dal vincolo²⁶.

Appare ragionevole ritenere che il riconoscimento dell'interesse del debitore nella remissione e la centrale rilevanza che lo stesso riveste all'interno della fattispecie, non smentisce la natura unilaterale dell'istituto né vale a conferire al contegno silenzioso il valore di accettazione. L'art. 1236 cod. civ., infatti, sembra predisporre la tutela di due interessi contrapposti, ponendoli in perfetto equilibrio tra loro: quello del creditore a disporre del suo diritto e quello del debitore di vedersi garantita l'indipendenza della propria sfera giuridica e, quindi, di rifiutare una liberazione senza adempimento, qualora tale circostanza arrechi un pregiudizio alla sua dignità²⁷.

4. – Il dibattito sulla natura giuridica della remissione ha sollecitato la riflessione degli interpreti sulla causa dell'istituto²⁸.

L'indagine prende le mosse dall'intento remissorio del creditore che – secondo una corrente di pensiero – sarebbe identificabile con lo spirito di liberalità proprio della donazione sul presupposto che, nella fattispecie, si realizzerebbe un'attribuzione patrimoniale a titolo gratuito a favore del debitore²⁹.

La concezione che identifica la fattispecie con il negozio della donazione, propria delle teorie che riconducono la remissione nella categoria dei contratti, si fonda sulla circostanza che la liberazione del debitore consegue ad una volontà del creditore spontanea e disancorata da un interesse di natura patrimoniale – posto che il creditore, nel rinunciare all'adempimento e, quindi, al suo credito, non ne ricava alcun vantaggio³⁰.

²⁴ A. VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, cit., 530.

²⁵ L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, 32 ss.

²⁶ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione del debitore*, Milano, 2011, 40.

²⁷ Si esprime in tal senso STANZIONE, *La remissione*, cit., 587 ss.

²⁸ Al fine di una ricostruzione esaustiva degli orientamenti sulla causa del negozio remissorio, cfr., PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto Civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951, 94 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento. Artt. 1230-1259*, cit., 19 ss.; G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, 58 ss.; L. SOLIDORO MAUROTTO, *La remissione del debito*, in *Trattato delle obbligazioni III. I modi di estinzione*, diretto da L. Garofalo, M. Talamanca, Padova, 2008, 535-597, osserva che per conoscere la struttura che caratterizza la remissione, appare necessario individuare l'assetto degli interessi predisposti dalle parti. Sul punto, v. anche ROSSI, *La remissione del debito*, cit., 11.

²⁹ R. CRESPOLANI, *Rimessione di debito*, in *Enc. giur.*, XIV, II, Milano, 1906, 452, ritiene che la remissione configuri una donazione; inquadra la remissione come atto tipico di liberalità diverso dalla donazione, F. RECUPERO, *Remissione del debito e donazione liberatoria nel quadro della liberalità giuridica*, in *Temi*, 1955, 98 ss.; LO MONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. II, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Fiore, X, *Delle obbligazioni*, II, Napoli, 1890, 238 ss.

³⁰ Secondo un diverso indirizzo, la produzione di effetti liberali deriverebbe non dal perseguimento di interessi di natura non patrimoniali del creditore ma dalla finalità abdicativa. Sul punto cfr. L. GATT, *La liberalità*, I, 427 ss., che sostiene che in questo



Al riguardo, tuttavia, non può sfuggire all'attenzione dell'interprete che le due fattispecie prese in considerazione non presentano analogie sul piano strutturale, considerata la notevole complessità dello schema della donazione che richiede la rigorosa applicazione delle formalità di cui agli artt. 769 cod. civ. ss., rispetto allo schema legale essenziale previsto dall'art. 1236 cod. civ.³¹.

Nella prospettiva assiologica, peraltro, non si può escludere che il creditore può realizzare, attraverso il negozio remissorio, un interesse di natura patrimoniale³². Se, per esempio, il titolare di una *holding* concede un credito ad una piccola società che, in un secondo momento, acquisisce, potrebbe decidere di rimettere il debito della stessa al fine di un proprio tornaconto economico³³.

Allora l'elemento della liberalità vede il suo ruolo ridimensionato nella vicenda remissoria sul presupposto che non configura un carattere necessario per la realizzazione del negozio. Infatti, sia nell'ipotesi in cui in capo al creditore si individui un interesse di natura patrimoniale che nel caso contrario, la remissione produce l'effetto della liberazione del debitore³⁴.

L'indagine sui molteplici e contrapposti interessi che sorreggono l'atto remissorio del creditore, ha aperto la riflessione su un'altra impostazione che assegna alla remissione una causa di natura variabile potendosi essa realizzare per il perseguimento di un interesse di carattere liberale o, viceversa, di natura economica³⁵.

Lo studio sulla causa appare – per certi versi – pressappoco uniforme. L'impossibilità di ricondurre alla remissione una ragione causale unitaria, ha spinto la giurisprudenza a ricondurre la fattispecie ai negozi con causa neutra³⁶.

caso «non si può parlare di atti (a titolo) di liberalità, ma più correttamente di atti liberali, la cui situazione effettuale tipica consiste in una liberalità». Per una disamina approfondita sul tema, v. O. CLARIZIA, *La donazione «liberatoria»*, cit., 36 ss.

³¹ NAPOLI, *Il falso problema della causa della remissione del debito e il perfezionamento dell'estinzione dell'obbligazione*, in questa *Rivista*, 2025, fasc. 2, 167 ss.

³² F. ROSSI, *La remissione del debito*, Artt. 1236-1240, cit., 19 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. I, *Obbligazioni in generale, Contratti in generale*, 115 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Artt. 1230- 1259, cit., 170 ss.; O. CLARIZIA, *La donazione «liberatoria»*, cit., 113 ss.; PALAZZO, *Gratuità e corresponsività indiretta*, in PALAZZO-MAZZARESE, *I contratti gratuiti*, 33 ss.

³³ In tal senso, la remissione non potrebbe essere intesa come donazione liberatoria (o indiretta) né, tantomeno, quale liberalità non donativa, poiché la liberalità, che può legittimamente configurarsi, non appare identificarsi con la causa negoziale. In tal senso, cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit., 170; F. RECUPERO, *Remissione del debito e donazione liberatoria nel quadro della liberalità giuridica*, in *Temi*, 1955, 98 ss.

³⁴ O. CLARIZIA, *La donazione «liberatoria»*, cit., 37. Tale interpretazione ha condotto gli studiosi ad assegnare all'istituto natura di atto gratuito non liberale.

³⁵ Al riguardo, una parte della dottrina, in chiave critica, ha osservato come l'ammissibilità di una remissione a carattere oneroso comporterebbe una radicale trasformazione dello schema normativo dell'istituto e l'identificazione del medesimo con altre fattispecie tipiche, come ad esempio la compensazione o la transazione, ove rileva la vicenda di corresponsività, o ancora con la *datio in solutum*. Sul punto, cfr. S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto Civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951, 94 ss.; Interessanti spunti di riflessione si traggono da un orientamento che ha aperto nuovi scenari in tema di causa della remissione nel panorama dottrinale. Alcuni studiosi hanno ricondotto la remissione alle figure causalmente astratte o a causa generica, ove il negozio giuridico remissorio si configurerebbe quale negozio astratto, ove l'elemento centrale sarebbe rappresentato dalla dichiarazione di volontà del creditore *sic et simpliciter*, sicché nella fattispecie non rilevarebbe tanto l'aspetto causale, quanto l'effetto estintivo del rapporto obbligatorio. Sul punto, cfr. R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.*, II ed., Torino, 1966, 312; sulla teoria della remissione quale negozio astratto, v. V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 552 ss.

³⁶ Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. II, 5 agosto 1983, n. 5260, nella quale si legge che «La remissione del debito – la quale, oltre che parziale, ben può essere condizionata – costituisce un negozio unilaterale recettizio, neutro *quoad causam* (con conseguente irrilevanza dell'assenza di vantaggi per il creditore) e non soggetto a particolari requisiti di forma nemmeno ad *probatorem*, i cui effetti non possono essere disconosciuti dal creditore, ai sensi dell'art. 1236 cod. civ. una volta manifestato



Al riguardo, si osserva che, se è vero che, alla luce della accezione di causa intesa quale ragione pratica del contratto³⁷, gli interessi concreti e individuali delle parti – giuridicamente rilevanti – possono connotare la funzione del negozio e, quindi, integrare la causa dello stesso, appare condivisibile l’osservazione secondo la quale la remissione del debito, così come delineata dall’art. 1236 cod. civ., si snoda su uno schema indubbiamente semplice, che conduce alla mera estinzione del rapporto obbligatorio³⁸. Tentare di rintracciare ulteriori effetti condurrebbe alla ricerca di interessi reconditi del creditore che, ancorché possano da questi essere perseguiti, non sembra che assumano rilevanza tale da modificare la struttura del negozio, né tantomeno, da incidere sull’elemento causale che, invece, trascende da interessi che esulano dalla funzione estintiva che si vuole realizzare con l’attività dismissiva.

Sembra ragionevole, pertanto, ricondurre la remissione a quei negozi con causa esterna, da ricercare nel rapporto obbligatorio prodromico alla stessa.

In sostanza, forse potrebbe condividersi la ricostruzione esegetica che qualifica la fattispecie quale negozio strumentale³⁹ rispetto a quello già posto in essere e che le parti vogliono estinguere e, quindi, la remissione sarebbe riconducibile nella categoria dei negozi astratti⁴⁰.

5. – La remissione del debito è un atto negoziale che richiede necessariamente una manifestazione di volontà da parte del creditore.

L’art. 1237 cod. civ. prevede una presunzione assoluta di remissione in caso di restituzione del titolo originale del credito, e una presunzione relativa – che ammette quindi la prova contraria – nell’ipotesi in cui al debitore sia consegnata copia esecutiva del titolo del credito.

Dalla lettera della norma risulta evidente che il negozio non è soggetto a particolari requisiti di forma⁴¹. Pertanto, può ammettersi una remissione tacita anche attraverso un comportamento concludente ma, in tal caso, è indispensabile che la modalità attraverso la quale si esprime la volontà di rinuncia sia idonea a veicolare il contenuto⁴².

l’intento abdicativo al debitore, il quale soltanto può paralizzare l’efficacia di tale negozio, ovvero determinarne la risoluzione per l’avverarsi di una *condicio iuris*, mediante la tempestiva opposizione prevista dall’ultima parte della norma citata”. Nello stesso senso, Cass. 7 maggio 2007, n. 10293; Cass. 5 agosto 1983, n. 5260 «La remissione del debito si caratterizza per la neutralità *quoad causam*, avendo essa una causa integrabile volta a volta in concreto, onde essa potrebbe essere operata, ad esempio, a titolo oneroso o gratuito, cosicché la sua funzione pratica è da individuare da parte del giudice del merito, con accertamento ad esso riservato».

³⁷ Sul tema cfr. N. ZORZI, *Causa tipica e causa atipica*, in F. GALGANO, *Il contratto*, Milano, 2020, 142 ss.

³⁸ In tal senso, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit., 175 ss., il quale osserva che la semplicità e la linearità dell’istituto delineato nell’art. 1236 cod. civ., rivela l’inadeguatezza delle ricostruzioni che vogliono attribuire alla remissione effetti diversi e ulteriori dalla mera estinzione.

³⁹ R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale, Artt. 1173-1320 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, III ed., Torino, 1984, 147, che sostiene che la remissione «è un negozio strumentale e astratto, in quanto determinato da motivi ad esso estranei».

⁴⁰ Per una compiuta analisi sul negozio strumentale e astratto, cfr. V. SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 52 ss.

⁴¹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16125 “La remissione del debito non richiede una forma solenne, in difetto di un’espressa previsione normativa, e può quindi essere desunta anche da una manifestazione tacita di volontà o da un comportamento concludente, purché siano tali da manifestare in modo univoco la volontà abdicativa del creditore, in quanto risultino da circostanze logicamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto di credito”. n. dottrina, cfr. Cfr. N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in AA.VV., *Trattato dir. civ.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, 292 ss.; G. GIACOBBE-M.L. GUIDA, *Remissione del debito (diritto vigente)*, cit., 785 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, cit., 473, in cui fa riferimento alla ipotesi di restituzione del documento del credito; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 11, Padova, 1990, 90 ss.

⁴² La necessità di una manifestazione inequivoca di volontà remissoria, da valutare con particolare rigore, è stata più volte affermata in sede di legittimità (Cass. 14 luglio 2006, n. 16125; Cass. 18 maggio 2006, n. 11749; Cass. 7 giugno 2000, n.



Il creditore, quindi, può esprimere la propria volontà abdicativa sia a mezzo di una dichiarazione espressa ai sensi dell'art. 1236 cod. civ., sia attraverso un comportamento dal quale si evinca l'intenzione di non esigere la prestazione del debitore.

Nella segnata prospettiva si pone il problema di capire quando, in presenza di un comportamento tacito, può ritenersi perfezionato il negozio remissorio⁴³. Non può, infatti, ricondursi alla mera inerzia del creditore una volontà dismissiva *sic et simpliciter*. È necessario che la volontà di estinguere l'obbligazione sia accertata alla luce di un comportamento del creditore inequivocabile e incompatibile con l'intenzione di conservare il diritto di cui è titolare⁴⁴.

Il tema è stato di recente ripreso e sviluppato dalla giurisprudenza di legittimità che ha fornito un notevole apporto sugli aspetti più discussi in tema di remissione tacita con particolare riguardo all'ipotesi in cui la condotta del creditore si sostanzia nella mancata indicazione dei crediti litigiosi nel bilancio societario di liquidazione⁴⁵.

Secondo un orientamento ormai risalente⁴⁶, ma che per diverso tempo è stato seguito dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, la cancellazione della società dal registro delle imprese determinava un fenomeno successorio in capo ai soci delle poste attive del patrimonio societario anche se non indicate nel bilancio di liquidazione. Diversamente, le mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e i diritti di credito ancora incerti o illiquidi – la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale) – si ritenevano rinunciati dalla società creditrice sul presupposto del mancato espletamento, da parte del liquidatore, di atti finalizzati all'accertamento e al recupero dei medesimi prima dell'estinzione della società⁴⁷.

7717; Cass. 7 aprile 1999, n. 3333; Cass. 21 dicembre 1998, n. 12765; Cass. 10 giugno 1994, n. 5646; Cass. 27 giugno 1991 n. 7215; 18 giugno 1990 n. 6116; 12 giugno 1987 n. 5148, cfr. Cass. 20 giugno 2017, n. 15313; Cass. 29 maggio 2015, n. 11179; Cass. 2 luglio 2010, n. 15737; Cass. 10 ottobre 2003, n. 15180.

⁴³ F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Europa e Diritto Privato*, 2022, fasc. 1, 204 ss.; C. CICERO, *Sui presupposti della rimessione tacita del credito sociale non appostato nel bilancio di liquidazione*, in *Rivista del Notariato*, 2022, fasc. 1, 80 ss.

⁴⁴ Quale atto abdicativo di natura negoziale, la remissione del debito anzitutto «esige e postula che il diritto di credito si estingua conformemente alla volontà remissoria e nei limiti da questa fissati, ossia che l'estinzione si verifichi solo se ed in quanto voluta dal creditore con la conseguenza che la volontà di remissione presuppone anche, e in primo luogo, la consapevolezza, nel creditore, dell'esistenza del debito; peraltro, pur non potendosi presumere, la remissione del debito può ricavarsi anche da una manifestazione tacita di volontà, ma in tal caso è indispensabile che la volontà abdicativa risulti da una serie di circostanze concludenti e non equivoche, assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto di credito». Al riguardo, cfr. Cass. 14 luglio 2006, n. 16125; Cass. 4 ottobre 2000, n. 13169; Cass. 21 dicembre 1998, n. 12765; Cass., 9 novembre 2020, n. 32656. In dottrina, GIACOBBE-GUIDA, voce *Remissione del debito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 786 ss.

⁴⁵ F. ROSSI, *Mancata iscrizione di un credito litigioso nel bilancio societario e remissione del debito* (nota a Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2021, n. 1724), in *Giur. it.*, 2022, 336 ss.

⁴⁶ Cass., sez. un., 12 marzo 2013, nn. 6070 e 6071, in *Foro it.*, 2013, I, 2212, con nota di A. NIGRO, *Cancellazione ed estinzione delle società: una parola definitiva dalle Sezioni Unite*. In dottrina, E. CAPOBIANCO, «Morte» della società e sorte dei rapporti attivi e passivi, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 5 ss.

⁴⁷ Al riguardo, il primo spunto viene dalla sentenza Cass. 16 luglio 2010, n. 16758, la quale riguardava propriamente non il tema delle sopravvivenze (beni o diritti preesistenti alla liquidazione, quali residui attivi non liquidati e trascurati) o delle sopravvenienze attive (perché non se ne conosceva l'esistenza), ma la mera "pretesa giudiziaria volta... a far accertare la simulazione di un negozio risolutivo di cui la società cancellata era parte"; e dove si era concluso che, se la società sarebbe stata legittimata all'esercizio di una simile azione, essa non l'aveva però mai intrapresa: e, "con la decisione di porsi in liquidazione e cancellarsi dal registro (decisione che i controricorrenti sottolineano essere stata presa a suo tempo da tutti i soci all'unanimità), ha evidentemente scelto di non farlo". Con la conclusione che tale pregresso comportamento dimostra come la società abbia scelto di rinunciare proprio ad esperire l'azione.



Pertanto, la mancata iscrizione di crediti illiquidi o controversi configurava automaticamente una presunzione di rinuncia⁴⁸ sul presupposto che la scelta del liquidatore di procedere alla cancellazione senza aver prima agito per la determinazione del credito potesse essere ragionevolmente interpretata come un'univoca manifestazione di volontà di rinunciarvi.

La posizione assunta dalla giurisprudenza ha prestato il fianco a diverse critiche soprattutto sul versante dottrinale.

In particolare, notevole e condivisibile appare la riflessione di una corrente di pensiero che ha osservato che sarebbe stato più ragionevole interpretare quale manifestazione di una volontà abdicativa la mancata iscrizione dei crediti riferibili a beni e diritti definiti⁴⁹.

Alla luce delle criticità e dei limiti connessi a tale interpretazione giurisprudenziale, soprattutto sul versante dottrinale, la Corte ha rivisto e superato tale impostazione e con un successivo orientamento, ormai consolidato, ha negato ogni automatismo tra mancata iscrizione dei crediti in bilancio e rinuncia tacita e ha chiarito che «i crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione, a meno che tale omissione non sia accompagnata da ulteriori circostanze tali da non consentire dubbi sul fatto che l'omessa appostazione in bilancio possa fondarsi su altra causa, diversa dalla volontà della società di rinunciare al credito»⁵⁰.

Le ragioni di tale omissione, infatti, possono essere molteplici e non necessariamente riconducibili a una volontà abdicativa. La giurisprudenza ha elencato diverse possibili cause alternative, quali l'intenzione dei soci di cessare al più presto l'attività sociale, l'*arrière-pensée* di coltivare in proprio l'esazione del credito sopravvenuto o non appostato, la pendenza delle trattative per una transazione poi non avvenuta o, ancora, la semplice dimenticanza o trascuratezza del liquidatore⁵¹.

Il mero fatto che la società non abbia inserito un credito nel bilancio finale di liquidazione non genera una presunzione, neppure *iuris tantum*, di rinuncia della società a tali crediti (si ripete non ancora giudizialmente accertati nell'*an* e nel *quantum*) e non è di per sé sufficiente a integrare la volontà di rimettere il debito, prestandosi a diverse interpretazioni che non consentono di scorgere un intento dimissivo chiaro e inequivocabile.

⁴⁸ Tale soluzione, oltre a sollevare una serie di problemi applicativi – in primis, come distinguere tra mere pretese e crediti incerti e illiquidi ed altri crediti o pretese – manifesta una dubbia ragionevolezza in sé. Intuitivamente, infatti, sembra proprio la non iscrizione delle pretese iscrivibili ad esprimere con maggiore probabilità una qualche volontà abdicativa. In tal senso, v. PEPE, *Le implicazioni fiscali della morte (e resurrezione?) delle società cancellate dal registro delle imprese*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, I, 76; A. ZORZI, *L'estinzione delle società di capitali: la sorte delle "mere pretese" e "crediti illiquidi"*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 260 ss. SPERANZIN, *Estinzione delle società nella recente giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2021, 376 ss. GUERRIERI, *Cancellazione della società, rinuncia alle attività e sopravvenienze attive*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 611 ss. difficoltà di distinguere, sul piano concreto, tra mere pretese e diritti di credito non liquidi, da una parte, e diritti di credito certi e liquidi, dall'altra. Distinzione che, in astratto, può apparire chiara e netta, ma che sul piano applicativo può non sempre risultare agevole da definire.

⁴⁹ Cass., sez. I, 13 ottobre 2021, n. 27894.

⁵⁰ Cass. 22 maggio 2020, n. 9464. Nello stesso senso, Cass. 14 dicembre 2020, n. 28439 «i crediti di una società estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione, essendo a tal fine necessario un rigoroso esame del caso concreto volto a verificare le ragioni della mancata inclusione del credito nel bilancio di liquidazione o, quantomeno, l'effettiva conoscenza della sussistenza del credito in capo al liquidatore». Più recente cfr. Cass. civ., sez. trib., ordinanza n. 7863 del 17 marzo 2023 «La remissione del debito richiede una volontà abdicativa inequivoca del creditore e non può desumersi dalla mera omissione del credito nel bilancio finale di liquidazione, salvo che tale omissione sia accompagnata da ulteriori circostanze che escludano ogni altra giustificazione razionale diversa dalla volontà di rinunciare al credito». In dottrina, cfr. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione parziale del diritto di credito*, cit., 1166 ss.

⁵¹ Cass. civ., sez. III, n. 28439 del 14 dicembre 2020; Cass. civ., sez. VI, n. 36535 del 14 dicembre 2022.



La manifestazione della volontà abdicativa del creditore, sebbene tacita, deve in ogni caso essere indubitabile.

Da questa affermazione di base ne deriva il corollario secondo cui il mero silenzio non può essere interpretato quale manifestazione tacita di volontà⁵² sul presupposto che, prestandosi indubbiamente ad un margine di ambiguità e di dubbio in merito all'intento abdicativo⁵³, non può da solo indicare la presenza di un negozio remissorio. Per tale ragione è necessario che sia accompagnato dal compimento di atti o comportamenti idonei a manifestare una volontà inequivocabile⁵⁴.

6. – Alla luce del quadro delineato, appare evidente come l'intento remissorio non può essere ricavato da presunzioni ma è necessario che venga accertato sulla base di un comportamento che presenti i caratteri dell'univocità e della concluzione, in assenza dei quali deve essere esclusa la volontà di rimettere di debito⁵⁵.

Il dibattito sulla mancata iscrizione delle poste attive nel bilancio di liquidazione è tornato recentemente alla luce⁵⁶ con riguardo al profilo della sorte delle mere pretese o crediti incerti e illiquidi non incassati dalla società prima della sua estinzione che, nonostante l'orientamento fissato dalla giurisprudenza con il *leading case* del 2020, sembra essere ancora oggetto di questioni controverse.

Si ripropone, infatti, il problema dei crediti che, a differenza di un bene o di un diritto acquisito, richiedono un'attività di accertamento ulteriore, giudiziale o stragiudiziale, per potersi consolidare nell'*an* e nel *quantum*.

Al centro della discussione è la configurabilità di una tacita rinuncia della società ai crediti non compresi nel bilancio finale di liquidazione, come effetto automatico della cancellazione della medesima dal registro delle imprese, con conseguente estinzione, in pendenza del giudizio volto a farli accertare.

⁵² Cfr. Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3657, ove si legge che “L'amministratore di una società, con l'accettazione della carica, acquisisce il diritto ad essere compensato per l'attività svolta in esecuzione dell'incarico affidatogli. Tale diritto, peraltro, è disponibile e può anche essere oggetto di rinuncia attraverso una remissione del debito anche tacita, la quale tuttavia può desumersi soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli in modo univoco una sua volontà abdicativa, non essendo sufficiente la mera inerzia o il silenzio”. Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza della corte d'appello, la quale aveva ritenuto che l'amministratore avesse tacitamente rinunciato al suo compenso, soltanto perché durante tutta la durata dell'incarico e anche nell'anno successivo alla cessazione dalla carica non ne aveva mai richiesto il pagamento”.

⁵³ In questi termini si è espressa la Cass. civ., sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 24139 “è indispensabile che la volontà abdicativa risulti da una serie di circostanze concludenti e non equivoche, assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto di credito”; nello stesso senso, cfr. Cass. 3 ottobre 2018, n. 24139: “Perché la rinuncia sia individuabile in un “comportamento non sorretto da scritti o da parole o da altri codici semantici qualificati” occorre “che lo stesso faccia emergere una volontà oggettivamente e propriamente incompatibile con quella di mantenere in essere il diritto”; Cass. n. 2739/2018; Cass. 13 gennaio 2009, n. 460. “il silenzio e la mera tolleranza non possono essere interpretati come manifestazione tacita della volontà di rinunciare al diritto di credito, potendo piuttosto essere ispirati da benevolenza”. Cfr. Cass. 9 novembre 2021, n. 32656.

⁵⁴ Cass., Cass. 26 gennaio 202, n. 1724: «il silenzio, infatti, nel nostro ordinamento giuridico non può mai elevarsi a indice certo d'una volontà abdicativa o rinunciataria d'un diritto, a meno che non sia circostanziato, cioè accompagnato dal compimento di atti o comportamenti di per sé idonei a palesare una volontà inequivocabile [...] Ne consegue che i crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione, a meno che tale omissione non sia accompagnata da ulteriori circostanze tali da non consentire dubbi sul fatto che l'omessa appostazione in bilancio altra causa non potesse avere, se non la volontà della società di rinunciare a quel credito. Questo potrà verificarsi nel momento in cui il liquidatore, che non abbia agito per il recupero del credito, abbia operato una valutazione di convenienza in termini di realizzo, rinunciando ad intraprendere azioni di dubbio esito e ritenendo più conveniente procedere alla cancellazione» (Cass. 14 dicembre 2020, n. 28439).

⁵⁵ Cass. 4 ottobre 2000, n. 13169 e 21 dicembre 1998, n. 12765; Cass. 10 giugno 1994, n. 5646; Cass. 6 gennaio 1982, n. 4

⁵⁶ Cass. civ., sez. un., 16 luglio 2025, n. 19750.



Diventa fondamentale focalizzare l'attenzione sulla possibilità che la cancellazione della società possa costituire il presupposto fondante una rinuncia tacita alla pretesa creditoria.

A tal fine, appare necessario fare una premessa di ordine metodologico.

Sebbene nel linguaggio comune e in alcune pronunce i termini “remissione” e “rinuncia” siano usati come sinonimi in questo contesto, è possibile tracciare una distinzione concettuale alla luce dei principi esposti in materia di remissione del debito.

Come è stato ampiamente illustrato, la remissione del debito è l'istituto giuridico tipico attraverso cui si realizza l'estinzione di un'obbligazione per volontà del creditore e presenta dei requisiti specifici: unilateralità, recettività e necessità di una volontà consapevole e manifestata, anche se tacitamente⁵⁷.

La rinuncia a un diritto consiste nella volontà unilaterale di dismettere la titolarità dello stesso e in dottrina è stato osservato che nella fattispecie, a differenza della remissione, nessuno può interferire e impedire che la stessa produca l'effetto abdicativo⁵⁸.

La vera distinzione va rintracciata, pertanto, nella necessaria recettività della remissione, nonché nella diversa concezione del perfezionamento delle fattispecie.

Nell'istituto contemplato dall'art. 1236 cod. civ., il legislatore assegna una notevole rilevanza al ruolo del debitore nella vicenda estintiva, attribuendogli il potere di rifiutare la remissione. Tale circostanza mette in luce come lo scioglimento del rapporto obbligatorio incida in modo significativo sugli interessi di entrambi i soggetti della relazione. Da ciò discende l'importanza del rifiuto del debitore alla remissione.

Con riferimento alla rinuncia, invece, essa consiste nella dismissione del diritto da parte del suo titolare e non necessita, pertanto, di essere comunicata né di ricevere il consenso da parte di terzi, considerato che produce effetti solo nella sfera giuridica di chi la pone in essere.

La giurisprudenza utilizza analogamente i termini rinuncia e remissione e richiama indistintamente i due istituti, sebbene, nella fattispecie in esame, a configurarsi è la remissione tacita del credito.

Nel quadro di tali premesse l'orientamento giurisprudenziale prevalente ha ritenuto che, nell'ipotesi cancellazione volontaria, l'estinzione della società, ove intervenuta in pendenza di un giudizio dalla stessa originariamente intrapreso, non determina il venir meno della pretesa azionata, a meno che il creditore abbia manifestato, anche per *facta concludentia*, la volontà di rimettere il debito, comunicandola al debitore e sempre che quest'ultimo non abbia dichiarato, in un congruo termine, di non volerne profittare⁵⁹. Infatti, la remissione del debito non è soggetta a particolari requisiti di forma e, pertanto, sebbene possa ricavarsi anche da una manifestazione tacita di volontà, è indubbio che non possa esser

⁵⁷ Cass. civ., sez. I, n. 9464 del 22 maggio 2020; Cass. civ., sez. II, n. 13534 del 18 maggio 2021.

⁵⁸ F. ROSSI, *Mancata iscrizione di un credito litigioso nel bilancio societario e remissione del debito*, cit., 336 ss.

⁵⁹ cfr. Cass., sez. I, 22 maggio 2020, n. 9464 in tema di cancellazione di ufficio, ai sensi dell'art. 2490, ultimo comma, cod. civ., che l'estinzione della società dal registro delle imprese non consente di ritenere automaticamente rinunciato il credito controverso (nella specie derivante da un'azione promossa ai sensi dell'art. 2476 cod. civ.), poiché la regola è la successione in favore dei soci dei residui attivi, salvo la remissione del debito ai sensi dell'art. 1236 cod. civ., che deve essere allegata e provata con rigore da chi intenda farla valere, dimostrando tutti i presupposti della fattispecie, ossia la inequivoca volontà remissoria e la destinazione della dichiarazione ad uno specifico creditore (cfr. Cass., sez. VI, 31 dicembre 2020, n. 30075). Pronunce più recenti, hanno invece specificato le conseguenze dell'estinzione della società conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, distinguendo tra obbligazioni inadempite e i beni o i diritti non compresi nel bilancio finale di liquidazione, e le mere pretese, necessitanti di accertamento giudiziale, il cui mancato espletamento da parte del liquidatore che la società vi abbia implicitamente rinunciato, con la conseguenza che gli ex-soci non sono legittimati a farli valere in giudizio (cfr. Cass., sez. II, 9 agosto 2023, n. 24246; Cass., sez. III, 29 aprile 2024, n. 11411).



data da presunzioni e, quindi, è indispensabile che la volontà abdicativa risulti da una serie di circostanze concludenti e non equivoche, manifestamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto di credito.

I principi affermati dalla giurisprudenza aiutano a chiarire la fisionomia della remissione tacita che, lungi dall'identificarsi con una presunzione di rinuncia al credito, deve piuttosto essere esplicitata attraverso un comportamento del creditore rivolto in modo chiaro e reciso.

È stato rilevato inoltre che «la dichiarazione *a parte creditoris* si presume accettata dal debitore, e diventa pertanto operativa dei suoi tipici effetti estintivi, dal momento in cui la comunicazione perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata (art. 1334 c.c.), a meno che questa, avuto conoscenza della manifesta volontà remissiva, non dichiari entro un congruo termine di ricusarla e, quindi, di non volerne profittare»⁶⁰.

Alla luce dell'indagine svolta e dell'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza sul tema dell'omessa indicazione delle «mere pretese» nel bilancio di liquidazione societario, si giunge alla conclusione che, in presenza di una cancellazione richiesta dal liquidatore della società ed operata in corso di causa, presumere *juris et de jure* una rinuncia della stessa al diritto azionato sarebbe un errore. L'esistenza della rinuncia, da ricondurre alla remissione del debito di cui all'art. 1236 cod. civ., va allegata e provata con rigore da chi intenda farla valere.

In tal senso, le Sezioni Unite, con una recente decisione⁶¹, hanno affermato che ricorre in capo al debitore convenuto in giudizio dall'*ex-socio*, o nei confronti del quale quest'ultimo intenda proseguire un giudizio promosso dalla società, l'onere di allegare e provare la sussistenza dei presupposti necessari per l'estinzione del credito e, precisamente, è fondamentale fornire la prova della manifestazione inequivoca di tale volontà del creditore e la destinazione della dichiarazione di remissione⁶².

Tale principio è stato ritenuto applicabile, a fortiori, anche quando la cancellazione abbia avuto luogo d'ufficio, ai sensi dell'art. 2490, ultimo comma, cod. civ., per il mancato deposito dei bilanci, osservandosi che in tal caso mancano già in astratto i presupposti della rinuncia⁶³.

Sul tema, la decisione delle sez. un. non presenta rilevanti aspetti di novità rispetto all'orientamento prevalente della giurisprudenza ma consente di delineare un quadro ancora più completo, dal quale emerge che sia che si tratti di crediti certi e liquidi, sia che si tratti di mere pretese, crediti illiquidi o

⁶⁰ Cass. civ., 22 febbraio 1995, n. 2021. In dottrina, v. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 402; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 461 s. Cfr. anche ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, cit., 250 ss.; S. ROMANO, *Sulla remissione del debito*, in *Econ. cred.*, 1970, 567 s.; L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Giuffrè, 1960, 71 ss.; FERRARI, *Riflessioni in tema di rinuncia al credito e di remissione del debito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 10 ss.; SPANGARO, *La remissione del debito*, in *Le obbligazioni*, I, *Le obbligazioni in generale (1173-1320 c.c.)*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, 481 ss.; VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, in *Obbl. contr.*, 2012, 529 ss.; G. BENEDETTI, *Struttura della remissione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1303 ss.

⁶¹ Cass. civ., sez. un., 16 luglio 2025, n. 19750.

⁶² Cass. civ., sez. un., 16 luglio 2025, n. 19750 «L'estinzione della società, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non comporta anche l'estinzione dei crediti della stessa, i quali costituiscono oggetto di trasferimento in favore dei soci, salvo che il creditore abbia inequivocamente manifestato, anche attraverso un comportamento concludente, la volontà di rimettere il debito, comunicandola al debitore, e sempre che quest'ultimo non abbia dichiarato, in un congruo termine, di non volerne profittare: a tal fine, non risulta tuttavia sufficiente la mancata iscrizione del credito nel bilancio di liquidazione, la quale non giustifica di per sé la presunzione dell'avvenuta rinuncia allo stesso, incombendo al debitore convenuto in giudizio dall'*ex-socio*, o nei confronti del quale quest'ultimo intenda proseguire un giudizio promosso dalla società, l'onere di allegare e provare la sussistenza dei presupposti necessari per l'estinzione del credito».

⁶³ Cass., sez. I, 22 maggio 2020, n. 9464, cit.



sopravvenuti, bisognerà ragionevolmente ammettere la loro trasmissibilità agli *ex soci* anche se non inclusi nel bilancio finale di liquidazione, a meno che, nella fattispecie, non ricorrano altri elementi o circostanze da cui si possa desumere in maniera inequivocabile una volontà remissoria.

Ne consegue che in tema di cancellazione della società, la regola è costituita dalla sopravvivenza dei crediti della stessa, nei quali sono destinati a succedere i soci, salvo la remissione del debito ai sensi dell'art. 1236 cod. civ., e sulla parte che resiste alla pretesa incombe l'onere di far valere l'avvenuta estinzione del credito azionato nei suoi confronti, allegando e provando la sussistenza di un'inequivoca manifestazione di volontà remissoria, avente lei stessa come specifica destinataria.

7. – Le elaborazioni dottrinali sulla remissione del debito e i principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità, consentono di tracciare le coordinate assiologiche della fattispecie con particolare riguardo al profilo più controverso che attiene all'ipotesi di remissione tacita.

Nel contesto della disciplina dell'istituto, sembra emergere, in un certo senso, il *favor* del legislatore nei confronti del debitore. Infatti, com'è stato ampiamente osservato, questi può non accettare la remissione da parte del creditore a tutela del suo interesse ad eseguire la prestazione. Tale aspetto assume centrale rilevanza poiché, alla luce dei principi in materia di obbligazioni, la realizzazione dell'interesse interno del rapporto obbligatorio avviene con l'adempimento, che rappresenta la causa estintiva che soddisfa appieno sia l'interesse del creditore che del debitore⁶⁴.

L'interesse del debitore riveste un ruolo fondamentale anche sotto un altro profilo, ovvero nell'ipotesi in cui il creditore assuma un contegno silenzioso e possa ingenerare nel debitore l'affidamento nella remissione – tacita – del suo debito, come nel caso della mancata indicazione da parte di una società di un credito nel bilancio finale di liquidazione.

Tale circostanza, tuttavia, non può essere interpretata *sic et simpliciter* quale presunzione di una volontà dismissiva, ma, come chiarito dalla giurisprudenza anche nelle più recenti decisioni, deve essere contestualizzata e rapportata al singolo caso concreto.

È indubbio che debba essere garantita la tutela dell'affidamento del debitore nella remissione per *facta concludentia*, ma il comportamento del creditore deve in ogni caso, anche tramite un contegno silenzioso, essere manifestazione oggettiva di una rinuncia. In altri termini, l'intento non può desumersi dal mero silenzio – privo di efficacia negoziale – ma da un fatto che, alla luce delle circostanze del caso concreto, attribuisca al contegno del creditore valore abdicativo.

In conclusione, la valorizzazione dell'interesse del debitore non può trasfigurare l'istituto della remissione che, sebbene possa essere rifiutata da quest'ultimo, resta comunque un negozio giuridico unilaterale posto in essere dal creditore e che può configurarsi in forma tacita solo allorché il creditore ponga in essere un comportamento concludente dal quale possa desumersi la volontà di estinguere il rapporto obbligatorio.

⁶⁴ La tesi è sostenuta da A. FALZEA, *L'offerta reale*, cit., 7 ss.



RAFFAELE VERDICCHIO

Dottorando – Università degli Studi di Brescia

L'IMPATTO DELLO “SMART CONTRACT” SULLE CATEGORIE DEL DIRITTO CIVILE: OSSERVAZIONI SUL RAPPORTO TRA SMART CONTRACT E OBBLIGAZIONE

SOMMARIO: 1. Valore giuridico e politico del concetto di smart contract. – 2. Ambiti applicativi. – 3. Tentativi definitivi e classificatori. – 4. Smart contract e dogmatica del rapporto obbligatorio. – 5. Riorientare il dibattito.

1. – Nei tempi più recenti si è avvicinato un consistente novero di studi sul fenomeno accreditatosi – dapprima nelle scienze informatiche, quindi nella scienza giuridica – con il nome di “*smart contract*”¹. Malgrado la curiosità degli operatori del diritto per le implicazioni derivanti dall'estensione dell'*acquis* informatico ai rapporti contrattuali, la figura dello *smart contract* rimane avviluppata in una nebbia concettuale che stenta a diradarsi, al punto di indurre a pensare che una certa forma di indeterminatezza le sia consustanziale. Tale indeterminatezza, quasi inevitabilmente, si riflette sulle categorie giuridiche in qualche misura toccate dal fenomeno. Non solo, dunque, la categoria immediatamente richiamata dal confronto con lo *smart contract*, cioè il contratto, ma in particolar modo – e in maniera più sottile – ne risentono anche le caratteristiche strutturali e funzionali del rapporto obbligatorio.

Sviluppatosi nella zona di confine tra il dominio tradizionale del diritto e le nuove sfere di influen-

¹Tra i saggi più significativi in letteratura sul tema si annoverano T. PELLEGRINI, *Prestazioni autoesecutive: Smart contract e dintorni*, in *Comp. dir. civ.*, 2019; R. PARDOLESI-A. DAVOLA, “*Smart Contract*”: *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Foro it.*, 2019, V; F. DELFINI, *Blockchain, smart contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2019; M.F. CAMPAGNA, *Gli scambi attraverso algoritmi e il problema del linguaggio. Appunti minimi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2019; C. AMATO, *La computerizzazione del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2020; A.U. JANSSEN-F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contract*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, 1; A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021; E. BIVONA, *Smart contracts e “interferenze” con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, in *Pers. merc.*, 2021; P. SIRENA-F.P. PATTI, *Smart contracts and automation of private relationships, in Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, 2021; A. D'ADDA, *Smart contract e diritto generale dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, n. speciale, 2022; nonché, tra le pubblicazioni straniere, A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: «Smart» Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016; M. RASKIN, *The law and legality of smart contracts*, in *Geo. L. Tech. Rev.*, 2017; K. WERBACH-N. CORNELL, *Contracts ex machina*, in *Duke L. J.*, 67, 2017; A. J. KOLBER., *Not-so-smart blockchain contracts and artificial responsibility*, in *Stan. Tech. L. Rev.*, 198, 2018. Tra i lavori di più ampio respiro, si segnalano soprattutto A. STAZI, *Automazione contrattuale e contratti intelligenti*, Giappichelli, 2019; M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Il Mulino, 2021; I. MARTONE, *Gli Smart Contracts. Fenomenologia e funzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022.



za delle tecnologie algoritmiche², il discorso sullo *smart contract* si riveste anche di un connotato *lato sensu* politico, puntualmente ricavabile dall'itinerario storico di evoluzione della figura, dalle rare e disorganiche disposizioni che ambirebbero a costituirne le prime regolamentazioni, nonché dalle relazioni e dai “considerando” che accompagnano gli atti dell'Unione europea ad esso relativi.

Già al momento del suo avvio, invero, il dibattito sullo *smart contract* rivela un preciso retroterra culturale, correlato ad una aprioristica esaltazione dell'imminente rivoluzione digitale e alla sua idoneità ad affrancare la circolazione della ricchezza dal controllo degli ordinamenti giuridici³. La paternità dell'espressione *smart contract* si deve, più nello specifico, a Nick Szabo, che in un articolo lo definì come «*a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on the other promises*»⁴. Già altrove lo stesso autore aveva definito lo *smart contract* come «*electronic transaction protocol that executes the terms of a contract*»⁵, lasciando intendere l'idoneità dell'espressione ad operare su piani diversi del rapporto obbligatorio, muovendosi dalla sua fonte alla sua estinzione, fisiologicamente connaturata ad un'esecuzione che, assumendo contorni predefiniti e standardizzati, non potrebbe che dirsi certa ed esatta.

All'utilizzo di tale strumento nella gestione dei rapporti interindividuali si sarebbero ricollegate, nell'opinione di chi scriveva, una serie di conseguenze desiderabili per i traffici giuridici: precipuamente, la minimizzazione della necessità di ricorrere a intermediari e la maggiore efficienza nel soddisfare l'interesse delle parti, senza il rischio di paralisi dovute all'opposizione di eccezioni per ritardare o evitare l'adempimento delle obbligazioni⁶. Tali obiettivi, in realtà, sarebbero stati pur sempre inter-

² Le premesse assunte alla base della riflessione sui rapporti tra diritto e tecnica influenzano in maniera determinante i risultati dell'indagine. Il dibattito attuale è segnato dalla insorgenza di proposte metodologiche orientate a valutare la misura del tecnicamente possibile come regola dei rapporti tra privati (Cfr. A. WRIGHT-P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the rise of lex Cryptographia*, 2015, reperibile presso ssrn.com). Ad ammonire sulle derive di una tecnica che, da “regolato”, si faccia “regola”, tornano con grande attualità le parole di N. IRTI, *Fenomenologia del diritto debole*, in *Nuove frontiere del Diritto – Dialoghi su giustizia e verità*, Edizioni Dedalo, 2001, 38 ss. L'approccio seguito in questa sede risente della fondamentale osservazione che la tecnica è affatto agnostica rispetto agli scopi da perseguire mediante il suo utilizzo, a ciò conseguendo che la selezione di questi obiettivi debba essere operata dalla volontà politica, in una sintesi che temperi l'esercizio dei diritti individuali con il principio costituzionale di solidarietà. In questo senso, cfr. L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, ora in *Scritti*, I, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Giuffrè, 2011, 42.

³ Ci si riferisce all'orientamento dei cripto-anarchici, una corrente di pensiero di ispirazione anarco-liberista che ha colto nei progressi della crittografia e dell'informatica una via per realizzare gli obiettivi appena detti. Cfr., *inter alios*, *Crypto Anarchy and Virtual Communities*, reperibile presso nakamotoinstitute.org.

⁴ N. SZABO, *Smart contracts – building blocks for digital free markets*, in *Extropy – Issue 16*, 1996, ora reperibile presso archive.org.

⁵ N. SZABO, *Smart contracts*, 1994, consultabile presso www.fon.hum.uva.nl.

⁶ N. SZABO, *Smart contracts*, cit. Quest'ultima finalità, in verità, rende palese una necessità avvertita in ogni ordinamento. Si può cogliere il parallelismo tra la funzione dello *smart contract* e quella della clausola *solve et repete*, non ancora normata sotto il vigore del vigente Codice civile e poi recepita e regolata nell'art. 1462 cod. civ. Essa, dapprima accedendo ai contratti di locazione in favore del locatore, aveva guadagnato grande diffusione nella prassi negoziale, a tal punto da venire in dottrina parificata al patto di anticipato pagamento del prezzo o a un onere di cauzione per il pagamento di quanto dovuto, come riportato nella compiuta ricostruzione dell'istituto data da E. LECCESE, *La clausola solve et repete*, Giuffrè, 1998, 12 ss.; F. ADDIS, *Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche ed atipiche*, a cura di M. Confortini, I, Utet, 2017, 773 ss.; ID., *Le eccezioni dilatorie*, II ed., in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. Roppo, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, 747 ss. Con un parallelismo funzionale, lo *smart contract* è finalizzato a evitare che eccezioni strumentali possano evitare o ritardare la prestazione dovuta, peraltro oncurante dei limiti di efficacia posti dall'art. 1462 cod. civ. Il parallelismo tra *smart contract* e clausola *solve et repete* non è senza riscontri in dottrina. Cfr. E. BIVONA, *Smart contracts*, cit., 790; A. D'ADDA, *Smart contract*, cit., 111; T. PELLEGRINI, *Prestazioni autoesecutive*, cit., 862; I. MARTONE, *Gli smart contracts*, cit., 172.



medi rispetto ad una finalità ultima, vale a dire la configurazione di una modalità di svolgimento dei traffici idonea a ridurre i costi transattivi⁷, espressione di un'inefficienza economica deleteria per il mercato.

Agli albori delle riflessioni sullo *smart contract*, tuttavia, l'idea di un *enforcement* automatico delle prestazioni dovute in forza di obbligazioni contrattuali non trovava corrispondenza in un supporto tecnico in grado di garantirne l'attuazione. A tal punto ciò è vero, che l'esempio allora addotto di *smart contract* consisteva in un fenomeno da tempo noto nella prassi negoziale, ossia lo scambio che si perfeziona attraverso un distributore automatico di beni. Su questo tema, la dottrina più risalente si era espressa già agli inizi del '900, in particolar modo cercando di riportare a una sistemazione teorica appagante quella (per allora) nuova prassi commerciale, riconducendola alle categorie dell'offerta *in incertam personam* e della (non ancora disciplinata) offerta al pubblico⁸.

Le considerazioni di questa dottrina, suggestive se colte con riguardo alla comparsa delle prime occorrenze di contrattazione non individualizzata, appaiono del tutto anacronistiche ora che lo scenario è venuto a complicarsi per via di guadagni tecnologici che hanno dischiuso allo *smart contract* una dimensione non più meramente ipotetica o limitata a scambi di modico valore. Il cambio di paradigma si è registrato in seguito all'implementazione di strutture interamente digitali – le *blockchain* – realizzate sulla base di tecnologie a registri distribuiti, le cc.dd. DLT (*Digital Ledger Technologies*)⁹.

Queste piattaforme, seppur rispondenti alla medesima logica di garantire la certezza delle vicende circolatorie dei beni, soggiacente anche all'istituzione dei più tradizionali registri immobiliari, diverge da questi ultimi in maniera significativa sotto il punto di vista strutturale¹⁰. La peculiarità delle *blockchain* risiede nella circostanza che, una volta predisposta la piattaforma, essa non è gestita a livello centralizzato, ma congiuntamente da tutti i suoi utenti¹¹, che verificano i dati ivi immessi e li accorpano in blocchi, collegando l'uno all'altro mediante contrassegni crittografici, sicché, una volta aggiunto un blocco di dati al precedente, essi si consolidano in maniera tendenzialmente immutabile¹².

⁷L'espressione è da intendersi in senso lato come l'insieme dei costi che si sostengono per realizzare il risultato di un'operazione economica, comprensivi di costi di informazione, di negoziazione e, soprattutto in questo caso, di *enforcement*. L'obiettivo politico della riduzione dei costi di transazione richiama subito alla mente la prospettiva dell'analisi economica del diritto, a cui è estranea la sensibilità del giurista continentale per la categorizzazione anche dogmatica degli istituti. Su questo punto cfr. G. REMOTTI, *Blockchain smart contract. Un primo inquadramento*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, 1, 191-192.

⁸Il dibattito di inizio '900 era polarizzato sulla dubbia natura negoziale dello scambio con l'automa, per tale intendendo il meccanismo «che rende possibile l'esecuzione di una prestazione senza l'intervento dell'opera del prestante», come si legge in A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, 1901, ora in *Scritti Minori*, II, Giuffrè, 1965, 287. A uno tra gli orientamenti allora prevalenti, che giustificava l'effetto acquisitivo del bene erogato sulla base dell'occupazione di una *res derelicta* – secondo il modello dello *jactus missilium* – Cicu oppose che l'esito dell'acquisto fosse pacificamente frutto della *traditio* del bene da parte del predisponente la macchina all'utente che se ne serviva.

⁹Cfr. S. LOCARATOLO, *Diritto e tecnologia tra "blockchain" e "smart contract": vantaggi e criticità nelle prassi commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2022, 587 ss.

¹⁰La pubblicità delle vicende relative ai beni immobili, che ha natura dichiarativa, serve a regolare il conflitto tra titolari di più diritti sullo stesso bene, che è risolto proprio sulla base delle risultanze del registro. Nel caso, invece, dell'acquisto di beni digitali esistenti sulle piattaforme a registro distribuito, come si vedrà, la trascrizione assurderebbe ad elemento costitutivo della fattispecie acquisitiva, avendo questi beni un regime circolatorio che fisiologicamente richiede la trascrizione sul registro, di modo che un conflitto di diritti sullo stesso bene non è nemmeno possibile. Per questo motivo è da rigettare l'opinione per cui la circolazione della proprietà immobiliare possa, *de iure condito*, avvenire attraverso la *tokenizzazione*, comportando ciò un radicale ripensamento dei rapporti tra contratto e pubblicità dichiarativa.

¹¹A.J. KOLBER, *Not-so-smart blockchain contracts*, in *Stan. Tech. L. Rev.*, 198, 2018, 207.

¹²Ancorché estremamente infrequente, la possibilità che la catena sia modificata non si può escludere in maniera radica-



Ogni utente della piattaforma (c.d. “nodo”), astrattamente, può aggiornare la catena di blocchi, a seconda della modalità di validazione delle operazioni attuate tramite queste tecnologie¹³. Non gioverebbe all’economia del presente contributo dilungarsi sulla descrizione delle tipologie di *blockchain* attualmente utilizzate nel mercato, pur trattandosi di un aspetto che incide sulle modalità di esecuzione dello *smart contract*. Per quanto si ambisca ad impostare un discorso unitario, infatti, le piattaforme che si fondano su tecnologie a registri distribuiti presentano caratteri molto diversi, assestandosi su una serie di equilibri intermedi tra gli estremi della piattaforma senza alcun controllo all’accesso (c.d. *permissionless blockchain*) e della piattaforma privata (c.d. *permissioned blockchain*), in cui taluni nodi esercitano un controllo all’accesso e all’attività di validazione¹⁴.

2. – L’analisi della tecnologia che fa da ecosistema degli *smart contract* occupa un ruolo quasi egemone nella riflessione, a tal punto che è ormai raro il riferimento alla figura senza considerare come presupposto anche il suo sostrato tecnologico. Questa tendenza a sovrapporre i due elementi si deve al fatto che allo stadio attuale la figura dello *smart contract* è stata utilizzata principalmente come *vestmentum* per scambi di *token*, ossia di rappresentazioni digitali di valore che strutturalmente avvengono tramite queste tecnologie¹⁵. Non potendo esistere e circolare che sulle piattaforme *blockchain*, i *token* sono sequenze di codice informatico in cui vengono incorporate informazioni, valori e diritti, la cui titolarità è individuata in maniera inequivoca sulla base delle risultanze del registro digitale.

L’esempio più risalente di *token*, celebre anche presso il pubblico non specializzato, è stato il *bitcoin*, oggi tra le valute virtuali principalmente utilizzate¹⁶. Nell’ultimo decennio, tuttavia, le tipologie

le. La circostanza che in taluni casi sia accaduto vale a ridimensionare notevolmente l’opinione di chi inquadra la circolazione dei beni su *blockchain* come nuovo paradigma di certezza. La fragilità di questo assunto ha avuto riscontro, non isolato, nel caso *TheDAO*, da cui derivò la deviazione su un portafoglio privato di *asset* per un valore pari a 60 milioni di dollari. Per una approfondita ricostruzione di questo episodio cfr. U. RODRIGUES, *Law and the blockchain*, in *Iowa L. Rev.*, 104, 2018, 28 ss.; A.J. KOLBER, *Not-so-smart blockchain contracts*, cit., 210 ss.

¹³ Occorre precisare che con il termine “validazione” si allude a un elemento tecnico che presiede alla registrazione dello *smart contract* nella *blockchain*, in nessun modo legato a questioni relative alla validità del contratto. In altri termini, la procedura di validazione non è finalizzata a conferire validità giuridica al codice con cui si automatizza l’esecuzione del contratto, ma solo a consentire la registrazione sul *database* decentralizzato. Cfr. E. MIK, *Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity*, in *L. Innov. Tech.*, 2017, reperibile presso ink.library.smu.edu.sg, 9. La validazione avviene sulla base di meccanismi di consenso, su cui indicazioni approfondite possono essere reperite in F. SARZANA DI SANT’IPPOLITO-M. NICOTRA, *Diritto della Blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, Wolters Kluwer, 2018, 26 ss.

¹⁴ La letteratura specialistica in tema di *blockchain* ha raggiunto dimensioni spropositate. Per alcune indicazioni utili a inquadrare i temi di cui si discorre, cfr. V. A. GASCHI-V. PORTALE, *La definizione di Blockchain e distributed ledger*, in *Blockchain e Smart Contract*, a cura di R. Battaglini e M.T. Giordano, Giuffrè, 2019, 20; F.P. PATTI, *Blockchain, smart contracts e criptovalute*, in *Manuale di diritto privato delle nuove tecnologie*, a cura di G. Magri, S. Thobani, S. Martinelli, Giappichelli, 2022, 261. Per una trattazione ampia delle tipologie di *blockchain*, cfr. F. SARZANA DI SANT’IPPOLITO-NICOTRA, *Diritto della Blockchain*, cit., 21 ss.; M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contracts nell’innovazione del diritto del terzo millennio*, in *Dir. inf.*, 2018, 1006 ss.

¹⁵ La difficoltà di trasportare su *blockchain* vicende inerenti a diritti su beni fisici non è trascurata neppure dai più entusiasti fautori della contrattazione *smart*, come rilevato dal report della Commissione europea *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, 2020, 55, in cui si ribadisce che «real-world assets cannot be traded on blockchain-based systems, unless design choices are made which necessarily remove all advantages the technology offers over existing solutions».

¹⁶ La definizione di valuta virtuale per il diritto interno è reperibile nel d.lgs. n. 90/2017 (art. 1, comma 2, lett. *qq*) come la «rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un’autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l’acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata



di *token* sono venute diversificandosi sotto il profilo funzionale, tanto da rendere difficile ricondurre questi nuovi beni digitali ad un'unica categoria. A tale proposito, vengono individuate essenzialmente tre macrocategorie di *token*: *utility token*, che consentono l'accesso a un determinato bene, a una piattaforma o a un servizio digitale; *payment token*, utilizzati come strumenti di pagamento; *asset token* (o *token* di investimento), che rappresentano azioni od obbligazioni immesse in circolazione da un emittente¹⁷. Ancor prima dell'introduzione del recentissimo regolamento UE 2023/1114, la cui finalità programmatica è di predisporre requisiti uniformi di disciplina dei mercati delle cripto-attività¹⁸, era stata colta l'equiparabilità di taluni *token* agli strumenti finanziari come individuati dalla direttiva UE n. 65/2014 (c.d. MiFID II), con la loro conseguente ricaduta nella portata applicativa di quest'ultima¹⁹.

La necessità di una regolazione delle cripto-attività è stata ragionevolmente sollecitata dall'emersione delle *ICOs*, acronimo di *Initial Coin Offerings*, sulla falsariga delle offerte pubbliche di prodotti finanziari (*IPOs*)²⁰, di cui mutuano la terminologia²¹. A differenza delle *IPOs*, che risentono di una penetrante opera di intermediazione professionale²², le *ICOs* si sono caratterizzate per il loro svilupparsi interamente nel contesto disintermediato della *blockchain*, in particolar modo sulla piattaforma *Ethereum*. Nel suo funzionamento di base, la *ICO* si configura come un'offerta al pubblico di *token* da parte di un emittente, col fine di reperire risorse da destinare a determinati progetti imprenditoriali. A precedere l'offerta vi è solitamente un *White Paper*, cioè un prospetto che illustra le finalità dei progetti e le loro modalità di svolgimento, nonché le caratteristiche dei *token* emessi e altre informazioni rilevanti per l'operazione²³. Lo scambio tra i *token* dell'emittente e la criptovaluta degli investitori avviene attraverso uno *smart contract*, programmato per eseguire automaticamente le prestazioni una

e negoziata elettronicamente». Significativo è come l'espressione *smart contract* fosse utilizzata già a proposito del trasferimento di *bitcoin* con finalità di pagamento. Questo, tra vari argomenti, depone nel senso che "*smart contract*" sia un termine impiegato per lo più attecnicamente, a patto di non voler considerare il pagamento in ogni caso come un atto negoziale.

¹⁷ In realtà, malgrado le difficoltà a stabilire una precisa tassonomia di questi strumenti, le classificazioni arrivano ad essere molto più elaborate. Per una trattazione più approfondita, cfr. F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO-NICOTRA, *Diritto della Blockchain*, cit., 41 ss. Il regolamento UE 2023/1114 si avvale di una classificazione tripartita: (i) *token* di moneta elettronica; (ii) *token* collegati ad attività; infine, (iii) una categoria residuale che annovera *token* diversi dai tipi appena elencati, tra i quali rientrano, a titolo esemplificativo, gli *utility token* come definiti *supra*.

¹⁸ Cfr. M. LEMBO, *Il Regolamento UE 2023/1114 (MiCA) sul mercato delle criptovalute*, in *Contr.*, 2025, 70 ss.

¹⁹ L'ipotesi è ventilata dallo *Study on Blockchains*, cit., 87, che non nasconde che la soluzione si muoverebbe su un terreno assai sdrucchioloso. La definizione funzionale di strumenti finanziari (*securities*) operata dalla direttiva sarebbe, infatti, idonea a ricomprendere i *token* che non siano meri strumenti di pagamento. Viene in rilievo l'art. 4 (44) della direttiva, laddove essa prevede che "valori mobiliari" siano «categorie di valori negoziabili nel mercato dei capitali». La lett. c del menzionato articolo individua una fattispecie residuale, secondo cui nella categoria rientra «qualsiasi altro valore mobiliare che permetta di acquisire o di vendere tali valori mobiliari o che comporti un regolamento a pronti determinato con riferimento a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, merci o altri indici o misure». Gli elementi per valutare se un *token* sia uno strumento finanziario ai sensi della direttiva e per i relativi effetti sono, dunque, i) natura mobile del bene, ii) negoziabilità e iii) standardizzazione. Questo ultimo elemento consente di escludere dalla qualifica di strumenti finanziari i cc.dd. *NFT* (*Non Fungible Tokens*), che non costituiscono una categoria con caratteristiche omogenee, ma individuano volta per volta cose determinate e non fungibili (licenze d'uso di proprietà intellettuale, opere d'arte digitali, brani musicali, etc.). L'attitudine anche di questi ultimi a circolare in un contesto smaterializzato li rende, cionondimeno, ampiamente negoziabili su *blockchain*.

²⁰ D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) art. 1, comma 1, lett. t.

²¹ A sottolineare la similitudine dell'*ICO* con l'*IPO* e a sollecitarne una compiuta regolazione era intervenuta in precedenza anche la CONSOB, con il documento *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività. Rapporto finale, 2020*.

²² Come nota A. LAUDONIO, *Distributed ledger technology e ICOs*, in *Riv. dir. banc.*, 1, 2023, 84.

²³ La pubblicazione di un *White Paper* è divenuta oggi obbligatoria ai sensi degli artt. 4, 17 del regolamento UE 2023/1114.



volta avveratasi una condizione sospensiva, generalmente l'acquisto di un numero minimo di *token*, come previsto nel prospetto informativo.

Una chiave di lettura utile per illuminare il funzionamento degli *smart contracts* nell'ambito delle *ICOs* è suggerita da due autori, che ne paragonano la dinamica sottesa a quella tipica dell'*escrow arrangement*²⁴. La figura in questione, sviluppatasi negli ordinamenti di *common law*, ha caratteristiche che la pongono al crocevia tra gli schemi tipici del deposito e del mandato²⁵ e consente la maggiore sicurezza dell'adempimento delle obbligazioni derivanti da un contratto principale, a cui accede. Tra i vari motivi che nella prassi giustificano il ricorso a tale strumento, può esservi la reciproca carenza di fiducia delle parti in ordine alla fedeltà al contratto della controparte. Sicché esse, simultaneamente o in differita, effettuano le loro prestazioni a un terzo, con la previsione che quest'ultimo le consegnerà ai creditori nell'ipotesi in cui una certa condizione pattuita si avveri. In altri termini, la funzione realizzata dall'*escrow arrangement* sarebbe di sostituire la fiducia delle parti tra di loro con quella in un terzo scelto di concerto. Si tratta di un istituto utilizzato soprattutto in ambito finanziario, per la compravendita di partecipazioni sociali, e in ambito societario, nelle operazioni straordinarie, specialmente quando sia coinvolto un elemento transfrontaliero²⁶. Avuto particolare riguardo alla regolamentazione italiana della fase di pendenza del rapporto negoziale sospensivamente condizionato e, segnatamente, alla disciplina offerta dagli artt. 1356 e 1358 cod. civ., l'*escrow agreement* si rivela particolarmente utile in via preventiva, sottraendo alle parti la disponibilità materiale dei beni oggetto del contratto per neutralizzare il rischio dell'inadempimento o del ritardo²⁷.

In linea con l'ambizione di strutturare un ambiente in cui la certezza delle operazioni economiche non sia inficiata dagli ondivaghi e imprevedibili comportamenti umani, nella logica dello *smart contract* il compito svolto ordinariamente dal terzo nell'*escrow arrangement* è sostituito dalla attività della catena di blocchi. I beni (*token*, criptovalute, etc.) che le parti intendono negoziare vengono custoditi in un portafoglio digitale dal quale non possono essere più unilateralmente sottratti. Al verificarsi di una condizione rilevata da una persona fisica o da un *software* definito "oracolo", quegli stessi beni sono automaticamente trasferiti; altrimenti sono restituiti a chi li ha conferiti, con il pregio della certezza e della immediatezza del trasferimento. Il fenomeno delle *ICOs*, dopo aver avuto ampio sviluppo a partire dal 2017, sembra essersi ridimensionato anche in ragione degli esiti di alcuni progetti di finanziamento, tra cui quelli relativi alle organizzazioni decentralizzate. Da ciò è conseguito un riorientamento degli investitori verso un modello più sicuro, quello delle *IEOs* (*Initial Exchange Offerings*), in cui il mercato dei *token* è mediato da soggetti con funzioni di controllo²⁸.

²⁴ Si tratta di K. WERBACH-N. CORNELL, *Contracts ex machina*, cit., 344; Il parallelismo tra *smart contract* ed *escrow agreement* è ripreso, con tanto di illustrazione del linguaggio di programmazione coinvolto, anche da F. BASSAN-M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai "contracts on chain"*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 585 e 586 e 607 ss.

²⁵ A proposito di questa figura, P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contracts*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 111, parla in generale di deposito presso terzi. Per una panoramica sui rapporti tra *escrow* e figure affini, nonché sull'impiego dello schema contrattuale nella prassi cfr. Z. MENOTTI, *Do you need escrow?*, Wolters Kluwer, 2019, 4, secondo cui la traduzione più accreditata di *escrow agreement* sarebbe «deposito di garanzia», a sottolineare la prevalenza del deposito sugli altri tipi negoziali.

²⁶ Z. MENOTTI, *Do you need escrow?*, cit., 99 e 100.

²⁷ Cfr. G. MARCHETTI, *Lineamenti evolutivi della potestatività condizionale: dal contratto allo smart contract*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 96 ss., spec. 121 ss.

²⁸ A. LAUDONIO, *Distributed ledger technology*, cit., 8, nt. 2.



I rischi propri della decentralizzazione in un settore delicato come quello finanziario sembrano in via di superamento a seguito dell'introduzione del già menzionato regolamento UE 2023/1114. Segnatamente, esso attribuisce diritti ai detentori di *token*²⁹ e pone in maniera stringente obblighi e requisiti di diversa natura agli emittenti di *token*³⁰ e ai prestatori di servizi per le cripto-attività³¹, per tali intendendo coloro che offrono i servizi indicati all'art. 3, comma 1, lett. 16 del regolamento³².

È significativo notare che nella recente normativa europea è scomparso ogni riferimento all'espressione *smart contract*, ormai divenuta – avuto riguardo alla sua conformità al dato normativo – sintesi verbale di uno stadio primitivo dello sviluppo degli studi di *Law and technology*. In altre parole, calata la maschera delle apparenze, non manca chi accusa lo *smart contract* di essere uno pseudoconcetto inconsistente³³, probabilmente capace di polarizzare il dibattito solo perché la sua prima e fondamentale applicazione è relativa ai *token*, su cui la strategia europea di digitalizzazione punta³⁴.

A favore di tale conclusione depone altresì il fatto che, nella risoluzione del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali, il Parlamento Europeo, al considerando lett. O, prende atto della diffusione di “contratti intelligenti” – peraltro senza alcuna precisazione su che cosa essi siano, salvo un richiamo generico alla loro auto-esecuzione – e a ciò fa seguire specifiche raccomandazioni sulla necessità di approntare un quadro giuridico chiaro e sicuro, che affronti le questioni di diritto civile e commerciale poste dal nuovo fenomeno garantendo la parità dei soggetti coinvolti, la conformità alle norme consumeristiche, la possibilità di bloccare o invertire l'esecuzione automatica delle prestazioni e via discorrendo³⁵. A tutti questi inviti non è dato alcun seguito, né nel regolamento UE 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali, né in alcun successivo atto avente portata generale. Il recente regolamento UE 2023/2854 (c.d. *Data Act*) riserva una limitata attenzione ai soli “contratti intelligenti per l'esecuzione degli accordi di condivisione dei dati”, prevedendone alcuni requisiti dalla pregnanza precettiva non più specifica rispetto alla risoluzione del Parlamento

²⁹ Come il recesso per i detentori al dettaglio di *token* della categoria residuale (art. 13) o il diritto di rimborso per i possessori di *token* collegati ad attività (art. 39).

³⁰ A titolo esemplificativo, obblighi informativi (artt. 4, 5, 16, 17, 18, 19, 22, 30, 51) e di condotta (artt. 14, 27) verso gli aderenti all'offerta e le autorità competenti, requisiti organizzativi dell'emittente (artt. 35, 36). Vi sono, altresì, disposizioni concernenti la responsabilità degli emittenti (artt. 15, 52).

³¹ Obbligo di ottenimento dell'autorizzazione a svolgere tale attività (art. 59), requisiti per ottenerla (art. 62), obblighi informativi e di condotta (art. 66), requisiti prudenziali (artt. 67) e organizzativi (art. 68).

³² Per un commento sull'efficacia di questi obblighi e per un parallelo con la disciplina consumeristica cfr. M. MAUGERI, *Disciplina generale del rapporto obbligatorio e “nuove prestazioni” dell'era digitale*, in *La disciplina generale del rapporto obbligatorio*, a cura di G. De Cristofaro e A. Finessi, Pacini Giuridica, 2024, 104 ss.

³³ Vi è chi non ha esitato a definire lo *smart contract* come una campagna di marketing. Cfr. T. PELLEGRINI, *Prestazioni autoesecutive*, cit., 845. Da ultimo, cfr. ID., *Gli smart contract*, in *Diritto privato digitale*, a cura di E. Battelli, Giappichelli, 2024, 137 s., in cui l'a. sostiene che una possibile lettura dell'itinerario dello *smart contract* va nel senso di considerare quest'ultimo come «lo strumento tecnico utile a far arrivare la *blockchain* là dove è possibile farla arrivare».

³⁴ Come emerge plasticamente dai considerando del regolamento UE 2023/1114. Nel considerando n. 1 è precisato che «L'Unione ha un interesse politico nello sviluppo e nella promozione dell'adozione di tecnologie trasformative nel settore finanziario, compresa la diffusione della tecnologia a registro distribuito» in quanto è immaginato che questa contribuirà a «creare nuovi tipi di attività e di modelli d'impresa che [...] porteranno a una crescita economica e a nuove opportunità di lavoro». Ancora, nel considerando n. 5, si paventa che la mancanza di fiducia in ordine al trattamento delle cripto-attività potrebbe «condurre alla perdita di opportunità in termini di servizi digitali innovativi, strumenti di pagamento alternativi o nuove fonti di finanziamento per le imprese dell'Unione».

³⁵ Raccomandazioni 32 ss. Per un commento sulla risoluzione in questione, cfr. M. MAUGERI, *La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sugli Smart Contracts nella prospettiva del diritto dei contratti e della concorrenza*, in *Contr. impr. eur.*, 1, 2021.



Europeo dell'ottobre del 2020³⁶. Allo stato attuale delle riflessioni, dunque, gli aspetti di maggiore attrito tra *smart contract* e ordinamenti giuridici statuali rimangono irrisolti. Con uno slancio di realismo, si potrebbe persino ipotizzare che, una volta disciplinato il mercato delle cripto-attività, rimanga ben poco spazio da dedicare a una disciplina dello *smart contract* dal tenore generale³⁷.

Fuori dal settore finanziario, infatti, lo *smart contract* presenta un ambito applicativo piuttosto limitato e pone questioni giuridiche fortemente problematiche.

Tra le tendenze emergenti nel mercato dell'energia elettrica, ad esempio, si registrano progetti sperimentali in cui la tecnologia a registri distribuiti è utilizzata da soggetti che producono energia rinnovabile con finalità di autoconsumo (i cc.dd. *prosumers*), col fine di ridurre sprechi alienando o acquistando i volumi di energia in eccesso in un contesto disintermediato³⁸. In altri casi, l'impiego della tecnologia *blockchain*, unitamente a dispositivi di controllo da remoto, ha consentito di automatizzare talune delle prestazioni tipiche di contratti di locazione o di *leasing*. Esemplicando, tramite *smart contract* si può prevedere che sia consentito il godimento di taluni beni locati o concessi (si pensi a un appartamento o una autovettura) finché avvenga periodicamente il pagamento del canone; in caso di mancata rilevazione del pagamento, invece, la porta di un appartamento sarebbe automaticamente bloccata e il motore di una vettura disattivato³⁹. Il coefficiente problematico di queste ipotesi si mostra in tutta la sua evidenza. Innanzitutto, ad essere registrato nella *blockchain* non è un contratto di locazione o di *leasing*. Ciò che è definito *smart contract*, in queste ipotesi, è semplicemente un'istruzione impartita ad una macchina per impedire l'accesso o l'utilizzo di un bene a seconda che una condizione sia realizzata o meno. In secondo luogo, è difficile poter trarre da un codice che consente l'accesso o l'utilizzo di un bene l'impegno a svolgere una determinata prestazione. Il contemporaneo imperativo dell'innovazione tecnologica, peraltro, giustificherebbe in casi simili la configurazione di un potere talmente intenso in favore del locatore/concedente da risolversi sostanzialmente in una forma di autotutela generalizzata⁴⁰, talora destinata a trovarsi in contrasto con le disposizioni del Codice di procedura civile, che prevedono uno speciale procedimento per ottenere lo sfratto e la consegna di un immobile⁴¹.

³⁶ Segnatamente, l'art. 36 prevede l'obbligo per l'imprenditore o per il professionista che utilizzi contratti intelligenti di garantire il controllo all'accesso, di assicurare la programmazione di meccanismi per cessare l'esecuzione automatizzata e arrestarne il funzionamento. A proposito del campo di applicazione oggettiva della disposizione in esame, il considerando 39 del Regolamento definisce il "contratto intelligente" come «un programma informatico utilizzato per l'esecuzione automatica di un accordo o di parte di esso [...]». Sono valide, anche per questa definizione, le osservazioni che saranno svolte nel seguente paragrafo a proposito della definizione dello *smart contract* data dal d.l. n. 135/2018.

³⁷ Cfr. E. PERNICE, "Smart contract": software o contratto? Tentativo di applicazione delle norme sulla teoria generale del contratto, in *Cyberspazio e Diritto*, 2022, 49 ss.

³⁸ I. MARTONE, *Gli Smart Contracts*, cit., 126 ss. riporta i progetti *Enerchain*, *Power Ledger* e della *Brooklyn Microgrid*.

³⁹ L'ipotesi è riportata, *inter alios*, da P. SIRENA-F.P. PATTI, *Smart contracts*, cit., 322.

⁴⁰ Incompatibile con il principio per cui, nel nostro ordinamento, i poteri strumentali all'attuazione immediata della tutela dei diritti non costituiscono espressione di un unico principio generale, né sono organizzati sistematicamente attorno a un'unica disposizione codicistica. L'espressione riassuntiva di "autotutela", dunque, annovera una serie di poteri assolutamente eccezionali secondo L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Giuffrè, 1971, 38 ss. Ma, per una riflessione più critica sul punto, cfr. anche F. ADDIS, *Autotutela contrattuale*, in *Enc. dir., I Tematici*, I, *Contratto*, a cura di G. D'Amico, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 47 ss.

Uno dei primi osservatori del fenomeno nota argutamente, a tal proposito, che la tutela del locatore/concedente è estesa fino a rassomigliare a quella del fornitore di un contratto di somministrazione di energia, che, ex art. 1565 cod. civ., può sospendere l'esecuzione del contratto in caso di inadempimento. Comprensibilmente, in quest'ultimo caso, visto che la prestazione tipica del somministratore consiste nell'attribuzione periodica di un certo bene. Nella locazione, al contrario, è attribuita la detenzione di un bene, che non può essere tolta se non nei casi e nei modi previsti dalla legge. Cfr. T. PELLEGRINI, *Prestazioni autoesecutive*, cit., 868.

⁴¹ Artt. 657 ss. c.p.c. relativi al procedimento per convalida di sfratto e artt. 605 ss. c.p.c. relativi all'esecuzione per consegna o rilascio di beni mobili o immobili.



3. – La rapida panoramica sugli ambiti applicativi dello *smart contract* consente di trasportare in maniera più agevole la riflessione sul problema definitorio. Nel dibattito si è parlato di *smart contract* sia per descrivere la logica sottesa ad uno scambio automatizzato mediante distributore automatico, sia a proposito di codici per elaboratori operanti mediante tecnologie a registro distribuito; talora lo *smart contract* è stato considerato come vero e proprio contratto, talaltra come mezzo per l'esecuzione di singole prestazioni oggetto di obbligazioni contrattuali. Questo procedere incerto è sintomatico del mancato raggiungimento di consenso unanime su cosa sia lo *smart contract*⁴². Secondo parte della dottrina, la cui premessa si condivide, l'intera idea degli *smart contract* potrebbe essere il risultato di una serie di equivoci terminologici⁴³, con la conseguenza che, quando ci si avveda che essi non siano effettivamente contratti, rimanga poco di cui parlare da un punto di vista giuridico⁴⁴.

Le ricostruzioni che non contemplano come elemento essenziale la tecnologia *blockchain* sono solite considerare il fenomeno in maniera molto ampia, sulla base del tratto comune dell'automatismo delle prestazioni dovute in forza dell'accordo, così da ricondurre lo *smart contract* a qualunque accordo la cui esecuzione sia automatizzata⁴⁵. Le definizioni più tecnologicamente condizionate, invece, tengono conto esclusivamente degli scambi su *blockchain* e sottolineano il contesto del registro distribuito come caratteristica ineliminabile dello *smart contract*⁴⁶.

Pur concordando con chi ha osservato che la *blockchain* non ne è un requisito identitario⁴⁷, occorre prendere atto che il già evidenziato ambito di operatività della figura impone di dedicare attenzione prevalente alle operazioni economiche realizzate attraverso la *blockchain*. Proprio questa fenomenologia, inoltre, consente di elaborare la distinzione chiarificatrice tra *smart contract code* e *smart legal contract*⁴⁸.

La prima locuzione indica il codice informatico in cui sono incorporate le istruzioni per eseguire una qualsivoglia prestazione al verificarsi di un determinato evento. Nonostante l'attitudine fuorviante del nome, non si tratta di un contratto: è sufficiente considerare il trasferimento di *bitcoin* per osservare che tramite la *blockchain* può essere disposta l'esecuzione automatica anche solo di una singola

⁴² A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0*, cit., 7 osserva che «*there is no universally agreed definition of smart contract, what is not a surprise, both due to the very novel nature of this phenomena, and due to its complex technological basis*»; nello stesso senso R. DE CARIA, *The legal meaning of smart contracts*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2019, 734.

⁴³ M. DUROVIC-A.U. JANSSEN, *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 6, 2019, 757; E. MIK, *Smart contracts*, cit., 2. L'a. sottolinea che il fondamento di questi equivoci è da rintracciare in due elementi principali: i) nell'utilizzo improprio e incoerente del lessico giuridico da parte dei primi commentatori del fenomeno; ii) nel suo essere legato a questioni economiche e sociali più ampie, che annacquano il dibattito con argomentazioni ideologicamente orientate.

⁴⁴ E. MIK, *Smart contracts*, cit., 4.

⁴⁵ M. RASKIN, *The law*, cit., 309 parla di «*agreement whose execution is automated*».

⁴⁶ R. DE CARIA, *The legal meaning*, cit., 734, ha proposto che di quest'ultimo si parli come di «*decentralized smart contract*».

⁴⁷ Cfr. R. PARDOLESI-A. DAVOLA, «*Smart contract*», cit., 202.

⁴⁸ Per questa distinzione; M. DUROVIC-A.U. JANSSEN, *The Formation*, cit., 756; T. PELLEGRINI, *Gli smart contract*, cit., 363; B. SIRGIOVANNI, *Lo 'smart contract' e la tutela del consumatore: la traduzione del linguaggio naturale in linguaggio informatico attraverso il legal design*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 214 ss. Da ultimo, F. BASSAN-M. RABITTI, *Recenti evoluzioni*, cit., 575 ss. conservano tale distinzione sotto il profilo dell'impostazione metodologica, ritenendo, però, che gran parte dei problemi legati a questa dicotomia siano superati dai nuovi contratti «*on chain*»; in senso contrario a questa distinzione cfr. M. MAUGERI, *Smart Contracts*, cit., 33, secondo cui non conviene impostare il discorso su questa distinzione, visto che vengono considerati *smart legal contracts* anche i contratti conclusi secondo le modalità tradizionali e trasposti su *blockchain*. Scettica sulla distinzione in esame è anche E. MIK, *Smart contracts*, cit., 5, nella parte in cui osserva che «*even smart contracts in the legal sense may contain smart contract code*».



prestazione, dovuta in forza di un accordo stipulato secondo modalità tradizionali di contrattazione. In tal caso, tuttavia, anche se è sovente utilizzata la locuzione *smart contract*, con essa si intende non già un accordo, ma semplicemente un canale per la gestione degli accordi⁴⁹. Si fa riferimento, dunque, a un codice informatico quando si definisce lo *smart contract* come «simply computer code that automatically execute agreed-upon transactions»⁵⁰. Il merito di tale definizione è di mostrare come, dietro l'equivoca formula di *smart contract*, si celi uno strumento tecnico⁵¹ idoneo a trasportare sul registro distribuito manifestazioni negoziali anche non rientranti nell'orbita del contratto, ovvero per curare singole fasi nell'ambito di rapporti patrimoniali già sorti. Quest'ultima, ad oggi, sembra la ricorrenza più frequente secondo l'opinione di alcuni autori⁵². L'utilità dell'introduzione di un concetto come quello di *smart contract code* sta nel fatto che consente sin dall'inizio di distinguere tra ipotesi in cui nel codice sia riversato un compiuto regolamento di autonomia negoziale e ipotesi in cui il codice incorpori un programma ridotto.

Lo *smart legal contract* è, invece, frutto di una combinazione tra *smart contract code* e linguaggio giuridico tradizionale⁵³, ossia un accordo concluso direttamente su *blockchain*⁵⁴. Si allude allo *smart legal contract* quando si parla di «contract represented in code and executed by computers»⁵⁵. La classificazione in esame è seguita anche altrove, dove si afferma che «in the hypothesis where a smart contract imitates the behaviour of a legal contract [...] it should be renamed a “smart legal contract”»⁵⁶. Lo *smart legal contract* si pone su un piano del discorso completamente diverso rispetto al termine di cui si è data definizione in precedenza. Per comprenderne la differenza, bisogna accedere ad una prospettiva *data-oriented*, cioè legata al linguaggio computazionale della macchina⁵⁷. Affinché lo *smart legal contract* possa configurarsi come qualcosa di diverso da un contratto stipulato in forma di documento elettronico, è necessario che il testo e il contenuto del contratto siano espressi non in linguaggio naturale⁵⁸, ma direttamente nel linguaggio formale dell'elaboratore. In altre parole, lo *smart legal contract* deve essere anche *computable*, dovendo esprimere l'accordo in dati processabili

⁴⁹ P. CUCCURU, *Blockchain*, cit., 111; nello stesso senso F. DI CIOMMO, *Smart contract e (non-) diritto. Il caso dei mercati finanziari*, in *Nuovo dir. civ.*, 258 e 259. L'a. critica la categoria degli *smart contract*, in quanto «non ricomprende esclusivamente contratti, ed anzi per lo più riguarda soltanto una o più fasi esecutive di un precedente contratto, spesso congegnato come contratto quadro o come contratto per adesione».

⁵⁰ J. LIPSHAW, *The persistence of dumb contracts*, in *Stan. J. of Blockchain L. & Pol.*, 2, 2019, 4.

⁵¹ O. MEYER, *Stopping the unstoppable – Termination and unwinding of smart contracts*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 9, 2020, 19.

⁵² *Inter alios*, R. DE CARIA, *The legal meaning*, cit., 747 secondo cui «smart contracts are almost always the translation of an already reached precedent agreement»; O. MEYER, *Stopping the unstoppable*, cit., 18, secondo cui «The smart contract is therefore primarily an aid for processing a legal contract».

⁵³ M. DUROVIC-A.U. JANSSEN, *The Formation*, cit., 756.

⁵⁴ T. PELLEGRINI, *Prestazioni esecutive*, cit., 847 ad esso fa riferimento nel definire lo *smart contract* come «transazione che opera su blockchain e che presenta le caratteristiche di un contratto». In termini simili si esprime M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts*, in *Contr. impr.*, 2019, 956 secondo cui gli *smart legal contracts* «consentirebbero non solo l'esecuzione del contratto, ma sarebbero essi stessi contratti, in quanto al loro interno sarebbe contenuto l'accordo».

⁵⁵ Si tratta di una delle definizioni proposte da R. DE CARIA, *The legal meaning*, cit., 735.

⁵⁶ G.O.B. JACCARD, *Smart Contracts and the role of law*, in ssrn.com, 15.

⁵⁷ C. AMATO, *La computerizzazione*, cit., 1271.

⁵⁸ Per linguaggio naturale si intende quello tramite cui avviene la comunicazione umana, in opposizione al linguaggio formale, che è basato su strutture matematiche ed è tipico dei linguaggi di programmazione. Cfr. H. SURDEN, *Computable contracts*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 629, 2012, 642 e 643.



direttamente da un computer⁵⁹. È ciò che garantisce un'alta sicurezza nei traffici giuridici e assicura quella "correttezza nell'adempimento" che connota l'esecuzione automatizzata: la macchina è in grado di associare ad un *input* sempre e solo un significato, di modo che ogni questione di tipo interpretativo o applicativo venga neutralizzata *ex-ante*⁶⁰. Allo stato attuale dell'avanzamento tecnologico, tuttavia, la difficoltà di ridurre in linguaggio deterministico la realtà duttile del mondo esterno appare ancora insormontabile. Per questo motivo non sorprende che lo *smart legal contract*, così inteso, sia stato finora utilizzato per rivestire lo scambio di *token*, che sono intrinsecamente identificabili mediante codice, essendo essi stessi codici informatici. Un regolamento negoziale articolato, che faccia in una certa misura utilizzo di formule vaghe o elastiche, che ponga diritti o obblighi accessori non suscettibili di essere automatizzati, non potrebbe essere redatto né eseguito in forma "smart"⁶¹. A volerlo intendere in questo modo, lo *smart contract* può tranquillamente essere considerato come il frutto più maturo della contrattazione di massa, realizzando un'operazione per lo più ad esecuzione istantanea, integralmente standardizzata, in cui le parti sono spersonalizzate e in cui la rigidità del significato tipico prevale sulla stessa manifestazione di volontà delle parti⁶².

L'ambivalenza di significati che si è tentato fin qui di tracciare non sempre è stata adeguatamente messa a fuoco. A dimostrazione di ciò, è sufficiente analizzare l'operato del legislatore italiano, tra i primi a voler consolidare una ricostruzione dello *smart contract* sulla scia di un interesse che veniva maturando nel dibattito teorico. All'art. 8-ter d.l. n. 135/2018 – convertito con legge n. 12/2019 – lo *smart contract* è definito «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse». Al di là delle considerazioni di opportunità su una definizione che non si colloca all'interno di un contesto sistematico pertinente, né prelude a una regolamentazione accurata dell'oggetto che definisce, emerge una contraddittorietà foriera di equivoci. Il tenore letterale della disposizione, infatti, marginalizza la questione centrale della riconducibilità dello *smart contract* all'area contrattuale, stabilendo subito che esso è un programma *software*, secondo quanto sopra abbiamo detto corrispondere al concetto di *smart contract code*. Anche nel prosieguo della formulazione, però, si è rafforzati nell'idea che non vi sia coincidenza tra *smart contract* e contratto. O meglio, che non sia questo, con le conseguenze che ne derivano, il vero tema. La dottrina si è interrogata, ad esempio, sull'equivoca parte della disposizione secondo cui l'esecuzione dello *smart contract* vincoli automaticamente le parti⁶³. L'unica alternativa per evitare di ridurre la norma ad un'insensatezza è di interpretare l'esecuzione come riferita strettamente ad un programma informatico, non già ad un contratto. L'aspetto paradossale, altrimenti, sarebbe di far discendere il vincolo giuridico tra le parti dalla fase esecutiva di un rapporto negoziale⁶⁴. In realtà, qualsiasi contratto vincola automaticamente le parti in

⁵⁹ H. SURDEN, *Computable contracts*, cit., 634.

⁶⁰ C. AMATO, *La computerizzazione*, cit., 1268.

⁶¹ Cfr. M. GIULIANO, *La blockchain*, cit., 1027.

⁶² Il tema, di cui si avverte una eco in N. IRTI, *Testo e contesto*, Cedam, 1996, §§ 17-20, è oggi arricchito dalle problematiche relative alla negoziazione algoritmica, oggi riconosciuta nel nostro ordinamento dall'art. 1, comma 6-*quinquies*, TUF Sui rapporti tra *smart contract* e decisione algoritmica, cfr. M.F. CAMPAGNA, *Gli scambi*, cit., 156 ss.

⁶³ La questione è affrontata da vari autori: T. PELLEGRINI, *Prestazioni autoesecutive*, cit., 846, nota 14; M. MAUGERI, *Smart Contracts*, cit., 45; M. MANENTE, *L. 12/2019 – Smart Contract e tecnologie basate su registri distribuiti – Prime note*, reperibile presso notariato.it, 6.

⁶⁴ La circostanza che l'esecuzione dello *smart contract* vincoli le parti sulla base di interessi predefiniti non è in alcun modo accostabile alla regola che si trae dall'art. 1327 cod. civ. Nel primo senso, infatti, si intende che, una volta data esecu-



forza della sola manifestazione del consenso e dalla regola della forza di legge, di cui all'art. 1372 cod. civ. Dal contratto, infatti, derivano per le parti obbligazioni, della cui vincolatività non si dubita, almeno fintanto che si voglia considerare il vincolo come *vinculum iuris* e non meramente come vincolo di fatto. A quest'ultima ipotesi, con ogni probabilità, intende riferirsi il legislatore, che erroneamente conferisce l'attributo dell'automatismo al vincolo e non alla esecuzione del programma. Sia "esecuzione", sia "vincolo", dunque, non vanno intesi rigorosamente da un punto di vista tecnico-giuridico, in quanto riferiti a un codice informatico.

L'insufficienza della norma, la sua imprecisione da un punto di vista tecnico, l'inadeguatezza a far fronte a qualsivoglia problematica giuridica relativa allo *smart contract* sono elementi che, nel dibattito relativo ai riflessi dell'automazione sui rapporti contrattuali, inducono a ritenere che l'art. 8-ter, comma 2, non svolga alcun ruolo dirimente, al punto che parte della dottrina lo relega in posizione del tutto secondaria, in considerazione della sua marginalità⁶⁵. La riflessione comparatistica è in grado di illuminare almeno parzialmente i motivi alla base della formulazione dell'art. 8-ter. Tra gli antecedenti storici da cui il legislatore ha potuto attingere per un primo riconoscimento dello *smart contract*, spiccano le prime discipline adottate in alcuni stati della federazione statunitense. In particolare, nello stato dell'Arizona, nel 2017, è stato riformato il capitolo 26 del titolo 44 degli *Arizona Revised Statutes*, mediante l'aggiunta del nuovo art. 5. È significativo che le prime disposizioni di tale articolo esprimano norme relative all'efficacia e alla validità degli *smart contracts*⁶⁶: la parificazione della firma su *blockchain* alla sottoscrizione elettronica e la previsione della validità del contratto che contenga una clausola *smart* sono sintomatiche di una preoccupazione rivolta a assicurare i soggetti sulla piena efficacia delle operazioni economiche realizzate con l'utilizzo delle nuove tecnologie.

Constatate le difficoltà nel definire un terreno omogeneo su cui impostare una riflessione sullo *smart contract*, non sorprende che qualcuno abbia conclusivamente negato la sua stessa natura contrattuale⁶⁷. Per opporsi a questa conclusione, non sembra sufficiente evidenziare che lo *smart contract* va inteso come *struttura contrattuale*⁶⁸ e concorre alla classificazione dei contratti (alla stregua di contratti consensuali/reali, contratti a efficacia reale/obbligatoria, etc.). Tale posizione appare difficilmente condivisibile, tanto più che chi propone la classificazione per *strutture* fa dipendere quest'ultima da "determinanti squisitamente giuridiche"⁶⁹. E, infatti, nelle ipotesi menzionate poco sopra a titolo esemplificativo, la costruzione delle strutture si fonda su un criterio giuridico (rispettivamente quello del momento di perfezionamento degli effetti e quello della loro qualità). Tale criterio giuridico difetta del tutto, invece, se si considerano gli *smart contract* in sé e per sé. Vi sono buone ragioni per ritenere che, semmai, l'idea di *smart contract* abbia solo valore descrittivo, essendo idonea a richiamare al suo

zione allo *smart contract*, le parti non possono più influire sull'operazione programmata; la fattispecie dell'art. 1327, invece, ha un valore di semplificazione procedimentale, facendo derivare la conclusione del contratto da un atto reale, indipendentemente da una accettazione. Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, 1969, 110 ss. È del parere di accostare questi due significati, invece, G. BEVIVINO, *Smart contracts e "assestamenti" della disciplina generale del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2, 2024, 403.

⁶⁵ E. BIVONA, *Smart contracts*, cit., 782; T. PELLEGRINI, *Prestazioni autoesecutive*, cit., 846.

⁶⁶ Arizona Revised Statutes, title 44, chapter 26, art. 5, lett. A: «A signature that is secured through blockchain technology is considered to be in an electronic form and to be an electronic signature»; lett. C: «[...] a contract relating to a transaction may not be denied legal effect, validity or enforceability solely because that contract contains a smart contract term».

⁶⁷ M. VERSTAPPEN, *Legal Agreements on Smart Contract Platforms in European Systems of Private Law*, Springer, 2023, 394.

⁶⁸ Si raccoglie la suggestione di A.M. BENEDETTI, *Contratto*, cit., 415.

⁶⁹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, 2001, 433.



interno un complesso mosaico di ipotesi⁷⁰, tutte accomunate dal coinvolgimento di un certo grado, maggiore o minore, di automatizzazione delle fasi contrattuali⁷¹.

Questo rende impossibile l'impostazione del discorso in termini unitari⁷², dal momento che ogni tentativo di riunire sotto la medesima etichetta un fenomeno così multiforme condanna all'inservibilità pratica questa "categoria". Sarebbe più prudente ed appropriato affrancarsi da questa logica riduzionistica, privilegiando una soluzione che valorizzi di volta in volta le singole manifestazioni che l'apporto tecnologico determina sulle dinamiche contrattuali⁷³. In tali termini, il primo guadagno della dottrina per apportare serietà e rigore al discorso consiste nell'abbandono dell'onnicomprendente termine *smart contract*, per focalizzarsi sulle singole questioni poste dall'interazione tra la vicenda contrattuale e il linguaggio del codice informatico⁷⁴.

4. – Le analisi in materia di conclusione ed esecuzione dei contratti tramite algoritmi sembrano avere come oggetto esclusivo di indagine la compatibilità dello *smart contract* con la disciplina codicistica in materia di contratti, in particolare la parte relativa al contratto in generale. Non mancano, così, riflessioni sulle modalità di conclusione dell'accordo, sull'identificabilità dei contraenti, sulla costruzione del regolamento negoziale tra autonomia ed eterointegrazione⁷⁵ o sui rimedi applicabili quando sia programmato uno spostamento patrimoniale inevitabile, nonostante la patologia originaria del contratto.

Non è sufficiente, tuttavia, esaurire l'indagine avendo come principale paradigma di riferimento la disciplina generale del contratto, essendovi altre categorie su cui lo *smart contract* incide in maniera significativa e su cui è parimenti importante inaugurare una riflessione. Tra i punti d'osservazione più trascurati, si segnala quello del rapporto tra *smart contracts* e rapporto obbligatorio: di primo acchito, è dubbio che lo *smart contract*, per tale intendendo il contratto stipulato direttamente su *blockchain*, sia idoneo a dar vita ad obbligazioni, la cui nozione e la cui funzione assumono quale momento centrale il comportamento dei soggetti del rapporto giuridico⁷⁶.

Valorizzando le caratteristiche di immodificabilità ed automatica esecutività delle prestazioni nello *smart contract*, si è talora affermato, in maniera forse superficiale, che esso assicuri esattamente l'adempimento delle prestazioni in esso dedotte, eliminando la discrezionalità delle parti nell'adempimento⁷⁷. Questo assunto, però, rischia di rimanere approssimativo, se non si procede a una precisazione: non si può sostenere che nel nostro ordinamento sia vigente il principio per cui al debitore è ri-

⁷⁰ Può essere utile richiamare il profilo sintetico tracciato da M. MAUGERI, *Smart Contracts*, cit., 32, secondo cui «gli smart contracts: i) possono essere di vario tipo; ii) non necessitano di DLT per aversi (si pensi alla macchina per avere la bevanda); iii) quando operano su possono riguardare sia accordi sullo scambio, sia mere esecuzioni, sia altro; iv) sono iscritti nel linguaggio della macchina; v) spesso sono accompagnati da una traduzione User friendly».

⁷¹ A.M. BENEDETTI, *Contratto*, cit., 414.

⁷² Dello stesso avviso è F. DI CIOMMO, *Smart contract*, cit., 266, secondo cui questa non auspicabile *reductio ad unum* comporterebbe la possibilità di trattare le questioni solo in termini ricognitivi e generici.

⁷³ R. PARDOLESI-A. DAVOLA, *Smart Contract*, cit., 206 la suggeriscono come una delle vie preferibili per affrontare il dibattito in maniera proficua.

⁷⁴ In questa direzione si muovono, ad esempio, L. DI NELLA, "Smart contract", "Blockchain" e interpretazione dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 48 ss.; 7. C. SBICCA, "Smart contract" e autonomia privata, *ivi*, 1483 ss.; M.F. TOMMASINI, *Lo "smart contract" e il diritto dei contratti*, in questa *Rivista*, 2022, 831 ss.

⁷⁵ Cfr. D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello Smart contract*, in *Contr.*, 5, 2020.

⁷⁶ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, 1963, 73.

⁷⁷ I. MARTONE, *Gli Smart Contracts*, cit., 72.



messa una valutazione discrezionale tra la scelta di adempiere e quella di non adempiere⁷⁸. Rimane, piuttosto, la possibilità naturalistica che il debitore sia inadempiente, correlata al carattere non materiale della causalità giuridica, che, però, esclude pur sempre che il dovere giuridico sia una facoltà alternativa per il debitore⁷⁹. A conferma di ciò, tra i diversi indici normativi, è la circostanza che il sistema dei rimedi contrattuali nel nostro ordinamento sia imperniato sulla tutela in forma specifica, a differenza degli ordinamenti di *common law*, in cui la tendenziale indifferenza tra adempimento e risarcimento è temperata solo in alcuni casi dalla regola – originariamente maturata nella giurisprudenza d'*equity* – della *specific performance*⁸⁰.

La diversa scelta di sistema degli ordinamenti presi in considerazione spiega perché l'eliminazione in radice della possibilità naturalistica di non adempiere sia stata presentata, nel dibattito d'oltreoceano, come uno degli argomenti più appetibili a sostegno della contrattazione *smart*, considerata funzionalmente come strumento alternativo alla tutela in forma specifica per garantire la certezza degli scambi.

Nell'indagare questo versante impervio della materia, bisogna essere consapevoli che l'utilità di un'analisi sui rapporti tra esecuzione automatizzata delle prestazioni e obbligazione non si attesta solo nel trovare una sistemazione accurata a livello teorico, ma nel verificarne i risvolti pratici. Nel caso di cui ci si occupa, infatti, quella "impossibilità di non adempiere", valorizzata come principale pregio dello *smart contract*, potrebbe essere la semplice conseguenza dell'inidoneità dello *smart contract* a dare vita a rapporti obbligatori. Se, infatti, l'adempimento è una conseguenza naturalistica e ineluttabile dello *smart contract*, indipendentemente dal comportamento del debitore, viene il dubbio se ci si trovi ancora in presenza di un rapporto in cui il comportamento strumentale del debitore assume rilievo centrale per la realizzazione dell'interesse del creditore. Con la conseguenza che avrebbe poco senso affermare che uno *smart contract* garantisca l'esatto adempimento degli obblighi in capo alle parti⁸¹, dovendosi, più esattamente, constatare che l'esecuzione di una prestazione (quasi sempre un *dare*) in tal modo garantita prescinde dall'impiego dello strumento concettuale dell'obbligazione perché esula dall'istituzione di un rapporto giuridico vincolante tra il soggetto da cui questa proviene e il soggetto a cui questa si dirige.

Se lo *smart contract* rappresentasse il superamento della categoria dell'obbligazione, però, a venir meno sarebbe, oltre che la possibilità di inadempimento, anche la sua principale conseguenza, cioè la responsabilità del debitore. Non si potrebbe far valere tale responsabilità, dunque, nell'ipotesi in cui l'interesse del "creditore" sia frustrato, ad esempio, da un malfunzionamento della catena di blocchi o da un errore nella rilevazione di un evento da parte dell'oracolo. Tale evenienza assume ancora maggiore gravità nelle piattaforme *blockchain* pubbliche e senza restrizioni all'accesso, in cui alla massima decentralizzazione consegue un sostanziale annacquamento della responsabilità⁸².

Per confermare tale assunto, è opportuno prendere le mosse dal concetto di obbligazione e dalla sua elaborazione, che ha condotto questa forma giuridica ad evolvere da semplice *juris vinculum*, in forza

⁷⁸ Contrariamente a quanto prospettato, nei tempi più recenti, dalla teoria degli inadempimenti efficienti, che risolve il vincolo obbligatorio in una scelta sulla possibilità di adempiere o meno a seconda della maggiore o minore convenienza economica per il debitore. Per una critica sul punto cfr. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Wolters Kluwer, 2021, 189-193.

⁷⁹ Sul punto, rimangono di grande rilievo le pagine di L. BARASSI, *La teoria*, cit., 75 ss.

⁸⁰ D. KEENAN, *English law*, Pitman Publishing, 1987, 308.

⁸¹ Cfr. F. BASSAN-M. RABITTI, *op. cit.*, 578.

⁸² Cfr. C. ATTANASIO, *Inadempimento dello smart contract, sistema rimediabile e tutela effettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 719 ss.



del quale un soggetto è tenuto a compiere una prestazione, a rapporto complesso e non riducibile all'obbligo principale di prestazione, in cui la posizione di entrambi i soggetti è arricchita, oltre che dalla responsabilità patrimoniale del debitore, da comportamenti strumentali all'adempimento, da facoltà e da obblighi di altra natura. Sarà proprio l'analisi della struttura e dell'oggetto dell'obbligazione a porre in evidenza i profili di differenza tra il rapporto che scaturisce dalla conclusione di un contratto e quello che deriva dalla conclusione di uno "smart contract".

Parlare di "oggetto" dell'obbligazione è possibile solo a patto di intendere questo termine in maniera non rigorosa. Che esso sconti un'ambiguità di fondo emerge anche nella riflessione sull'oggetto del contratto, talora inteso come il bene su cui si realizzano gli effetti del contratto, talaltra come l'oggetto delle prestazioni contrattuali e infine sovrapposto impropriamente alla nozione di contenuto del contratto⁸³. Ancor più questo termine si dimostra equivoco se lo si colloca nella struttura del rapporto obbligatorio, per il quale è la lettera dell'art. 1174 cod. civ. a stabilire che la prestazione ne costituisce l'oggetto. La difficoltà ricostruttiva in materia di oggetto si riscontra fin dal risalente orientamento di pensiero che tendeva a ricostruirlo assimilandolo all'oggetto dei diritti reali. Senonché, tra i guadagni della scienza giuridica dello scorso secolo vi è l'aver suggerito che il parallelismo tra oggetto del diritto reale e del rapporto obbligatorio fosse dovuto a una forma di precomprensione, né accurata, né proficua per individuare il contenuto del diritto di credito, giacché, per quest'ultimo, la domanda sul "cosa" ne costituisca l'oggetto è una domanda che non si pone⁸⁴.

Risalenti pagine – che oggi tornano di estrema attualità – innestano la riflessione nel solco di quella dottrina che aveva tentato di valorizzare lo scopo dell'obbligazione, piuttosto che il suo oggetto⁸⁵, escludendo così che oggetto del diritto di credito potesse essere un diritto sulla prestazione, poiché scopo dell'obbligazione è semmai la tutela di un interesse strumentale al godimento di un bene e non il godimento di un bene in sé⁸⁶; né, tantomeno, l'oggetto del diritto si può individuare con l'obbligo del debitore. La conclusione difficilmente accettabile a cui si dovrebbe altrimenti pervenire è che l'obbligo sarebbe esteso a tal punto da inglobare anche il risultato per il creditore, finendo per farlo dipendere interamente dal comportamento del debitore e, di conseguenza, rendendo quest'ultimo responsabile anche quando il risultato non sia raggiunto per via della mancata cooperazione del creditore.

L'indubbio pregio della dottrina a cui si fa riferimento è di aver chiarito il modo d'essere dell'obbligazione attraverso la ricostruzione della posizione del debitore e del creditore nei termini della correlatività funzionale della prima alla seconda⁸⁷, sicché la non perfetta simmetria tra obbligo e diritto di credito rende connaturata all'essenza dell'obbligazione la cooperazione tra i soggetti per il raggiungimento del suo scopo. Solo in questo modo si salva il diritto di credito come diritto che si

⁸³ V. ROPPO, *op. cit.*, 337 ss.; nella stessa direzione G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *Trattato del Contratto*, II, diretto da Roppo, a cura di G. Vettori, Giuffrè, 2022, 6 ss.

⁸⁴ L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156-186, ora in *Scritti*, II, Milano, 2011, 61.

⁸⁵ Secondo una tradizione che L. MENGONI, *L'oggetto*, cit., 65 ss. riconduce ad Hartmann. Aver individuato come oggetto dell'obbligazione il suo scopo, non vale a precisare cosa esso sia: secondo l'a. scopo dell'obbligazione non deve intendersi in senso meramente psicologico, o come scopo dell'istituto nell'ordinamento, ma in termini adeguati a un rapporto giuridico-formale. Questa precisazione vale a escludere la critica mossa da L. BARASSI, *La teoria*, cit., 35, che riafferma la centralità della prestazione rispetto allo scopo come generica utilità per il creditore.

⁸⁶ Sul tema, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Giuffrè, 1953, 133 ss. coglie la sensibilità del rapporto obbligatorio in senso moderno come rispondente a una *destinazione economico-sociale*, in cui anche la responsabilità del debitore è orientata all'aspettativa di prestazione del debitore.

⁸⁷ L. MENGONI, *L'oggetto*, cit., 84.



svolge all'interno di un rapporto giuridico. Eppure, questa fondamentale caratteristica, che è l'essenza funzionale del rapporto obbligatorio, appare completamente recessiva nella logica dello *smart contract*, in cui il superamento della cooperazione per la realizzazione dell'interesse del creditore deporrebbe nel senso di considerare sorpassata in questo ambito la categoria dell'obbligazione⁸⁸.

Decidendo di gestire i propri rapporti patrimoniali tramite una piattaforma decentralizzata basata su tecnologia a registri distribuiti, l'intento delle parti è esattamente di ridurre la complessità del rapporto obbligatorio a non più di quanto sia stabilito nel codice informatico, in questo senso rinunciando tanto alla garanzia patrimoniale del debitore, quanto agli strumenti per conservarla, nonché a quegli obblighi ulteriori posti a tutela di interessi delle parti diversi da quello principale, che scaturiscono dal generale dovere di correttezza a cui il rapporto obbligatorio intero è informato. Non molte voci, in dottrina, sembrano prendere atto del mutamento di paradigma in cui il contratto non sarebbe più fonte di obbligazioni⁸⁹.

A sostegno della tesi secondo cui lo *smart legal contract* esclude il sorgere di obbligazioni, potrebbe giovare una riflessione su una particolare vicenda del rapporto, cioè l'adempimento, che pur verrebbe del tutto snaturato nella sua struttura. Sotto il previgente codice, era prevalente in dottrina il favore per le teorie cc.dd. negoziali dell'adempimento, che configuravano quest'ultimo come negozio volto ad estinguere un'obbligazione nata in forza di un precedente negozio giuridico e a trasferire i diritti su cosa determinata⁹⁰. Le teorie negoziali si giustificavano soprattutto sulla base della centralità dell'obbligazione di dare, in cui il momento solutorio corrispondeva al momento perfezionativo dell'acquisto del diritto.

La regolamentazione del cod. civ. del 1942, tuttavia, ha sancito il definitivo superamento di queste posizioni, offrendo puntuali riscontri alla tesi volta ad inquadrare l'adempimento come atto giuridico in senso stretto. Il combinato disposto degli artt. 1185, comma 2 e 1191 cod. civ., sancendo l'irripetibilità dell'adempimento anticipatamente realizzato in ragione di un errore del debitore e del pagamento reso dal debitore incapace, evidenzia che la capacità di autodeterminazione – a differenza di quanto previsto in ogni atto negoziale – non è requisito di validità ed efficace dell'adempimento⁹¹.

⁸⁸ T. PELLEGRINI, *Prestazioni autoesecutive*, cit., 857.

⁸⁹ Così, invece, arguiscono alcuni studiosi, i quali, pur nel contesto di sistemi giuridici distanti dall'ordinamento italiano, sono autori di considerazioni che ben si sposano con la sensibilità della nostra scienza giuridica. Secondo A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0*, cit., 18, «it would be more correct to state that the main consequence of conclusion of smart contracts is not an appearance of “obligations” but the resulting self-limitation of certain rights by technical means»; nello stesso senso A.J. KOLBER., *Not-so-smart blockchain contracts*, cit., 222, secondo cui, una volta inserite nel registro distribuito le istruzioni per una attribuzione patrimoniale, «arguably neither of us (cioè le parti) has a future obligation as neither of us is expected to take (or refrain from taking) any action after the contract is formed». In Italia si segnala, a tale proposito, l'opinione di F. DELFINI, *Blockchain*, cit., 177. *Contra*, cfr. F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Cryptographi(c)a e responsabilità del giurista*, ESI, 2023, 42, che attribuisce allo *smart contract* rilevanza costitutiva del rapporto obbligatorio. Anche quando tale effetto costitutivo non si realizzi, insiste l'a. a pag. 24, sarebbe «necessario comunque predicare l'anzidetto effetto costitutivo [...] anche ove l'espressione del *consensus* si realizzi in maniera estremamente “semplificata” per il tramite del linguaggio informatico». Tale necessità, in assenza di un dato da cui evincerla, è probabilmente una semplice *petitio principii*. In più, la sovrapposizione di piani tra espressione del consenso e sorgere del rapporto obbligatorio è fuorviante: pur non volendo entrare nella complessa tematica dell'espressione del consenso nello *smart contract*, può esservi consenso e, ciononostante, non sorgere alcun rapporto obbligatorio.

⁹⁰ La conseguenza di ciò, naturalmente, era che si dovesse applicare interamente la disciplina sul negozio, in termini di capacità del debitore – che il codice Pisanelli richiedeva – di causa, di forma etc. Non dubita affatto di tale natura, tra gli altri, R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di Diritto Civile*, III, Messina, 1935, 99 e 100.

⁹¹ Opinioni più variabili, invece, si registrano a proposito delle ipotesi residuali di pagamento traslativo o nelle altre ipotesi in cui oggetto dell'adempimento sia un atto negoziale. Cfr. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 65.



Anche questa posizione, però, riconosce pur sempre centralità al comportamento umano, il che dà conto dell'assoluta marginalità della tesi diretta a degradare l'adempimento a mero fatto giuridico, sia pure esclusivamente quando il comportamento del debitore consista nel compimento di fatti materiali⁹².

L'automatismo insito nell'esecuzione dello *smart contract*, però, rafforza proprio la posizione appena descritta, conferendole un nuovo ambito di operatività, collegabile al fatto che, nella logica dei fenomeni qui esaminati, è proprio il comportamento volontario del debitore ad essere superato, a favore di un'attuazione connotata da margini di mera fattualità.

Non è risolutiva, a tal proposito, l'obiezione per cui sarebbe eccessivo e contrario al senso comune escludere l'adempimento nella gran parte delle attività oggi automatizzate per il solo fatto che non è la persona del debitore ad effettuare la prestazione. Come non si esclude, infatti, che il debitore, soprattutto quando sia un professionista, possa avvalersi di ausiliari per lo svolgimento della sua attività, così non si esclude che, quando la prestazione è effettuata tramite dispositivi tecnici al cui controllo il debitore è tenuto, l'adempimento è riconducibile comunque a quest'ultimo; in entrambe le ipotesi, però, tanto l'azione degli ausiliari quanto l'eventuale malfunzionamento dei mezzi ricade nella sua sfera di rischio, non esonerandolo da responsabilità. Difficilmente, tuttavia, lo stesso discorso vale quando la prestazione dipende dall'attività di nodi validatori e da oracoli *software* con cui debitore e creditore non intrattengono alcun rapporto giuridico.

Analizzando, poi, il risultato conseguito dal destinatario di una attribuzione patrimoniale su *blockchain*, sembra che questo non possa dirsi il risultato a cui il creditore ha diritto, che costituisce l'altro elemento cardine della struttura dell'adempimento. L'avvenuta esecuzione dell'attribuzione assume infatti i contorni di un risultato operante quale fine ulteriore della relazione giuridica, similmente a quanto accade per la guarigione del paziente o la vittoria in giudizio dell'assistito, intesi quali eventi certo condizionati dalla prestazione del medico o dell'avvocato, ma mai integralmente correlati, in via esclusiva, dall'esatto adempimento della prestazione stessa⁹³. Così, quando due soggetti stipulano uno *smart contract* su *blockchain*, l'interesse del creditore potrebbe, a rigore, essere realizzato solo dalla corretta immissione del codice informatico nel registro distribuito, restando invece non decisivo quanto sarà eseguito una volta avverate le condizioni che "sbloccano" le prestazioni dalla loro condizione di pendenza, giacché ciò che avviene in seguito alla registrazione del codice esula da quanto è esigibile dal debitore ed è sottoposto all'alea dell'algoritmo⁹⁴.

Per temperare i costi sociali che questa conclusione implica, si dovrebbe ipotizzare che, accanto alla prestazione principale devoluta all'esecuzione algoritmica, cionondimeno sorgano obbligazioni. Così, ad esempio, se un codice informatico che rende automatiche le prestazioni principali di

⁹² Cfr. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, 1947, 393, sulla base della rilevanza, al fine della produzione degli effetti giuridici, di un semplice contegno oggettivamente conforme a quanto dovuto, a prescindere da qualsivoglia atto volitivo del debitore; nonché L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F. D. BUSNELLI, *Diritto Civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Utet, 1989, 83, che pure sottolineano una certa forzatura nel considerare tra i meri fatti un comportamento volontario. Critici si mostrano, invece, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 1991, 450; C. CHESSA, *L'adempimento*, Giuffrè, 1996, 28.

⁹³ È questa la ragione alla base dell'inveterata ed equivoca distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, abbandonata anche dalla giurisprudenza, ma non da certa dottrina. Cfr., a tal proposito, F. GALGANO, *Diritto privato*, XV ed., Cedam, 2012, 190, 191 e 199.

⁹⁴ E, dunque, la mancata realizzazione dell'interesse primario del creditore avverrebbe per caso fortuito, ma sarebbe un caso fortuito che incide su un risultato non ricompreso all'interno dell'obbligazione. Dunque, il debitore non risponderebbe, ma non per via di un'impossibilità sopravvenuta non imputabile, ma perché ha adempiuto l'obbligazione, come rileva L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, ora in *Scritti*, II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Giuffrè, 2011, 147.



consegna di un immobile e del corrispettivo pagamento del prezzo dovesse essere qualificato alla stregua di un contratto di locazione, ciò non eliminerebbe l'obbligo del locatore di mantenere la cosa in uno stato tale da servire all'uso convenuto, di effettuare le riparazioni necessarie e di comportarsi secondo buona fede. Queste attività, data l'ampiezza delle formule che le prevedono, difficilmente possono essere trasfuse in linguaggio formale e ancor più difficilmente possono essere automatizzate⁹⁵. Inoltre, se le parti convenzionalmente li considerassero obblighi esclusi dal contratto, il conduttore accetterebbe di rimanere sguarnito di una tutela fondamentale, senza la quale il programma per elaboratore continuerebbe a dare esecuzione a prestazioni che gli arrecano una utilità limitata⁹⁶.

Proprio per questo, dall'impossibilità di parlare di adempimento in senso tecnico nel caso di esecuzione algoritmica della prestazione deriva altresì l'eguale impossibilità di riscontrare un vero e proprio inadempimento⁹⁷. In altre parole, nel caso in cui la prestazione non venisse effettuata per malfunzionamento di sistema o per mancata rilevazione di un evento condizionante da parte dell'oracolo⁹⁸, non sarebbero integrati gli estremi dell'inadempimento, a ciò conseguendo, logicamente, che non avrebbe luogo il principale effetto giuridico di quest'ultimo, ossia la responsabilità del debitore. Quand'anche si ammettesse che non vi è alcuna incompatibilità tra *smart contract* e rapporto obbligatorio, la mancata effettuazione delle prestazioni per qualsivoglia motivo, piuttosto che ammontare ad inadempimento, comporterebbe più verosimilmente l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta. Anche chi si è occupato maggiormente di questi temi nel panorama italiano, analizzando le conseguenze dell'errore tecnico dell'algoritmo sostiene come soluzione più verosimile che «l'esecuzione del contratto intelligente sia divenuta impossibile senza colpa di alcuna delle parti»⁹⁹.

Su una compiuta analisi dell'evoluzione dell'impossibilità sopravvenuta non è opportuno indugiare in questa sede. Sembra acquisito nella ricostruzione dell'istituto, però, che per impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore, tale da escludere l'inadempimento, debba intendersi un'impossibilità del risultato del creditore¹⁰⁰. Un'impossibilità che sia oggettiva non signi-

⁹⁵ È decisamente poco probabile uno scenario simile, descritto, pur in maniera provocatoria e critica, da A.J. KOLBER, *Not-so-smart blockchain contracts*, cit., 203.

⁹⁶ L'estrema conseguenza di ciò potrebbe portare a un risultato analogo a quello che l'art. 1579 cod. civ. mira ad evitare con riferimento ai vizi della cosa locata.

⁹⁷ E. MIK, *Smart contracts*, cit., 11.

⁹⁸ Poiché, infatti, se un risultato diverso fosse dovuto a un errore di programmazione del codice da parte, ad esempio, di un programmatore, potrebbero residuare margini di responsabilità per quest'ultimo. L'inadempimento, però, sarebbe di un'obbligazione diversa, cioè quella assunta dal programmatore congiuntamente nei confronti dei soggetti che intendono gestire via *smart contract* un loro rapporto patrimoniale.

⁹⁹ STAZI, *Automazione contrattuale*, cit., 168, che sembra alludere, però, più che all'esecuzione della prestazione, all'esecuzione del programma informatico. L'autore ritiene, poi, che, in seguito alla impossibilità sopravvenuta, il contratto sarebbe "annullato nella sua interezza". Al di là del fatto che non di annullamento potrebbe trattarsi in senso tecnico, residuerebbe il difficile inquadramento della caducazione degli effetti del contratto. Cfr. anche C. ATTANASIO, *Inadempimento dello smart contract*, cit., 727.

¹⁰⁰ Una critica molto persuasiva delle concezioni "soggettive" dell'impossibilità sopravvenuta può essere reperita in L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 1078 ss., secondo cui l'impossibilità come *difficultas praestationis* non tiene conto della mancanza di un criterio generale per definire quali difficoltà siano rilevanti e quali no ai fini dell'esclusione della responsabilità. Una concezione sbilanciata sul comportamento del debitore, peraltro, comporterebbe il rischio di trasformare l'obbligo di quest'ultimo in un obbligo di mera diligenza, non accettabile alla luce della ricostruzione svolta poco sopra sull'oggetto dell'obbligazione.



fica, però, che il comportamento del debitore non possa assumere rilievo sotto un altro punto di vista, che altrimenti si dovrebbe ritenere che il debitore sia obbligato con qualsiasi mezzo, anche quelli non espressamente previsti che siano inesigibili secondo buona fede. Questa concezione dell'impossibilità, che oltre a essere oggettiva è anche assoluta, non tiene conto che il risultato dell'obbligazione è pur sempre un risultato mediato¹⁰¹. Si potrebbe dire, dunque, che, se le parti hanno convenuto che i loro rapporti siano disciplinati solo per il tramite dello *smart contract*, allora l'impossibilità che quest'ultimo determini uno spostamento patrimoniale estinguerebbe l'obbligazione¹⁰². Quando l'accordo cade anche sul mezzo con cui deve eseguirsi la prestazione, ecco allora che questo assume rilievo ai fini della impossibilità sopravvenuta del rapporto obbligatorio.

Secondo un'altra opinione, invece, che considera l'ipotesi di errore di rilevazione di un evento da parte dell'oracolo, verrebbe meno la presupposizione del contratto¹⁰³. La circostanza esterna al contratto e presupposta dalle parti si identificerebbe con il corretto funzionamento del *software* che rileva i dati e dà impulso allo scambio delle prestazioni. Senonché, accantonando definitivamente la già remota eventualità che un malfunzionamento tecnico possa chiamare in causa la disciplina codicistica dell'errore, quello della presupposizione è un terreno naturalmente scivoloso. Che essa sia figura idonea a racchiudere una pluralità non sempre distinta di fattispecie è caratteristica nota e testimoniata dall'eterogeneità delle conseguenze giuridiche che, volta per volta, le sono ricondotte. Si può ritenere che di presupposizione non si possa parlare in termini strettamente unitari, a tal proposito valorizzando la prospettiva di chi ne individua due ambiti di rilevanza: il primo, relativo alle sopravvenienze che alterano l'equilibrio di valore tra le prestazioni dovute; il secondo, relativo alle sopravvenienze che rendono il contratto ineseguibile¹⁰⁴.

La prima ipotesi sicuramente non ricorrerebbe nel caso che qui si analizza, giacché il guasto non incide sul valore economico delle prestazioni. Potrebbe, invece, trovare qualche spazio il secondo ambito di rilevanza, ma solo prima che sia mossa un'obiezione determinante. Infatti, in caso di malfunzionamento, il contratto è, per così dire, ineseguibile, ma non per le ragioni che sono normalmente alla base della situazione di fatto a cui la dottrina della presupposizione cerca di trovare rimedio. Essa, infatti, viene in rilievo quando il mutamento di una circostanza esterna al contratto impedisca di raggiungere lo scopo di quest'ultimo, cioè il senso dell'operazione economica¹⁰⁵. Ogni regolamento di interessi, in altre parole, è storicamente condizionato da circostanze non sempre espresse dalle parti, il cui improvviso mutare determina ciò che è stato definito nella dottrina tedesca come *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, ossia il venir meno del fondamento negoziale¹⁰⁶. Lo *smart contract*, diversamente,

¹⁰¹ Sempre L. MENGONI, *Responsabilità*, cit., 1083.

¹⁰² Ripetiamo, per fugare ogni possibile incoerenza, che questa peculiare estinzione dell'obbligazione potrebbe aversi solo a patto di ritenere compatibile lo *smart contract* con il rapporto obbligatorio, cioè di ritenere che dall'ordine impartito alla macchina scaturisca un'obbligazione. Più verosimilmente, non sorgendo alcuna obbligazione, la mancata esecuzione dell'attribuzione ha un valore meramente fattuale e non giuridico.

¹⁰³ L. VAGNI, *Il problema della rilevanza giuridica dell'errore nella decisione dell'oracolo della blockchain*, in *Iceonline*, 2, 2022, 55.

¹⁰⁴ A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2001, 846.

¹⁰⁵ Può reggere il paragone con l'ipotesi della *frustration* nel *common law*. Cfr. P.S. ATIYAH-S.A. SMITH, *Atiyah's introduction to the law of contract*, Oxford University Press, 2005, 182 ss.

¹⁰⁶ L'influenza della scienza giuridica tedesca sulla dottrina italiana tra la fine del XIX secolo e l'inizio del secolo successivo è tale che, sotto la vigenza del codice del 1865, un certo filone dottrinale ritiene che ad ogni contratto acceda implicitamente una clausola *rebus sic stantibus*. Per un'analisi più approfondita cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del Contratto*, diretto da Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 519 ss.



non diviene certo inesequibile per via di una circostanza che ne altera lo scopo e rende inutile o ingiustificato lo scambio delle prestazioni tra le parti. Analogamente a quanto sostenuto poco sopra, ben potrebbero le parti avere interesse a mantenere in vita il contratto, poiché il malfunzionamento di una volta non elimina la possibilità di un'utilità futura.

La conclusione che si può trarre è che mascherare l'errore dell'oracolo con la presupposizione è improprio e finisce per essere inadeguato, anche in ragione delle conseguenze che ne deriverebbero. Non si considera, infatti, che il più delle volte l'errore informatico consiste nell'aver effettuato una prestazione quando non se ne sono verificati i presupposti o, viceversa, il non averla effettuata quando se ne sono verificati i presupposti. Conseguenza di ciò dovrebbe essere, più che la risoluzione che conclude il rapporto, la restituzione della prestazione oggettivamente non dovuta o l'ottenimento di una prestazione dovuta.

5. – Le riflessioni fin qui effettuate, nella loro brevità, costituiscono spunti per più compiute elaborazioni critiche sulla figura dello *smart contract*. Nelle pagine che precedono si è cercato di mettere in luce l'ambiguità dello *smart contract* come categoria dogmatica: (i) talora esso è utilizzato per descrivere una categoria ampia e sfuggente di negozi caratterizzati da un livello anche minimo di automazione delle prestazioni contrattuali, realizzabile tanto con archetipi protoindustriali quanto con le più nuove tecnologie; (ii) talaltra, è impiegato per designare un programma informatico che esegue le istruzioni contenute in un segmento della catena di blocchi; (iii) infine, è utilizzato per descrivere il contratto incorporato nell'istruzione espressa in forma di codice informatico che le parti registrano in una catena di blocchi per attuare uno scambio di beni e servizi, secondo il significato che è stato attribuito al termine *smart legal contract*.

Nel primo caso, la vaghezza di contorni della categoria la condanna ad assumere un rilievo solo classificatorio, senza che essa possa assicurare alcuna utilità pratica. Nel secondo caso, lo *smart contract*, pur avendo implicazioni giuridiche, non ha alcun valore in sé giuridico, poiché non è altro che un programma per elaboratore. Il contratto, semmai, occupa uno stadio antecedente, in cui le parti scelgono di avvalersi dello strumento tecnologico per l'esecuzione di taluna o tutte le prestazioni. Ciò non toglie che le parti siano vincolate in forza del regolamento negoziale a monte, da cui scaturiscono rapporti obbligatori. Nel terzo caso, invece, le parti non sono previamente vincolate da un accordo con cui decidono di automatizzare la gestione dei loro rapporti patrimoniali, ma condensano il loro accordo direttamente nel codice informatico con cui danno ordine alla macchina di effettuare uno spostamento patrimoniale.

Effettuato questo chiarimento, l'ultima accezione è quella che maggiormente sollecita le attenzioni del giurista. Le sue caratteristiche strutturali e le sue ricadute ordinamentali ne pongono in evidenza i limiti e rendono ragione della sua difficile emersione in contesti diversi da quelli in cui il suo utilizzo si è originariamente affermato. Programmato per espungere il comportamento umano dalla fase attuativa del contratto e garantire la certezza nell'esecuzione delle prestazioni, lo *smart contract* non costituisce rapporti giuridici, ma dà vita a vincoli fattuali sui beni oggetto dello scambio. Per eseguire quanto previsto dalle parti senza influenze esterne, il programma informatico deve esercitare un potere di fatto su tali beni, che, allo stato attuale, sono ancora prevalentemente rappresentazioni digitali di valore esistenti solo nel contesto virtuale in cui sono formati. A titolo esemplificativo, come emerge dalla dinamica delle *ICO's*, le parti non assumono l'obbligo di trasferire reciprocamente la valuta virtuale e i *token* dell'emittente: piuttosto, esse sottopongono a un vincolo di



indisponibilità materiale questi beni, finché non si avveri la condizione a cui è subordinato il trasferimento dei beni.

Comportando il venir meno della cooperazione tra le parti per la realizzazione dei loro reciproci interessi, lo *smart contract* esclude la nascita di obbligazioni e, anzi, ambisce a porsi come strumento ad esse alternativo. Di conseguenza, la prestazione che dovrà essere eseguita non formerà oggetto di un obbligo per il debitore, né il suo destinatario potrà essere considerato titolare di un diritto di credito. Affidata l'esecuzione del contratto a strumenti algoritmici, vengono meno anche gli obblighi – strumentali e di protezione – che accedono a quello principale e arricchiscono la complessità del rapporto obbligatorio. Predisposto il codice informatico, infatti, la sua esecuzione non dipende più dalle parti, ma dall'attività di utenti della piattaforma *blockchain*, che validano l'operazione programmata rendendola immodificabile.

Quest'ultimo elemento chiarisce, altresì, che il progetto di strutturare un mercato senza fiducia, a cui hanno guardato gli ideologi dello *smart contract*, occulti null'altro che la sostituzione della fiducia nei soggetti che operano sul mercato e nella tutela giurisdizionale con quella nelle procedure che presidiano l'esecuzione automatica delle prestazioni. Se per un verso la forza fattuale che assiste lo scambio rafforza la pretesa delle parti, sottraendola alle imprevedibilità degli eventi naturalistici, per altro verso comporta un arretramento della tutela, dal momento che, qualora per malfunzionamento o per mancata rilevazione dell'evento condizionante la prestazione non venisse eseguita, non vi sarebbe lo strumento giuridico per ottenerla. Al pari di come accade in un contratto sospensivamente condizionato all'adempimento altrui¹⁰⁷, programmare che una volta eseguita una prestazione (x) ne sarà eseguita un'altra (y) non conferisce a chi dovrà effettuare y il diritto ad ottenere x. Il rischio della mancata effettuazione della prestazione, che si potrebbe supporre esiguo dato il vincolo di fatto sul bene, rischia di aumentare esponenzialmente quando la rilevazione dell'evento condizionante sia rimessa ad una fonte esterna collegata alla catena di blocchi, il c.d. oracolo, che non di rado incorre in errori di rilevazione o di comunicazione. Ad ogni modo, vi è un costo non trascurabile del venir meno della tutela in forma specifica: di fronte al mancato soddisfacimento del creditore, questi non avrà gli strumenti processuali per pretendere la prestazione.

La conclusione a cui questa breve analisi giunge è che, con tutta evidenza, nella logica dello *smart contract* la dimensione del fatto appare dominante rispetto a quella del dover essere, confidando le parti che una certa prestazione sarà eseguita a prescindere dall'efficacia giuridica dell'atto da cui questa dipende e dal comportamento della controparte. Questo elemento, tutt'altro che trascurabile, segna la profonda differenza tra lo *smart contract* e un contratto da cui derivino rapporti obbligatori. L'obbligo di procurare al creditore un determinato risultato, infatti, non implica per necessità che questo sia eseguito, poiché «l'adempimento dell'obbligazione non ne è una conseguenza naturalistica, ma è solo espressione di una necessità ideale»¹⁰⁸. Riprendendo queste parole di un illustre studioso, che nel problema dell'efficacia giuridica inquadrava il problema stesso del diritto, emerge come la complessità strutturale dell'obbligazione sia sottoposta a forte tensione dallo *smart contract*, che invece determina uno spostamento patrimoniale nei termini della necessità fisica, come se ne fosse la causa efficiente. Potrebbe essere proficuo, per riorientare il dibattito sugli *smart contracts*, cominciare a ragionare sul fatto che essi potrebbero non semplicemente essere una ver-

¹⁰⁷ Sulla cui ammissibilità cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 619.

¹⁰⁸ Si riprendono, in chiusura, le parole di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, 1965, 437 ss.



sione più efficiente del tradizionale diritto dei contratti, ma un nuovo e alternativo sistema per gestire i rapporti *inter privatos*¹⁰⁹, segnando il definitivo arretramento della *rule by law* rispetto alla *rule by design*¹¹⁰.

¹⁰⁹ In questo senso, si segnala la pregevole e coerente analisi di M. VERSTRAETE, *The Stakes of Smart Contracts*, in *Loyola University Chicago L. J.*, 50, 2019, 766 ss.

¹¹⁰ In cui, cioè, l'effetto che la norma giuridica mira a realizzare attraverso la posizione (i) di un dovere o (ii) di un divieto è ottenuto attraverso un'architettura di sistema che (i) compie senz'altro un'operazione o (ii) impedisce *tout court* un comportamento. La *rule by design*, dunque, fa leva su una "normatività" diversa da quella propria del diritto. Certamente le due tipologie di efficacia, giuridica e fattuale, possono essere combinate in varie forme per realizzare obiettivi di *policy*. In questi termini, una forte propensione a favorire la crescente integrazione tra norma giuridica e *rule by design* si riscontra in F. LONGOBUCCO, *Utopia*, cit., 77; ID., "Smart legal contract" e "giusto rimedio civile" del "re-coding": "legal protection by design" e nuove declinazioni del "favor contractus", in questa *Rivista*, 2024, 762 ss. Il presente contributo, tuttavia, non intende prospettare una configurazione dei rapporti tra privati che massimizzi l'effettività della pretesa creditoria attraverso la combinazione di *rule by law* e *rule by design*; intende, piuttosto, evidenziare che i rapporti tra soggetti coinvolti in uno *smart contract* su una piattaforma decentralizzata siano difficilmente riconducibili alla tradizionale categoria del rapporto obbligatorio.



SARA MARENZI

Dottoranda – Università degli Studi di Brescia

LA RETTIFICAZIONE DI SESSO NELL'UNIONE CIVILE. IDENTITÀ DI GENERE E RELAZIONI FAMILIARI

SOMMARIO: 1. – 1.1. *Introduzione.* – 1.2. *La decisione della Corte: matrimonio e unione civile come istituti non assimilabili.* – 1.3. *Il divorzio imposto.* – 1.4. *Rettificazione di sesso e identità di genere.* – 1.5. *Identità di genere, status e «questioni di fertilità»: quale confine per il diritto?*

1. – 1.1. – Nel 2016 il legislatore italiano ha introdotto nell'ordinamento l'istituto giuridico dell'unione civile¹, al fine di colmare la lacuna di tutela riguardante le coppie di persone dello stesso sesso, le quali, non potendo accedere all'istituto matrimoniale², rischiavano di non vedere adeguatamente riconosciuta la loro relazione affettiva stabile, nonostante essa fosse già stata considerata come formazione sociale costituzionalmente rilevante³.

La Corte costituzionale ha ribadito in più occasioni che la disciplina delle unioni civili possiede tratti comuni a quella del matrimonio senza, però, essere a questa completamente assimilabile⁴, in

¹ Oltremodo numerosa la letteratura in materia, tra la quale si rinvia a G. BALLARANI, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 623; F. AZZARRI, voce *Unioni civili e convivenze (dir. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Giuffrè, 2017, 997; N. CIPRIANI, *Le convivenze dopo la l. n. 76 del 2016*, in *Corti fior.*, 2019, 3.

² Tra i requisiti per contrarre matrimonio, la differenza di sesso tra i coniugi costituisce elemento imprescindibile e strettamente connesso alla concezione dell'unione coniugale come mezzo volto alla procreazione. La nozione di matrimonio presupposta dal Costituente ai sensi dell'art. 29 Cost. è quella stessa definita dal Codice civile del 1942, che stabilisce che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso: cfr. Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 2715, con nota di B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*.

³ Con la sentenza *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, in *DPCE*, 2017, 343, la Corte EDU accertava la violazione da parte dello stato italiano dell'art. 8 della Convenzione a causa dell'assenza di una disciplina di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali. In tale prospettiva, la Corte di Strasburgo individuava nell'art. 8 un obbligo positivo per lo stato di adottare misure che garantissero, tenuto conto di un margine di apprezzamento circa il *quomodo* e senza necessità di giungere all'apertura dell'istituto matrimoniale, una forma di riconoscimento anche per le coppie dello stesso sesso. Per un approfondimento v. C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in *Forum cost.*, 2015, 1; E. CRIVELLI, *Oliari e altri c. Italia: la Corte di Strasburgo condanna l'immobilità del legislatore italiano nel riconoscimento delle unioni omosessuali*, in *Quad. cost.*, 2015, 1036.

⁴ Nel prosieguo della trattazione verranno analizzate più nel dettaglio le ragioni a sostegno di ciò, qui può essere sufficiente un riferimento alla scelta che il legislatore italiano ha effettuato di introdurre un apposito istituto a tutela delle unioni tra partner dello stesso sesso, anziché estendere l'ipotesi matrimoniale, come è invece avvenuto in Andorra, Austria, Belgio,



quanto meritevole di una considerazione autonoma, fondata, in via esclusiva, sull'art. 2 Cost.⁵.

I corollari applicativi sottesi a questa affermazione, tuttavia, sono stati da ultimo smentiti in ordine alla regolamentazione delle cause di scioglimento dell'unione civile, avuto particolare riguardo alla sentenza di rettificazione di sesso, che, ai sensi dell'art. 1, comma 26, legge n. 76/2016, provoca lo scioglimento automatico dell'unione stessa⁶.

Con ordinanza n. 101/2023, infatti, il Tribunale di Torino⁷, nell'ambito di un giudizio di rettificazione di sesso, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della previsione appena citata, lamentando che il carattere automatico dello scioglimento ivi previsto non consente un meccanismo di conversione dell'unione civile in matrimonio, a differenza di quanto stabilito per il caso contrario, allorché la rettificazione sia pronunciata in costanza di matrimonio⁸.

Diversamente da quanto deciso in passato⁹, la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità, sottolineando che la disciplina in esame «entra irrimediabilmente in frizione con il diritto inviolabile della persona alla propria identità, di cui pure il percorso di sessualità costituisce certa espressione, e comporta un sacrificio integrale del pregresso vissuto»¹⁰.

Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Islanda, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Slovenia, Spagna, Svezia e Svizzera.

⁵ Numerose sono state le questioni di legittimità sollevate dai Tribunali, dichiarate dalla Corte talvolta inammissibili e tal'altra invece accolte: cfr. Corte cost. 22 novembre 2018, n. 212, in *Giur. cost.*, 2018, 2533; Corte cost. 27 dicembre 2022, n. 269, in *Biolaw J.*, 2022, 1; Corte cost. 25 luglio 2024, n. 148, in *Giur. cost.*, 2024, 1537.

⁶ L'unione civile si scioglie per morte o per dichiarazione di morte presunta di una delle parti, come il matrimonio (art. 1, comma 22, legge n. 76/2016; art. 149 e arg. ex art. 65 cod. civ.). Essa, poi, si scioglie altresì nei casi previsti all'art. 3, nn. 1 e 2, lett. a, c, d ed e, legge n. 898/1970, nonché, in particolare, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale di stato civile: in tal caso, precisa la legge, la domanda di scioglimento dell'unione è proposta decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di detta volontà (art. 1, commi 23 e 24, legge n. 76/2016). L'iter di scioglimento, infine, segue tendenzialmente quello previsto per il matrimonio, delle cui norme si fa copiosa applicazione (art. 1, comma 25, legge n. 76/2016). Tra i numerosi contributi sul punto v. G. SAVI, *Lo scioglimento «volontario» dell'unione civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 681; S. TROIANO, *Commi 22-23-24*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Giappichelli, 2017, 352.

⁷ Trib. Torino 29 maggio 2023, n. 101, in cui si è sollevata questione di legittimità costituzionalità per gli artt. 1, comma 26, legge n. 76/2016; 31, comma 4-bis, d.lgs. n. 150/2011; 70-octies, comma 5, d.P.R. n. 396/2000, alla luce degli artt. 2, 3 e 117 Cost.

⁸ Il rimettente Trib. Torino 29 maggio 2023, n. 101, lamenta come ciò si concretizzi in «una violazione degli artt. 2 e 3 Cost., laddove introduce una ingiustificata disparità di trattamento in situazioni analoghe – dal matrimonio all'unione civile ma non viceversa – ed una ingiustificata limitazione alla libertà fondamentale dell'individuo, considerando l'automatico scioglimento dell'unione civile senza contestuale istituzione dell'unione matrimoniale, pur in presenza dei requisiti di validità previsti dalla legge – capacità, consenso validamente manifestato ed eterosessualità dei nubendi – con ciò non riconoscendo adeguata protezione e tutela ai suoi componenti in ossequio ai doveri solidaristici discendenti dall'essere (stati) essi parte di un gruppo sociale strutturato e legalmente riconosciuto».

⁹ La questione assume maggior rilevanza se si considera che non si tratta di un *unicum*. Infatti, il Tribunale di Lucca con ordinanza 14 gennaio 2022, n. 31, aveva rimesso per la prima volta la questione di legittimità costituzionale sul combinato disposto degli artt. 1, comma 26, legge n. 76/2016, 31, commi 3 e 4-bis, d.lgs. n. 150/2011, e 70-octies, comma 5, d.P.R. n. 396/2000, in riferimento agli artt. 2, 3, 117 Cost. e artt. 8, 14 CEDU. Tuttavia, Corte cost. 27 dicembre 2022, n. 269, in *Giur. cost.*, 2022, 2967, con nota di G.U. RESCIGNO, *Inammissibili le questioni di legittimità costituzionale su cambio di sesso e conversione dell'unione civile in matrimonio*, aveva dichiarato tale questione inammissibile per mancanza dei presupposti di natura processuale: pregiudizialità, attualità e rilevanza della questione per il sindacato costituzionale. Nello specifico, il giudice *a quo* non aveva valutato la sussistenza dei requisiti necessari al fine della sentenza di rettificazione anagrafica di sesso e l'attore non aveva richiesto la conversione dell'unione civile in matrimonio. La pronuncia è reperibile anche in *IUS Fam.*, 2022, 1, con nota di G. MONTALCINI, *Unioni civili: inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Lucca*.

¹⁰ Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 66, in *Giur. cost.*, 2024, 698, specificatamente al punto 4, ove riprende, con questo pas-



La pronuncia oggetto dell'analisi che segue offre nondimeno l'occasione per ampliare la riflessione, con riguardo all'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale in materia di tutela dell'identità di genere¹¹.

1.2. – Secondo la Corte, gli artt. 1, comma 26, legge n. 76/2016 e 70-*octies*, comma 5, d.P.R. n. 396/2000 sono illegittimi nella parte in cui non prevedono la possibilità per le coppie unite civilmente di mantenere tale vincolo fino alla celebrazione del matrimonio, una volta terminato il percorso di affermazione di genere. Lo scioglimento automatico del rapporto, infatti, comporterebbe una compressione del diritto inviolabile all'identità personale¹², ponendo l'interessato di fronte alla necessità di scegliere fra la piena realizzazione di sé e il mantenimento del legame con il *partner*.

Secondo i giudici costituzionali, dunque, la coppia può decidere di sospendere gli effetti derivanti dallo scioglimento del vincolo, fino alla celebrazione del matrimonio e comunque per un periodo non superiore a centottanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione, così sanando il vuoto di tutela che contraddistingueva il periodo intercorrente fra quest'ultima e la celebrazione del matrimonio¹³.

In particolare, l'illegittimità dell'art. 1, comma 26, legge n. 76/2016 è stata dichiarata in relazione all'art. 2 Cost., alla luce del quale l'istituto dell'unione civile costituisce una formazione sociale in cui il singolo svolge la propria personalità¹⁴. Il diritto all'identità della persona comprende, ai sensi della legge n. 164/1982¹⁵, il fondamentale diritto all'identità sessuale quale estrinsecazione del più ampio

saggio il precedente in tema di divorzio c.d. imposto di Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Dir. fam.*, 2014, 1018. Sulla decisione si soffermano anche S. SULMICELLI, *La rettificazione di attribuzione di sesso e «l'obiettivo eterogeneità» del matrimonio e delle unioni civili. La timida evoluzione di un modello (ormai) isolato*, in *DPCE*, 2024, 827; M. CICINO, *La soluzione sospensiva offerta dalla sent. n. 66 del 2024*, in *Riv. not.*, 2025, 65.

¹¹ Secondo ISS, *Glossario di medicina di genere*, 2022 (aggiornato 2023) in www.iss.it, Identità di genere è «senso intimo e profondo di appartenere ad un genere, maschile, femminile o uno alternativo. L'identità di genere può o meno corrispondere al sesso assegnato alla nascita o alle caratteristiche sessuali primarie o secondarie». Per un approfondimento v. B. VINCENZO-S. CRISTIANO, *Psicologia dell'identità di genere*, il Mulino, 2024.

¹² Il diritto all'identità personale, sancito dall'art. 2 Cost., si estende oggi oltre la mera identificazione anagrafica, comprendendo anche gli aspetti relazionali e familiari che contribuiscono allo sviluppo e all'espressione della personalità dell'individuo: cfr. T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 400; G. OBERTO, *Nuove famiglie e vecchi regimi*, in *Fam. dir.*, 2025, 561; C. RIMINI, *Il matrimonio ha ancora una funzione sociale?*, *ivi*, 545.

¹³ Sul concetto di «*vulnus* al diritto alla continuità familiare» si sofferma S. TROIANO, *Rettificazione di sesso della persona unita civilmente e transizione verso il matrimonio*, in questa *Rivista*, 2025, 7.

¹⁴ Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 66, cit., 698, si allinea, sul punto, a quanto già evidenziato da Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, cit., 2715, con nota di B. PEZZINI, *Il matrimonio*, cit., 2719, ove si sostiene come il riconoscimento di uno spazio di autonomia privata alla famiglia porta con sé la reazione alle concezioni stataliste e alle conseguenti politiche di ingerenza del regime fascista, verso una progressiva valorizzazione degli interessi individuali e personali dei suoi componenti; Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, cit., 1018, con nota di P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di «divorzio imposto»: il «caso Bernaroli» nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum cost.*, 2014, 1; Corte cost. 27 dicembre 2022, n. 269, cit., 1, ove aveva richiamato le affermazioni di Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 654; e in *Giur. it.*, 2015, 654, con nota di T. AULETTA, *Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso*, sul riconoscimento, all'interno delle unioni omoaffettive, di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia, nonché sulla riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo della personalità umana.

¹⁵ Emblematica in tal senso l'interpretazione fornita da Corte cost. 21 ottobre 2015, n. 221, in *Biolaw J.*, 2016, 283, con commento di C.M. REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, secondo cui l'art. 1 della legge n. 164/1982 rappresenterebbe «l'approdo di un'evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconosci-



diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.¹⁶. Ne consegue che il diritto all'identità deve ricevere dall'ordinamento una tutela effettiva, quale strumento essenziale per l'attuazione e lo sviluppo della personalità individuale.

Al contrario, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 3 Cost., sottolineando che, se pure il vincolo derivante dall'unione civile produce effetti molto simili a quelli del matrimonio, si tratta pur sempre di effetti non del tutto coincidenti, che provocano una estensione solo parziale delle conseguenze derivanti dal vincolo coniugale.

La differenza ontologica sussistente fra matrimonio e unione civile risiede nel differente fondamento costituzionale (rispettivamente, l'art. 29 e l'art. 2 Cost.) dei due istituti, che pure sono accomunati dalla natura solidaristica di cui all'art. 2 Cost. e dal riconoscimento del diritto fondamentale della persona di vivere liberamente una condizione di coppia e di costituire una comunione spirituale e materiale di vita¹⁷.

Ne deriva che il legislatore conserva margini di discrezionalità in ordine alla disciplina riservata all'unione civile, senza il timore di violare, per ciò solo, il principio di eguaglianza, a fronte delle caratteristiche intrinsecamente diverse dei due istituti, riguardo ai quali la Corte ha rilevato, infatti, una «obiettiva eterogeneità delle situazioni a confronto»¹⁸.

La tradizionale concezione novecentesca della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio riflette un modello incentrato su una struttura familiare eterosessuale, stabile e giuridicamente formalizzata¹⁹. In questo senso, l'art. 29 Cost. si inserisce in una tradizione giuridica comune a molti ordinamenti europei del XX secolo²⁰, che condividono l'idea della centralità del matrimonio quale presupposto necessario per il riconoscimento pubblico della famiglia.

Tuttavia, è stato giustamente affermato²¹ come l'immagine della famiglia restituita dalla Costituzione italiana, nella concezione tradizionale illustrata²², non sia più adeguata alla società contempora-

mento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona».

¹⁶ Così Corte cost. 24 maggio 1985, n. 161, in *Foro it.*, 1985, I, 2161, con nota di R. Moccia, ha ribadito il concetto di identità sessuale, come accolto dal legislatore, che tiene conto non soltanto dei caratteri sessuali esterni, ma anche di elementi di carattere psicologico e sociale, dal quale deriva una visione «del sesso come dato complesso della personalità, determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando i fattori dominanti». La pronuncia è disponibile anche in *Dir. fam.*, 1985, 420.

¹⁷ Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 66, cit., 698, ribadisce che «l'unione civile costituisce una formazione sociale in cui i singoli individui svolgono la propria personalità, connotata da una natura solidaristica non dissimile da quella propria del matrimonio, in quanto comunione spirituale e materiale di vita, ed esplicazione di un diritto fondamentale della persona, quello di vivere liberamente una condizione di coppia, con i connessi diritti e doveri».

¹⁸ Così Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 66, cit., 698; e si rimanda per un approfondimento sul tema delle unioni civili a G. BUFFONE-M. GATTUSO-M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5,6,7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Giuffrè, 2017.

¹⁹ Per un approfondimento v. soprattutto il recente contributo di N. LIPARI-S. PATTI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Giuffrè, 2024; ma anche F. CAGGIA, *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, in *Diritto Civile. Fonti, Soggetti, Famiglia*, Giuffrè, 2009, 4; P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Giuffrè, 2011.

²⁰ Il *Code civil* francese regola gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio, riconoscendo nella famiglia un'istituzione giuridica fondata sul matrimonio e sulla filiazione legittima: in particolare, gli artt. 212-215 stabiliscono gli obblighi reciproci tra coniugi (fedeltà, assistenza, contribuzione ai bisogni della famiglia), consolidando la visione tradizionale della famiglia come unità giuridica fondata sul vincolo matrimoniale. Il *Grundgesetz*, ossia la legge fondamentale tedesca del 1949, all'art. 6, comma 1, afferma: «Il matrimonio e la famiglia sono posti sotto la speciale protezione dell'ordine statale».

²¹ Sul punto v. V. BARBA, *La famiglia nell'ordine giuridico: concetto e rilevanza*, in *Dir. fam.*, 2024, 746.

²² Per un interessante contributo sull'evoluzione interpretativa del disposto di cui all'art. 29 Cost. v. M. SESTA, *La bellez-*



nea, per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, la famiglia, nella sua odierna configurazione, si connota quale sede primaria dell'affettività e dello sviluppo relazionale della persona. In tale prospettiva, l'istituto matrimoniale ha progressivamente perduto la sua connotazione istituzionale e pubblicitica, assumendo una dimensione prevalentemente soggettiva e personalistica, sino a divenire «un fatto privato romanticamente legato al filo tenue e mutevole dei sentimenti»²³.

Inoltre, la moltitudine di relazioni che connota la realtà impone, necessariamente, che il termine famiglia si declini al plurale²⁴: in quest'ottica si colloca, appunto, la disciplina delle unioni civili e delle convivenze offerta dalla legge n. 76/2016.

Ciò posto, i giudici della Consulta hanno rilevato che i componenti della unione civile, ove manifestino la volontà di conservare il rapporto nella diversa forma del matrimonio a seguito dello scioglimento automatico del vincolo pregresso quale effetto della sentenza di rettificazione anagrafica del sesso di uno di essi, vanno comunque incontro, nel tempo necessario alla celebrazione del matrimonio stesso, a un vuoto di tutela.

Tuttavia, considerate le differenze già evidenziate tra unione civile e matrimonio, il rimedio non può consistere in una piena assimilazione delle due fattispecie, estendendo al caso di scioglimento della prima l'effetto di automatica trasformazione in matrimonio previsto, in senso inverso, dall'art. 1, comma 27, legge n. 76/2016. La soluzione deve piuttosto individuarsi nella sospensione degli effetti derivanti dallo scioglimento del vincolo per il tempo necessario a consentire alle parti di contrarre matrimonio, qualora esse abbiano manifestato tale volontà dinanzi al giudice nel corso del procedimento di rettificazione di sesso, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, analogamente a quanto stabilito, per i coniugi, dall'art. 31, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 150/2011.

Dalla decisione costituzionale consegue che l'ufficiale dello stato civile, ricevuta la comunicazione del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso con la dichiarazione del giudice relativa alla sospensione degli effetti dello scioglimento del vincolo, deve procedere alla relativa annotazione. Pertanto, la Corte ha altresì dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 70-*octies*, comma 5, d.P.R. n. 396/2000 sull'ordinamento dello stato civile, per la mancata previsione di tale incombenza.

La pronuncia n. 66/2024 rientra tra le ipotesi di pronunce additive non a rime obbligate²⁵, in quan-

za della famiglia fondata sul matrimonio nel pensiero di Giuseppe Dalla Torre, in *Arch. giur.*, 2022, 835, secondo cui «Dalla Torre ribadisce che il matrimonio non è solo un fatto personale e non è neppure un fatto meramente privato. E così l'aveva voluto la Costituzione; tuttavia, egli si mostra ben consapevole che, a partire dal 1970, è iniziata una erosione del matrimonio inteso come istituto di rilevanza pubblica, che a poco a poco lo ha ridotto a un fatto privato».

²³ Così M. SESTA, *op. cit.*, 838.

²⁴ Diffusa in dottrina la posizione di chi ritiene che, ad oggi, si debba parlare di famiglie e non più di famiglia. Se un tempo la famiglia fondata sul matrimonio rappresentava l'unico approdo normativo riconosciuto, oggi il diritto si confronta con un arcipelago di strutture affettive, in cui ogni «isola» rappresenta una diversa modalità di convivenza e di responsabilità reciproca, sempre più riconosciuta anche sul piano giuridico: cfr. F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509. Si veda anche B. PEZZINI, *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, 2008.

²⁵ Cfr., *ex pluribus*, L. ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 562; G. BRANCA, *L'illegittimità parziale nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze, 1966, 57; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 153; V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, 1707; A. GUARINO, *Le sentenze costituzionali «manipolative»*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, 353; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684; F. MODUGNO-P. CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in *Giur. cost.*, 1990, 519; v.



to introduce nell'ordinamento una soluzione che non è tratta dalle regole esistenti, ma viene 'inventata' dalla stessa Corte²⁶. Questa tendenza del giudice di costituzionalità a sviluppare una propria capacità di normazione non più direttamente riconducibile al puntuale vincolo costituzionale trae giustificazione dall'impiego del canone di ragionevolezza, che la Corte intende non più solo come modo di esercizio del controllo sulla discrezionalità del legislatore, ma anche come modo di esercizio della discrezionalità della Corte nella sua funzione propriamente legislativa²⁷.

L'obiettivo della Consulta è quello di introdurre una sanatoria per il *vulnus* riscontrato, garantendo così una tutela piena dei diritti dell'individuo²⁸.

Si tratta, però, di un criticabile sconfinamento della giustizia costituzionale, che, come autorevolmente affermato²⁹, ha già trovato la sua più manifesta realizzazione nella sentenza n. 242/2019 sul c.d. caso Cappato³⁰, ove la Corte è intervenuta in ragione dell'inerzia del legislatore, pur già sollecitato ad intervenire per colmare la lacuna³¹.

Il ruolo sempre più pervasivo della Corte si manifesta, d'altro canto, proprio nella sua capacità di influenzare le scelte del legislatore, orientandone l'attività normativa affinché quest'ultima risulti conforme ai principi costituzionali e coerente con l'evoluzione sociale e culturale.

In questa prospettiva, la decisione in commento rappresenta coerente manifestazione della stessa tendenza già manifestatasi in ordine all'eliminazione del c.d. divorzio imposto³² e alla ridefinizione

anche il lavoro di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna University Press, 2020.

²⁶ Si tratta della teoria elaborata da Vezio Crisafulli, di cui si può leggere: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *L'ordinamento costituzionale italiano (la Corte costituzionale)*, Cedam, 1984. Si v. anche D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate*, in *DPC*, 2021, 5.

²⁷ P. BIANCHI, *La Corte torna su matrimonio e unioni civili, ribadisce ma non convince*, in *lecostituzionaliste.it*, 2024.

²⁸ Il parametro di cui all'art. 2 Cost. può essere utilizzato per dare riconoscimento giuridico a relazioni affettive che, già connotate da una dimensione sociale, ricevono tutela in quanto strumento di formazione e sviluppo della personalità dell'individuo. Tali affermazioni di principio rivelano nuove letture dei più tradizionali istituti del diritto civile di cui rimarcano la capacità di comprendere nuove funzionalità. A titolo esemplificativo, con riguardo alla rilevanza dell'identità personale quale riflesso del diritto al nome v. Corte cost. 21 dicembre 2016, n. 286, in *Giur. cost.*, 2016, 2435; Corte cost. 31 maggio 2022, n. 131, in *Giur. cost.*, 2022, 1403, con nota di E. MALFATTI, *Istanze di attribuzione del cognome materno e nuova regola del doppio cognome: note a margine della sentenza n. 131 del 2022*; Corte cost. 4 luglio 2023, n. 135, in *Dir. fam.*, 2023, 993; in materia di adozione, Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in *Giur. cost.*, 2022, 907, ed anche Corte cost. 28 aprile 2024, n. 5, *ivi*, 2024, 15, con il commento di F. PEDRINI, *Come si «inventano» una clausola generale. L'esiguità nella motivazione di C. cost., 24 gennaio 2024, n. 5*.

²⁹ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251.

³⁰ M. DONINI, *Rime obbligate, fine-vita e diritti fondamentali. La legittimazione costituzionale della sentenza più manipolativo-additiva della Corte*, in *Discrimen*, 2023, 1.

³¹ Per un interessante commento v. F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi «storica»?*, in *Pol. dir.*, 2020, 3.

³² Si tratta di Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, cit., 1018, che ha dichiarato l'illegittimità, in relazione all'art. 2 Cost., degli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) – e, in via consequenziale, dell'art. 31, comma 6, d.lgs. n. 150/2011 (*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione*, ai sensi dell'art. 54 della legge n. 69/2009) – nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore. In attesa dell'intervento legislativo, poi avvenuto con legge n. 76/2016, la giurisprudenza ha quindi temporaneamente colmato il vuoto paralizzando gli effetti derivanti dallo scioglimento automatico del matrimonio previsto dalla legge. In applicazione del principio v. Cass. 21 aprile 2015, n. 8097, in *Dir. fam.*, 2015, 950.



delle condizioni fattuali richieste per la rettificazione di sesso³³. Una analisi delle questioni permetterà di aprire la strada alla riflessione sugli effetti della recente pronuncia costituzionale, con specifico riguardo alla filiazione e alla sua evoluzione.

1.3. – La pronuncia n. 66/2024 non può essere adeguatamente compresa se non attraverso un richiamo ad un precedente della Corte, avente a oggetto il c.d. ‘divorzio imposto’³⁴. Con tale locuzione si fa riferimento alla peculiare ipotesi, disciplinata in origine dall’art. 4 della legge n. 164/1982³⁵, nella quale lo scioglimento del vincolo matrimoniale si verificava automaticamente quale effetto diretto dell’annotazione, nei registri dello stato civile, della sentenza di rettificazione anagrafica di sesso disposta per uno dei coniugi.

Tale disposizione trovava un proprio fondamento nell’esigenza, particolarmente avvertita dal legislatore italiano e condivisa dalla giurisprudenza³⁶, di preservare il requisito della eterosessualità coniugale³⁷, suscettibile di essere pregiudicato dalla possibilità, introdotta con la legge n. 164/1982, di ricorrere alla rettificazione dell’attribuzione di sesso.

L’automatismo dello scioglimento del vincolo matrimoniale sancito dall’art. 4³⁸ ha tuttavia sollevato non poche perplessità, in quanto configurerebbe, secondo alcuni³⁹, un’ipotesi di ‘matrimonio a termine’, in contrasto con la natura di *actus legitimus* propria dell’istituto⁴⁰.

Da tale impostazione è derivata una peculiare lettura della riforma introdotta con la legge n. 74/1987⁴¹, intesa come tacita abrogazione del meccanismo automatico previsto dalla legge n.

³³ Sulla rettificazione di sesso v. il commento, articolo per articolo della principale legge n. 164/1982: S. PATTI -M.R. WILL, *Legge 14 aprile 1982, n. 164. Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1983, 35; e F. FONTANAROSA, *Il diritto all’identità di genere nel procedimento di rettificazione dell’attribuzione di sesso: cenni comparatistici*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 709.

³⁴ La necessità di un riferimento a Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, cit., 1018, viene esplicitata dalla stessa Consulta, che richiama la questione al punto 2, *considerando in diritto*.

³⁵ «La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge n. 898/1970, e successive modificazioni».

³⁶ L’orientamento è stato espresso da Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, cit., 2715, con il commento di P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *St. iuris*, 2010, 997.

³⁷ Come ampiamente ricordato, esso trova il proprio fondamento nell’art. 29 Cost. e nell’interpretazione che di esso ne fornisce costantemente la dottrina. *Ex multis*, v. A. VENTURELLI, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell’identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 732 ss., spec. 780; e in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. Ruscello, I, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, 971 ss., spec. 1005; nonché M. PALADINI-A. RENDA-D. MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, 2021, 175 s., secondo i quali la stessa etimologia del termine matrimonio fornisce chiare indicazioni relativamente alla sua natura eterosessuale: *matris munus*, ossia condivisione da parte dell’uomo del dono e della responsabilità della maternità.

³⁸ Si tratta del citato art. 4 della legge n. 164/1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*).

³⁹ Cfr. C.P. GUARINI, *Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di cassazione, I sezione civile*, in *Riv. AIC*, 2016, 6.

⁴⁰ La dottrina richiamata ritiene che il meccanismo di cui all’art. 4 della legge n. 164/1982 costituisca un’ipotesi anomala in cui la durata del vincolo coniugale risulta condizionata a un evento personale e unilaterale, la rettificazione anagrafica di sesso, che, lungi dal costituire una causa volontaria di scioglimento, si traduce in un effetto legale automatico, privo di qualunque spazio per l’autodeterminazione coniugale e per la volontà negoziale delle parti. Tale automatismo si colloca poi in contrasto con la natura del matrimonio, che si qualifica come *actus legitimus*, e pertanto non tollera l’apposizione di condizioni o termini. Sul punto v. A. FIGONE, *Unioni civili e mutamento di sesso: no allo scioglimento automatico del vincolo*, in *IUS Famiglie*, 2024, 1.

⁴¹ Art. 7 della legge n. 74/1987 che ha modificato l’art. 3 della legge n. 898/1970, introducendo l’ipotesi di cui alla lettera g) *è passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge 14 aprile 1982, n. 164*. Si v.



164/1982, sostituito dalla necessità di una formale domanda di divorzio da parte dei coniugi, così da preservarne l'autodeterminazione.

Tale orientamento è stato però contestato, in primo luogo, sulla base di una rigorosa e costante interpretazione dell'art. 29 Cost., secondo cui il vincolo matrimoniale non può sopravvivere alla rettificazione di sesso⁴²; inoltre, è stato evidenziato come una simile interpretazione non trovasse alcun appiglio nel dato letterale della norma.

Rimaneva, nondimeno, evidente il contrasto tra il c.d. 'divorzio imposto' e l'art. 2 Cost., poiché il meccanismo non consentiva un giusto bilanciamento tra l'esigenza statale di preservare, da una parte, il requisito della diversità di sesso nell'istituto matrimoniale e quella di garantire, dall'altra, la tutela dei rapporti giuridici sorti anteriormente alla rettificazione, determinando una significativa lesione al «diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale»⁴³.

Pertanto, la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità nel 2013⁴⁴, a seguito della quale la Corte costituzionale, con la sentenza n. 170/2014,⁴⁵ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), nella parte in cui non prevedevano che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi – determinante lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili derivanti dalla trascrizione – consentisse comunque, qualora entrambi lo richiedessero, di mantenere un rapporto di coppia giuridicamente regolato in altra forma di convivenza registrata⁴⁶, idonea a tutelare adeguatamente diritti e doveri della coppia, rinviando al legislatore la disciplina delle relative modalità⁴⁷.

L'intervento della Consulta ha posto così le basi per la normativa successivamente introdotta nel

M.A. LUPOLI, *Commenti all'art. 8 l. 898/1970*, in *Commentario del Codice Civile. Della famiglia. Leggi complementari*, Utet, 2018, 159.

⁴² Sull'art. 29 Cost. quale fondamento dell'istituto matrimoniale v. R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in *La 'Società naturale' e i suoi 'nemici'. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Guazzarotti-A. Pugiottio-P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2010, 41.

⁴³ Cass. 6 giugno 2013, n. 14329, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 33, ha rilevato un contrasto di tale interpretazione «con il diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo, con il diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale, con il diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio e con il diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale», così da porre all'attenzione della Corte costituzionale un quesito incentrato «sull'adeguatezza del sacrificio imposto all'esercizio di questi diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi». A. VENTURELLI, *L. 14.4.1982, n. 164, Comm. dir. fam.*, in A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto della famiglia*, Wolters Kluwer Italia, 2020.

⁴⁴ Cass. 6 giugno 2013, n. 14329, cit., 33, con nota di A. SCHUSTER, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*; v. anche M. GATTUSO-M. BALBONI, *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*, in *GenUS*, 2014, 6.

⁴⁵ Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, cit., 1018, con commento di F. SAITTO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, in *Giur. cost.*, 2014, 2706.

⁴⁶ Per effetto di quella sentenza la Corte di cassazione, che aveva sollevato la questione di costituzionalità, dichiarava che, pur a fronte della rettificazione del sesso di uno dei coniugi, il vincolo coniugale dovesse nella specie permanere, con conservazione alle parti del riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al matrimonio, sino a quando il legislatore non fosse intervenuto per disciplinare la materia. Così Cass. 21 maggio 2015, n. 8097, cit., 950, v. anche commento di S. MOLFINO, *Il mantenimento degli effetti del matrimonio in caso di rettifica del sesso di un coniuge*, in *IUS Famiglie*, 2015, 1.

⁴⁷ Tra gli innumerevoli commenti si possono ricordare, a titolo esemplificativo, G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, Giuffrè, 2010; G. PALMERI-M.C. VENUTI, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 553.



2016⁴⁸, fortemente auspicata anche a livello europeo⁴⁹, con la quale si è stabilito che: «Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»⁵⁰.

Alla luce delle considerazioni svolte, si possono individuare rilevanti elementi di continuità tra le pronunce n. 170/2014 e n. 66/2024, come emerge dalle stesse parole della Corte, di seguito riportate, formulate con riferimento al matrimonio ma con evidente possibilità di estensione anche all'unione civile⁵¹.

In entrambi i casi, infatti, lo scioglimento del vincolo tra le parti determinava un deficit di tutela, rappresentato dal sacrificio indiscriminato, in assenza di strumenti compensativi, «del diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; del diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale»⁵².

La *ratio* delle due pronunce è, quindi, parimenti ravvisabile nella progressiva valorizzazione delle scelte individuali in merito alla continuità delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.

Tuttavia, la valutazione degli effetti della recente decisione della Corte costituzionale e l'analisi delle sue implicazioni in relazione allo *status* della persona richiedono, in via preliminare, una ricostruzione del concetto di identità di genere⁵³, nonché un approfondimento in ordine al procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso⁵⁴, dal quale emergono con particolare evidenza diverse ricadute in materia di filiazione⁵⁵.

⁴⁸ Oggi è disciplinato dalla legge n. 76/2016 (*Legge Cirinnà*) all'art. 1, comma 27, e dall'art. 31, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 150/2011, come modificato dal d.lgs. n. 5/2017.

⁴⁹ Diverse sono state le sollecitazioni del Parlamento europeo e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, fino alla condanna dell'Italia: *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, cit., 343. Per una prospettiva generale sull'evoluzione in materia v. G. RUSSO, *Le unioni civili*, Key, 2018, 21.

⁵⁰ Art. 1, comma 27, legge n. 76/2016, così come modificato al fine di dare attuazione concreta a Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, cit., 1018, con la quale era stata dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1984 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) e, consequenzialmente, dell'art. 31, comma 6, d.lgs. n. 150/2011, «nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con il rito religioso, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore». Recuperando dunque il senso della pronuncia della Corte, che, tra l'altro, si preoccupava di evitare che si producesse un deficit temporale di tutela avuto riguardo ai diritti ed obblighi della coppia.

⁵¹ Si v., tra molti, il contributo di C.P. GUARINI, *Vicende estintivo-costitutive di «matrimonio» e «unione civile» a seguito di rettificazione anagrafica di sesso*, in *Unioni civili e convivenze di fatto*, a cura di M. Gorgoni, Maggioli, 2016, 121.

⁵² Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, cit., 1018, v. anche la nota di G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. «divorzio imposto»*, in *GenIUS*, 2014, 1.

⁵³ Riguardo la differenza tra identità di genere, identità sessuale e orientamento sessuale, v. F. BILOTTA, (voce) *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv.*, Utet, 2013, 732.

⁵⁴ Per una prospettiva sull'evoluzione della giurisprudenza di merito nazionale relativa al riconoscimento dell'identità di genere v. G. MINGARDO, *Il diritto vissuto per il riconoscimento dell'identità di genere. Una rassegna della giurisprudenza di merito (2015-2024)*, in *Biolaw J.*, 2024, 87.

⁵⁵ «Il concetto di filiazione, tradizionalmente radicato nella procreazione naturale e nella struttura familiare tradizionale fondata sul matrimonio, è stato messo in discussione e ridefinito negli ultimi decenni a seguito dell'evoluzione sociale, delle



1.4. – È stato correttamente sostenuto come la sentenza di rettificazione costituisca «esito conclusivo di un percorso esistenziale nel quale l'individuo si è convinto della definitività del proprio stato e desidera pertanto ottenere una modificazione dell'attribuzione sessuale che gli consenta l'adattamento delle risultanze esteriori ad un'identità compiutamente formata»⁵⁶. In altri termini, la rettificazione permette al soggetto di adeguare la realtà esteriore alla percezione che questi ha di sé, risolvendo così il disagio – identificato con l'espressione 'disforia di genere' – derivante dalla mancanza di corrispondenza tra il sesso assegnato al momento della nascita (c.d. sesso biologico)⁵⁷ e il genere invece percepito⁵⁸.

La disciplina della rettificazione dell'attribuzione di sesso, introdotta con la legge n. 164/1982, ha segnato una svolta nel riconoscimento giuridico dell'identità personale, superando la concezione tradizionale che vedeva l'identità di genere come fissa e determinata biologicamente⁵⁹ e prevedendo la possibilità di «attribuire, con sentenza passata in giudicato, un sesso diverso da quello indicato nell'atto di nascita, a seguito di modificazioni dei caratteri sessuali»⁶⁰.

Le Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso sono state sottoposte al vaglio di legittimità⁶¹ poco dopo la loro entrata in vigore, occasione che ha permesso alla Corte di ribadire il ruolo fondamentale della norma come strumento di un ordinamento che pone al centro la tutela della dignità umana e la libertà personale⁶², riconoscendo l'importanza dell'allineamento tra sesso ana-

trasformazioni culturali e, soprattutto, dei progressi della scienza medica» così V. PICCININI, *Filiazione naturale e filiazione da procreazione medicalmente assistita*, Giappichelli, 2025.

⁵⁶ Cfr. A. VENTURELLI, «Conversione» dell'identità di genere e rettificazione dell'attribuzione di sesso, in *Pers. merc.*, 2021, 323.

⁵⁷ Il sesso di un individuo è definito da un insieme di caratteristiche biologiche con le quali una persona nasce, per esempio i cromosomi sessuali (XY per i maschi e XX per le femmine), le gonadi (testicoli per i maschi e ovaie per le femmine), i genitali esterni, gli ormoni sessuali. Una persona può nascere con caratteristiche sessuali maschili, femminili o più raramente non attribuibili a quelle tipicamente considerate maschili o femminili (persone intersex). Il termine "sesso" non va confuso con il termine "genere". Così ISS, *Glossario di medicina di genere*, 2022 (aggiornato 2023) in www.iss.it.

⁵⁸ «Some people who are transgender will experience "gender dysphoria" which refers to psychological distress that results from an incongruence between one's sex assigned at birth and one's gender identity. Though gender dysphoria often begins in childhood, some people may not experience it until after puberty or much later. People who are transgender may pursue multiple domains of gender affirmation, including social affirmation (e.g., changing one's name and pronouns), legal affirmation (e.g., changing gender markers on one's government-issued documents), medical affirmation (e.g., pubertal suppression or gender-affirming hormones), and/or surgical affirmation (e.g., vaginoplasty, facial feminization surgery, breast augmentation, masculine chest reconstruction, etc.). Of note, not all people who are transgender will desire all domains of gender affirmation, as these are highly personal and individual decisions. It is important to note that gender identity is different from gender expression. Whereas gender identity refers to one's psychological sense of their gender, gender expression refers to the way in which one presents to the world in a gendered way. The *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, Text Revision (DSM-5-TR)* provides for one overarching diagnosis of gender dysphoria with separate specific criteria for children and for adolescents and adults.» in AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *What Is Gender Dysphoria?*, visualizzabile in www.psychiatry.org.

Nel caso in oggetto in conseguenza della disforia di genere P.S. aveva acquisito una identità psicosessuale femminile non corrispondente al sesso anagraficamente attribuitogli alla nascita. Si rinvia, per un approfondimento a B. LIBERALI, *Alla ricerca del fondamento costituzionale dell'identità di genere: il transessualismo e il non binarismo fra diritto alla salute, dignità umana e identità personale*, in *Biolaw J.*, 2024.

⁵⁹ L. PALAZZANI, *Identità di genere? Dalla differenza alla in-differenza sessuale nel diritto*, Edizioni San Paolo, 2008. Ma anche, per una dimensione sociologica del tema, E. RUSPINI, *Le identità di genere*, Carocci, 2023.

⁶⁰ Così recita l'art. 1 della medesima.

⁶¹ Si tratta di Corte cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit., 2161. La questione sollevata ha riguardato la difficoltà ad interpretare il concetto di «interventive modificazioni», ma la Corte non ha preso posizione sul punto, limitandosi a dichiarare infondata la questione di legittimità dell'articolo.

⁶² Il diritto di acquisire un'identità di genere consiste nella libertà di ciascun individuo di costruirsi una propria e peculiaria-



grafico e identità psicofisica, al fine di tutelare il benessere individuale⁶³.

L'attuale assetto normativo in materia è il risultato di un lungo e articolato processo di elaborazione e interpretazione giurisprudenziale. La disciplina originaria del 1982, se da un lato ha rappresentato una significativa apertura verso una lettura evolutiva del diritto all'identità di genere, in armonia con i principi personalistici⁶⁴ e di eguaglianza sostanziale⁶⁵ della Costituzione, dall'altro ha sollevato alcune perplessità. In particolare, il requisito delle «modificazioni dei caratteri sessuali» ha inizialmente spinto a ritenere l'intervento medico-chirurgico di affermazione del genere⁶⁶ come presupposto necessario per l'accesso alla rettificazione anagrafica, delineando un sistema apparentemente vincolato a un presupposto fisico⁶⁷.

L'intervento del legislatore del 2011⁶⁸ ha poi subordinato la rettificazione anagrafica del sesso all'autorizzazione giudiziale per il trattamento medico-chirurgico, aggiungendo un ulteriore ostacolo alla libera determinazione della propria identità di genere.

Tuttavia, la giurisprudenza ha operato un progressivo superamento di tale impostazione: con la sentenza n. 221/2015⁶⁹, infatti, la Corte ha consacrato il principio secondo cui la rettificazione anagrafica

re identità di genere. La Corte europea dei diritti umani parla, al riguardo, di «*right to establish details of their identity as individual human beings*» quale corollario del diritto all'autodeterminazione della persona. Si veda sul punto l'interessante commento di M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giur. Merito*, 2012, 571.

⁶³ Cfr. B. LIBERALI, *op. cit.*

⁶⁴ Art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», v. D. TEGA, *Art. 2*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi-L. Cuocolo-F. Rosa-G.E. Vigevani, Il Mulino, 2021.

⁶⁵ Art. 3 Cost.: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», v. anche M. D'AMICO, *Art. 3*, in *La Costituzione*, cit.

⁶⁶ Espressione che si riferisce agli interventi chirurgici che, intervenendo sui caratteri sessuali primari e/o secondari, hanno l'obiettivo di allineare l'aspetto fisico di un individuo alla sua identità di genere. Così ISS, così ISS, *Glossario di medicina di genere*, 2022 (aggiornato 2023) in www.iss.it.

⁶⁷ «Il previgente art. 3, comma 2, legge n. 164/1982 cercava di limitare la rilevanza giuridica della dissonanza al puro piano biologico: ancorando la rettificazione alla puntuale verifica della realizzazione del trattamento autorizzato, la norma lasciava intendere che la dissociazione tra psiche e sesso non potesse che essere colmata dal cambiamento radicale di quest'ultimo e che la soluzione chirurgica fosse l'unica strada praticabile per superare un disagio esistenziale altrimenti ineliminabile» così A. VENTURELLI, «*Conversione*», cit., 339.

⁶⁸ D.lgs. n. 150/2011 (*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione*).

⁶⁹ Si tratta di Corte cost. 21 ottobre 2015, n. 221, in *Giur. cost.*, 2015, 2041, ove ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, legge n. 164/1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge n. 848/1955, dal Tribunale ordinario di Trento. La motivazione: «Interpretata alla luce dei diritti della persona, la mancanza di un riferimento testuale alle modalità attraverso le quali si realizza la modificazione porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per effettuare l'adeguamento dei caratteri sessuali. Tale esclusione appare, peraltro, il corollario di un'impostazione che, in coerenza con i supremi valori costituzionali, rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, che deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere. Rimane così ineludibile un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo



del sesso può avvenire anche in assenza di intervento chirurgico, purché il percorso di transizione risulti univoco, coerente e sufficientemente consolidato⁷⁰, riaffermando, in tal modo, il primato dell'identità personale rispetto al dato meramente morfologico⁷¹. Condizionare la rettificazione all'esecuzione di un trattamento chirurgico potenzialmente pericoloso per la salute⁷² significherebbe, infatti, porsi in contrasto con lo stesso diritto fondamentale alla salute⁷³, che dovrebbe essere preservato accettando, al medesimo scopo, anche la sola modifica dei caratteri sessuali secondari⁷⁴, così come prospettato dalla Suprema Corte⁷⁵.

Chiamata a pronunciarsi nuovamente, la Consulta ha confermato quest'orientamento⁷⁶ e ha altresì ribadito la centralità del ruolo del giudice, attribuendogli il compito di valutare, alla luce delle insopprimibili peculiarità di ciascun individuo, la natura e l'entità di tali trasformazioni, quali elementi de-

carattere definitivo. Rispetto ad esso il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona», in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁰ Per un chiarimento sulla validità del percorso di transizione si v. il recentissimo contributo fornito dalla giurisprudenza di merito, nello specifico, Trib. Padova 26 febbraio 2025, n. 349, in *doctrine.it*.

⁷¹ Ciò si pone in linea con l'ampiamiento promosso da Corte cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit., 2161: «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale». *Ex multis*, N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1350.

⁷² Il trattamento ormonale, se protratto nel tempo, può produrre effetti irreversibili sull'integrità fisica, compromettendo la possibilità di procreazione naturale, per uno spunto di riflessione su diritto alla salute e diritto all'identità di genere v. B. LIBERALI, *Il transgenderismo fra diritto alla salute e diritto all'identità di genere: problematiche attuali e prospettive future*, in *Feder.*, 2025, 137.

⁷³ V. il commento di L. FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2041.

⁷⁴ «I caratteri sessuali secondari contribuiscono ad accentuare le differenze tra maschi e femmine e sono, per esempio: timbro della voce, distribuzione e numero dei peli, distribuzione del grasso corporeo, sviluppo della massa muscolare, crescita delle mammelle, crescita del pene, ecc.» così ISS, *Glossario di medicina di genere*, 2022 (aggiornato 2023) in www.iss.it. Tra gli interventi medici che supportano l'affermazione dell'identità di genere si ricordano anche le terapie ormonali affermative di genere, ossia trattamenti a base di ormoni che, sotto controllo medico, consentono di modificare il corpo rendendolo più simile a ciò che la persona sente di essere (ovvero alla sua identità di genere). Sul punto v. anche A. MAGNI, *La c.d. “disforia di genere” e la responsabilità del medico, nell'ipotesi dell'inutilità del trattamento sanitario ormonale o chirurgico*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 1931.

⁷⁵ Sul punto v. Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, in *Eius*, 2015, con nota di G. CASABURI, *La cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico «radicale». Rivive il mito dell'ermafroditismo?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 4, la quale ha stabilito che non è necessario sottoporsi a un intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari (organi genitali) per ottenere la rettificazione del sesso all'anagrafe. La Corte ha riconosciuto che la modifica dei caratteri sessuali secondari, ottenuta attraverso trattamenti ormonali e interventi estetici, può essere sufficiente a dimostrare l'identità di genere, anche in assenza di un intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari. I caratteri sessuali primari sono «le gonadi, vale a dire i testicoli nell'uomo e le ovaie nella donna, dove si originano le cellule destinate alla riproduzione (gameti) e vengono prodotti gli ormoni sessuali. In aggiunta alle ovaie, i caratteri sessuali primari femminili includono salpingi (tube), utero, vagina, vulva; in aggiunta ai testicoli, i caratteri sessuali primari maschili includono epididimi, dotti deferenti, vescicole seminali e pene. All'inizio della maturità sessuale (pubertà) i caratteri sessuali primari raggiungono la piena maturazione e iniziano a comparire i caratteri sessuali secondari che contribuiscono ad accentuare le differenze tra maschi e femmine (per esempio timbro della voce, distribuzione e numero dei peli, distribuzione del grasso corporeo, sviluppo della massa muscolare, crescita delle mammelle, crescita del pene, ecc.)» così ISS, *Glossario di medicina di genere*, 2022 (aggiornato 2023) in www.iss.it.

⁷⁶ «È rimessa al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione», così la stessa Corte cost. 21 ottobre 2015, n. 221, cit., 2041.



terminanti nella definizione dell'identità personale e di genere⁷⁷. Spetta, pertanto, all'autorità giudiziaria individuare un punto di equilibrio ragionevole tra le differenti istanze coinvolte, in coerenza con i valori costituzionali dell'autodeterminazione, della dignità e della tutela della salute della persona⁷⁸.

Alla luce di ciò, il trattamento chirurgico si configura, oggi, soltanto come uno strumento potenziale e volontario a disposizione del soggetto per completare il percorso di transizione⁷⁹. In altri termini, esso rappresenta un'opzione⁸⁰ volta a garantire, attraverso una corrispondenza tendenziale fra il dato anatomico e la nuova indicazione anagrafica, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona⁸¹.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso si riflette in modo rilevante sul piano civilistico, incidendo sui diritti della personalità e sui profili qualificanti lo *status* giuridico della persona, intesa quale «centro assiologico del sistema giuridico»⁸².

Tali mutamenti assumono particolare rilievo nell'ambito del diritto di famiglia, soprattutto nei casi in cui l'identità di genere riconosciuta anagraficamente si confronta con istituti fondati sul binarismo di genere⁸³. La rettificazione del sesso determina, infatti, una modifica dell'attribuzione anagrafica con efficacia *erga omnes*, rispetto alla quale devono essere inquadrate le conseguenze giuridiche, in relazione ai rapporti di filiazione e alle situazioni soggettive connesse.

La questione assume rilievo ancora maggiore alla luce della pronuncia della Corte⁸⁴: la possibilità di sospendere lo scioglimento dell'unione fino alla celebrazione del matrimonio, nei casi in cui la rettificazione non richieda un intervento chirurgico di adeguamento e, dunque, la sterilità del richiedente non rappresenti una conseguenza inevitabile, impone di confrontarsi con l'ipotesi in cui le persone transgender rivendichino il proprio diritto alla genitorialità⁸⁵.

1.5. – La decisione della Corte costituzionale, valorizzando il diritto della persona a veder riconosciuto e protetto giuridicamente il proprio vissuto nell'ambito delle formazioni sociali in cui esso si esprime⁸⁶,

⁷⁷ Sul punto, non poca dottrina si è espressa manifestando perplessità relative al ruolo assegnato al giudice, a titolo meramente esemplificativo si v. M.E. RUGGIANO, *Il diritto all'identità di genere: preoccupazioni per la decisione della Corte costituzionale n. 180 del 2017*, in *Stato, chiese plur. conf.*, 2017, 1.

⁷⁸ Corte cost. 13 luglio 2017, n. 180, in *Consulta onl.*, con nota di C.P. GUARINI, «Maschio e femmina li creò» o, forse, no. *La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso*, in *Feder.*, 2018, 2. La Corte ha escluso che l'intervento chirurgico costituisca presupposto necessario per la rettificazione anagrafica del sesso, riconoscendo il ruolo dell'autorità giudiziaria nel valutare caso per caso l'effettiva transizione identitaria.

⁷⁹ Cfr. così A. VENTURELLI, «Conversione», cit., 336.

⁸⁰ Così anche Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, cit., 4.

⁸¹ In linea con il concetto di salute costituzionalmente garantito dall'art. 32, nella sua interpretazione più ampia, fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), nel preambolo della sua Costituzione: «la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non semplicemente l'assenza di malattia o infermità», in www.who.int.

⁸² R. TOMMASINI, «La personalità umana nell'ordinamento giuridico» di Pietro Perlingieri, *cinquant'anni dopo*, a cura di G. Carapezza Figlia-G. Frezza-P. Virgadamo, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, 4.

⁸³ Cfr. G. GRISI, *Sesso e genere: una dialettica alla ricerca di una sintesi*, in *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, a cura di S. Anastasia-P. Gonnella, RomaTre Press, 2019, 79.

⁸⁴ Il riferimento è sempre alla sentenza oggetto di analisi: Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 66, cit., 698.

⁸⁵ Il riconoscimento di un diritto alla genitorialità è ampiamente discusso in letteratura, *ex multis* v. C. VERDE, *Tecniche procreative e (in)esistenza di un diritto alla genitorialità. Coordinate introduttive*, in *Ann. SISDiC*, 2024, 1; S. DEPLANO, *Apunti intorno al concetto di "genitorialità" nel diritto civile*, in *Riv. giur. mol. sannio*, 2023, 61.

⁸⁶ Già Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, cit., 2715, aveva affermato che: «Per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale,



ha riaffermato il ruolo dell'identità di genere quale dimensione imprescindibile della personalità⁸⁷.

Invero, le implicazioni della sentenza si proiettano ben oltre la mera tutela della continuità delle unioni civili: l'argomentazione della decisione, infatti, pur non affrontando direttamente il tema, offre alcuni spunti di riflessione sui rapporti di filiazione successivi alla rettificazione.

Infatti, la prosecuzione dell'unione civile a seguito della rettificazione, unita alla conservazione della fertilità⁸⁸, impone all'ordinamento di confrontarsi con la possibile genitorialità transgender, vale a dire con scenari che il paradigma binario della sessualità⁸⁹, su cui l'intero sistema è costruito⁹⁰, non risulta più in grado di governare⁹¹.

Un tema centrale è rappresentato dall'accesso delle persone transgender alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA)⁹² e di preservazione della fertilità (c.d. *social freezing*)⁹³, soprat-

intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», v. anche C.S. ANGIOLINI, *Transessualismo e identità di genere*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 263.

⁸⁷ Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 66, cit., 698, ha rappresentato un punto di svolta dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'automatico scioglimento del vincolo coniugale in conseguenza della rettificazione del sesso, poiché tale meccanismo «entra irrimediabilmente in frizione con il diritto inviolabile della persona alla propria identità».

⁸⁸ «Il social freezing, con questa locuzione si intende una forma di pianificazione, anzi di vera e propria gestione delle sopravvenienze che non prevede fenomeni perturbatori del contratto ma del proprio sistema riproduttivo, fisiologici e patologici. Con il social freezing, dove ammesso, le persone crioconservano senza avere riscontrato alcuna patologia, perché nel momento in cui si conservano le cellule non si ha una coppia, non si ha una relazione, non si ha ancora voglia di creare una famiglia, si deve costruire una carriera, si deve scegliere il proprio percorso di vita, di studi e via dicendo. Questa tecnica costituisce uno strumento molto potente soprattutto per le donne: mentre gli uomini possono, astrattamente e con numerose eccezioni, preservare la propria idoneità riproduttiva a lungo, le donne invece no. La crioconservazione allora consentirebbe, di gestire le sopravvenienze riproduttive, per intraprendere in un futuro un ciclo di fecondazione o comunque la fecondazione e il trasferimento uterino di queste cellule», in S. PERRINO, *Social Freezing: la gestione delle sopravvenienze riproduttive*, 2024. Intervento presentato al convegno *Genitorialità sociale: indagine sul fenomeno e sui limiti di ordine pubblico*, Modena, 2024.

⁸⁹ Parte della dottrina ha evidenziato l'inadeguatezza del sistema binario, ormai incapace di rappresentare la complessità dell'identità personale, proponendo l'introduzione di una categoria "neutra" o persino la soppressione di qualsiasi riferimento giuridico al genere. La possibilità di introdurre un terzo genere, chiamato anche "non binary", è stata ampiamente discussa in letteratura. *Ex multis*, v. il recente contributo curato da G. NOTO LA DIEGA-A. SCHUSTER, *Focus "Non Binary Identities and the Law"*, in *GenIUS*, 2025. Per una prospettiva comparata tra Italia e Germania: V. CAPUOZZO, *La registrazione anagrafica del terzo genere: una comparazione tra Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale italiana*, in *GenIUS*, 2025, 1.

⁹⁰ M. PIERDOMINICI-M.T. PAGANO-P. MATARRESE, *La ricerca pubblica attenta alle identità di genere. Focus: L'interesse del minore e le esigenze di ordine pubblico nella sentenza delle Sezioni unite n. 12193/19*, in *GenIUS*, 2019, 114.

⁹¹ Se prima il tema della filiazione transgender appariva marginale, in quanto la transizione chirurgica comportava di fatto la perdita della capacità procreativa, oggi la possibilità di una rettificazione senza sterilità rende attuali scenari fino a poco tempo fa estranei al sistema. Si pensi al caso di un soggetto anagraficamente riconosciuto come uomo che, mantenendo la capacità di portare a termine una gravidanza, dia luogo a situazioni di filiazione apparentemente riconducibili a schemi di omogenitorialità, oppure alla possibilità che persone transgender accedano alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) o di conservazione della fertilità (c.d. *social freezing*).

⁹² La fecondazione artificiale o procreazione medicalmente assistita (Pma) consiste in un insieme di tecniche atte a sostituire artificialmente parte del processo produttivo naturale, ove questo non riesca o non possa avvenire spontaneamente, in modo tale da garantire la fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo. Esistono diverse forme di Pma. Dal punto di vista del bisogno che la prestazione è chiamata a soddisfare, essa può essere omologa o eterologa (se coinvolge un soggetto-chiamato donatore- esterno alla coppia), F. PENNISTRÌ, *Procreazione eterologa medicalmente assistita in Italia: l'accesso alla prestazione fra aspetti morali, legali ed etico-politici*, in *Pol. Sanit.*, 2019, 111.

⁹³ Si v. sul punto il contributo di A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024, 175 s.: «La crioconservazione di embrioni e gameti è tecnica volta a garantire il perseguimento di fini procreativi. La peculiarità dei beni custoditi a basse temperature impone di differenziare le funzioni connesse agli strumenti criogenici. Da un lato, rileva la necessità di assicurare il buon esito della procedura di procreazione medicalmente assistita; dall'altro, emerge l'interesse a preservare la fertilità.». Anche C. FAZION, *Social Freezing: possibilità e limiti*, www.fondazioneveronesi.it, 2023.



tutto con riferimento a coloro che, pur avendo ottenuto la rettificazione anagrafica del sesso, mantengano intatte le proprie funzioni gametiche originarie e, di conseguenza, la propria capacità riproduttiva biologica⁹⁴.

Laddove, infatti, come ricordato dal giudice *a quo*⁹⁵, la rettificazione di sesso non presuppone più necessariamente un intervento chirurgico, il soggetto può mantenere intatta la propria capacità procreativa: viene così meno quell'automatismo, un tempo quasi inevitabile, tra rettificazione e sterilità.

In tali ipotesi si pone il quesito se, e fino a che punto, sia legittimo impedire l'accesso alla genitorialità⁹⁶ sulla base della discrepanza tra sesso anagrafico e funzione riproduttiva, interrogandosi altresì sull'esistenza di un vero e proprio "diritto al figlio"⁹⁷.

La cornice normativa di riferimento, rappresentata dalla legge n. 40/2004, riserva la possibilità di accedere alle tecniche di PMA alle sole coppie composte da persone di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambe viventi⁹⁸. Il legislatore subordina altresì il ricorso alla PMA alla presenza di una causa di sterilità o infertilità, o alla presenza del rischio di trasmissione di determinate malattie⁹⁹.

⁹⁴Trib. Como 13 settembre 2024, n. 186, in *G.U.*, ha sollevato questione di legittimità, rivolgendosi alla Corte. L'ordinanza riguarda la legge n. 40/2004, in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA), e solleva dubbi sulla compatibilità costituzionale di alcune disposizioni che limitano l'accesso alle tecniche di PMA per le coppie dello stesso sesso. La questione riguarda l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni della norma citata, in relazione ai diritti delle persone transgender e alle coppie omosessuali. Il Tribunale ha quindi rimesso la questione alla Corte costituzionale per una valutazione sulla compatibilità delle norme in questione con la Costituzione italiana, in particolare con i principi di uguaglianza e non discriminazione. Per il testo integrale dell'ordinanza v. www.gazzettaufficiale.it.

⁹⁵Così il Trib. Torino 29 maggio 2023, n. 101, in *G.U.*: «la Corte costituzionale, con la sentenza interpretativa di rigetto n. 221/2015 nonché con la successiva sentenza n. 180/2017, e la Corte di cassazione, con la sentenza n. 15138/2015, pronunce condivise da questo Tribunale, hanno chiarito, valorizzando il dato testuale di cui all'art. 31, comma 4, decreto legislativo n. 150/2011 ("quando risulta necessario"), che per la rettificazione di attribuzione di sesso prevista dall'art. 1 legge n. 164/1982 non deve più considerarsi presupposto imprescindibile il trattamento chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali anatomici primari, sufficiente essendo il rigoroso accertamento, da parte del giudice di merito, del disturbo di identità di genere e di un serio, univoco e tendenzialmente irreversibile percorso individuale di acquisizione di una nuova identità di genere.

Nello specifico la Corte ha affermato che il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta, quindi, autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosexualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica. La prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico». Per un approfondimento sui precedenti giurisprudenziali richiamati v. I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Cons. onl.*, 2016, 175.

⁹⁶Se in passato, prima dell'intervento della Corte costituzionale in materia, la necessità dell'intervento chirurgico comportava la sterilità del soggetto e dunque le questioni sorgevano potenzialmente in relazione all'ipotesi che quest'ultimo ricorresse alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo ed alla gestazione per altri, è evidente come la caducazione dell'intervento chirurgico comporti un ampliamento delle conseguenze nella sfera familiare. Si v. sul punto la riflessione di L. VIZZONI, *Transessualismo e filiazione: quando la condizione transessuale riguarda il genitore o il figlio minore*, in *Fam.*, 2016, 101.

⁹⁷C. VERDE, *Tecniche*, cit., 8, rileva correttamente il mutamento di prospettiva: l'interesse dell'ordinamento per il bene del minore (*best interest of the child*) viene (quasi) superato dallo smodato desiderio dell'adulto di diventare genitore "a qualunque costo".

⁹⁸Così recita l'art. 5 legge n. 40/2004.

⁹⁹Corte cost. 15 maggio 2015, n. 96, in *Quad. Cost.*, 2015, 755, con il commento di S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, ha stabilito che le coppie fertili ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili (es. talassemia, fibrosi cistica) potessero accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.



Pertanto, prima della rettificazione i partner dell'unione civile non possono ricorrere alle tecniche di PMA, in virtù dell'espresso divieto¹⁰⁰; una volta intervenuta la rettificazione e acquisita l'eterosessualità della coppia, l'accesso alla genitorialità resta comunque subordinato alla verifica del requisito della sterilità¹⁰¹.

Tale impostazione, la cui legittimità è stata confermata in più occasioni dalla stessa Corte costituzionale¹⁰², induce a sostenere, in una logica di sistematica coerenza, l'inammissibilità di un accesso alla genitorialità nelle situazioni in cui esso implichi una violazione dei divieti sanciti dalla legge¹⁰³.

È in certa misura evidente, tuttavia, che i vigenti divieti in materia di procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri¹⁰⁴, posti a tutela di un ideale della famiglia basato sul *best interest of the child*¹⁰⁵,

¹⁰⁰ Non è ammessa la procreazione medicalmente assistita per coppie dello stesso. Il comma 2 dell'art. 12 della legge n. 40/2004 infatti sanziona chiunque, a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro. Inammissibile la questione di legittimità costituzionale per violazione degli articoli della Costituzione come l'art. 31 che protegge la maternità, l'art. 32 che tutela il diritto alla salute, l'art. 117, comma 1 e l'art. 11 (in quanto riconoscono l'applicazione anche in Italia del diritto internazionale che vieta ogni forma di discriminazione), l'art. 2, che riconosce le coppie di fatto e dello stesso sesso come formazioni familiari meritevoli di tutela e infine con l'art. 3, che tutela il diritto di uguaglianza "senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali."

Secondo la Consulta "la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti (sentenza n. 162/2014). Essa dev'essere, infatti, bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico.

¹⁰¹ Ampia la letteratura sul punto, che si è soffermata sulla possibilità di estendere l'accesso alle tecniche di PMA includendo nel concetto di sterilità l'ipotesi c.d. di "infertilità sociale" o "relazionale", inteso quale "fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, conseguente alla non complementarietà biologica" di due donne partner. Nello specifico Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Il familiarista.it*, con commento di F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 581.

¹⁰² Si tratta ancora di Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit., di cui si segnala la nota di S. STEFANELLI, *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in *Nuova giur. Comm.*, 2020, 548.

¹⁰³ Ci si riferisce qui alle ipotesi di individui transgender, che hanno ottenuto la rettificazione di sesso. In particolare, si riporta il recentissimo, e non ancora risolto (si attende la pronuncia della corte costituzionale) caso. La fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale di Como attiene al caso di una fecondazione omologa ove i componenti della coppia, benché oggi del medesimo sesso, risultano – in conseguenza della crioconservazione del gamete maschile prima della rettifica di sesso della convenuta – biologicamente complementari. Viene quindi chiesto alla Corte costituzionale di dichiarare illegittime quelle norme della legge n. 40/2004 che rendono impossibile, per il genitore che ha fornito il contributo maschile alla procreazione, di essere riconosciuto come padre, pur essendo nel frattempo divenuto donna.

¹⁰⁴ La legge n. 40/2004, modificata nel 2024 (d.d.l. n. 824/2023), art. 12, ha introdotto il reato universale di maternità surrogata, punendo con pene da tre mesi a due anni di reclusione e multe da 600.000 a un milione di euro chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità, anche se effettuate all'estero. Questa modifica legislativa estende il divieto anche ai cittadini italiani che ricorrono alla maternità surrogata in Paesi dove tale pratica è legale. per una riflessione sul punto v. anche V. PICCININI, *Filiazione*, cit., 2025.

¹⁰⁵ La Corte Edu ha costruito il (principio dei) *best interests of the child* in via interpretativa, concettualizzandolo alla luce dello *human rights-based approach*. Tale operazione ermeneutica è stata resa possibile "dal basso", grazie al *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa: nelle parole della Corte, «*there is currently a broad consensus (...) in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount*» (cfr. *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, 6 luglio 2010, par. 135). Le pronunce in materia minorile sono, inoltre, costanti nel richiamare il principio dei *best interests*



vengano progressivamente rivalutati¹⁰⁶, invitando il legislatore a riflettere sulla possibilità di intervenire¹⁰⁷.

Da tempo, infatti, la stessa Consulta, nella veste di «primo interprete della sensibilità sociale»¹⁰⁸, adotta un atteggiamento promotore di un ripensamento del sistema¹⁰⁹, sollecitato dalle nuove istanze sociali.

La crescente affermazione dell'identità di genere e del diritto all'autodeterminazione riproduttiva pone sempre più spesso questioni sottoposte al vaglio della Corte¹¹⁰ e impone, in una certa misura, una ridefinizione degli assetti relativi allo *status* personale¹¹¹, alla filiazione¹¹² e alla genitorialità¹¹³.

contenuto nei diritti nazionali positivi – nella sezione sul «diritto interno pertinente» – e nelle argomentazioni del governo dello Stato convenuto, in merito alla necessità dell'ingerenza nella vita familiare del genitore per la tutela dei diritti fondamentali della prole *ex art. 8, comma 2, Cedu*. «Dall'alto», invece, giocano un ruolo importante il diritto internazionale pattizio, in particolare la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia (cfr., per esempio, i riferimenti in *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, par. 76 e *S.L. e J.L. c. Croazia*, 7 maggio 2015, par. 62). Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, infatti, la Cedu non va interpretata da sola, ma in armonia con i principi del diritto internazionale e, in particolare, con le norme concernenti la protezione internazionale dei diritti dell'uomo (cfr., per esempio, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, cit., par. 131). Per un approfondimento dettagliato v. J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *La Corte di Strasburgo*, Key, 2019, 413.

¹⁰⁶ La stessa Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, in *Giur. cost.*, 2020, 2760, con nota di A. APOSTOLI, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, ha ribadito che la scelta di non estendere l'accesso alla PMA alle coppie omosessuali femminili non può essere considerata arbitraria ed irrazionale, pur tuttavia affermando che un'eventuale introduzione, da parte del legislatore, della possibilità di accesso alle tecniche non si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali.

¹⁰⁷ La Corte costituzionale ha invitato, in più occasioni, il legislatore ad intervenire per disciplinare compiutamente le diverse annose questioni emerse, in relazione alle quali rileva la sussistenza di lacune e vuoti di tutela. A titolo esemplificativo, si v. Corte cost. 28 gennaio 2021, n. 32, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 609, con nota a commento di B. CHECCHINI, *L'«omogenitorialità» ancora al vaglio della Corte costituzionale*.

La pronuncia è stata pubblicata anche in *Biolaw J.*, 2021, 1, con commento di B. CARMINATI, *Corte costituzionale – sent. 32/2021: tutela dei figli nati da PMA di tipo eterologo da coppie dello stesso sesso*.

¹⁰⁸ Così la stessa Corte cost. 23 luglio 2024, n. 143, in *Studium iuris*, 2025, 161, con nota di N. POSTERARO-G. MINGARDO, *Identità non binarie e autorizzazione giudiziale all'intervento chirurgico di affermazione di genere: l'intervento della Corte costituzionale*; G. SULPIZI, *Il diritto ad essere diversi: oltre il binarismo nella rettificazione di sesso?*, in *Genlus*, 2025, 1.

¹⁰⁹ Si veda in tal senso Corte cost. 23 luglio 2024, n. 143, cit., 161, ove la corte ha rilevato, con riguardo alla questione sollevata dal Tribunale, che «la percezione dell'individuo di non appartenere né al sesso femminile, né a quello maschile – da cui nasce l'esigenza di essere riconosciuto in una identità «altra» – genera una situazione di disagio significativa rispetto al principio personalistico cui l'ordinamento costituzionale riconosce centralità (art. 2 Cost.) e nella misura in cui può indurre disparità di trattamento o compromettere il benessere psicofisico della persona, questa condizione può del pari sollevare un tema di rispetto della dignità sociale e di tutela della salute, alla luce degli artt. 3 e 32 Cost. Tali considerazioni unitamente alle indicazioni del diritto comparato e dell'Unione europea, pongono la condizione non binaria all'attenzione del legislatore, primo interprete della sensibilità sociale». La pronuncia è disponibile anche in *Biolaw J.*, 2024, 35, con commento di R. PARIGIANI, *Corpi, prassi e pratiche alla luce della sentenza 143/2024 della Corte Costituzionale*.

¹¹⁰ Si v. Corte cost. 22 maggio 2025, n. 68, in *Dir. comp.*, 2025, 1, con nota di A. SCHILLACI, *Un quadro sempre più nitido: la Corte costituzionale e l'omogenitorialità femminile*, con la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità dell'art. 8, legge n. 40/2004, nella parte in cui non prevede che un figlio nato da due donne che abbiano fatto ricorso all'estero alla procreazione medicalmente assistita possa essere riconosciuto già dal momento della nascita (in Italia) da entrambe le madri. Quella biologica e quella definita «intenzionale» in quanto partecipe del progetto destinato a concludersi con la nascita di un nuovo essere umano.

¹¹¹ «Il paradigma dicotomico va spezzato senza che il tertium sia, semplicemente, uno spazio bianco: l'affermazione e certificazione di un'identità insolita non equivarrebbe a stigmatizzare e/o discriminare, bensì a riconoscere, all'interno dell'ordinamento giuridico di riferimento, un genere e un'identità oltre si', ma – comunque – positivamente definita», così S. CACACE, *Il genere: identità, filiazione, genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1178, e più di recente, G. MINGARDO, *Il riconoscimento delle nuove soggettività e il limite del binarismo di genere nella prospettiva costituzionale*, in *GenIUS*, 2024, 1.

¹¹² La stessa corte, nella sentenza qui analizzata ha ribadito che: «il contenuto assiologico della relativa scelta resta quindi perseguibile, in via normativa, e vede il legislatore interprete della volontà collettiva nell'operato bilanciamento dei valori in



In tale contesto, paiono opportune alcune ulteriori considerazioni.

In primis, è condivisibile l'idea, pur avversata da alcuni¹¹⁴, secondo cui «il sesso è statico»¹¹⁵, ossia dotato di una attitudine a essere apprezzato nella sua oggettività, intesa non come immutabilità assoluta, ma come esigenza di stabilità giuridica, idonea a garantire certezza nei rapporti personali e familiari. Ciò implica che, una volta effettuata una scelta identitaria, questa non possa essere soggetta a continue revisioni arbitrarie, trattandosi di un elemento rilevante per l'assetto complessivo dell'ordinamento¹¹⁶.

La legge, inoltre, nel prevedere meccanismi di tutela e delimitazione, risponde all'esigenza, non altrimenti perseguibile, di preservare l'affidabilità del dato anagrafico e, con esso, la coerenza sistematica del diritto¹¹⁷. In questa prospettiva, si comprende la permanenza di una struttura normativa binaria, che, lungi dal negare l'esistenza di esperienze identitarie complesse, si fonda su criteri di funzionalità giuridica¹¹⁸, pur comportando, talvolta, una restrizione delle possibilità di accesso alla genitorialità.

È in questa stessa logica che si collocano i limiti imposti alla procreazione medicalmente assistita dalla legge n. 40/2004: una normativa che nasce con finalità terapeutiche¹¹⁹ e non quale strumento per il soddisfacimento di desideri soggettivi, disancorati da un bisogno clinico¹²⁰.

La stessa Consulta è stata chiara sul punto: «la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diven-

confitto e per una valutazione delle istanze più radicate nella coscienza sociale – come già avvenuto in materia di procreazione medicalmente assistita (si citano le sentenze n. 84 del 2016 e n. 162 del 2014) – lungo un percorso in cui lo spazio del sindacato di questa Corte rimane circoscritto alla verifica del carattere non irragionevole del bilanciamento. La concezione del sesso come dato complesso della personalità escluderebbe poi che l'equilibrio da instaurarsi dal legislatore in una materia eticamente sensibile possa essere modificato con sentenze additive».

¹¹³ L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e «modello» matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1779.

¹¹⁴ In dottrina c'è anche chi sostiene che: «la distinzione maschio/femmina non sia fissa, bensì mutevole nel tempo e nello spazio, a seconda delle diverse concezioni culturali e scientifiche», v. L. GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 597g. Per una prospettiva filosofica, si rinvia alla teoria della filosofa Judith Butler, che sostiene che il genere non sia un dato naturale, ma una costruzione sociale e culturale, il cui significato varia a seconda del contesto storico e culturale. Butler introduce il concetto di "performatività di genere", secondo cui l'identità di genere è il risultato di atti ripetuti e socialmente regolati, piuttosto che di una natura biologica fissa. Per un approfondimento v. J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, 1990. Rappresenta un esempio significativo in tal senso la riforma del codice amministrativo del *New York City Council*, con l'introduzione del "gender X".

¹¹⁵ G. GRISI, *Sesso*, cit., 90.

¹¹⁶ La configurazione della famiglia quale formazione sociale autonoma non si accompagna alla sua natura di istituto impermeabile all'ordinamento, il quale, pertanto, ha il dovere di riconoscerne la pluralità e garantirne la tutela, senza rischiare di comprometterne l'autenticità. La famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una realtà che non può menomare né mutare, così A. MORO, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, Roma, 1971.

¹¹⁷ In materia si vedano anche gli interessanti contributi di P. GIUNTI, *Il mare del diritto. Legalità e famiglia in Roma Antica*, in *Le legalità e le crisi delle legalità*, Giappichelli, 2014, 1; A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in questa *Rivista*, 2018, 736.; L. CONTE, *La famiglia. Istituti e istituzione nella prospettiva costituzionale*, Editoriale scientifica, 2020.

¹¹⁸ È in nome di tale funzione che non si possono accettare le proposte avanzate da parte della dottrina, che, denunciando l'inadeguatezza del sistema binario, ha proposto l'introduzione di una categoria "neutra" o persino la soppressione di qualsiasi riferimento giuridico al genere.

¹¹⁹ Le stesse linee guida del Ministero della Salute si esprimono in questi termini: «Per tecniche di procreazione medicalmente assistita si intendono tutti quei procedimenti che comportano il trattamento di oociti umani, di spermatozoi o embrioni nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza. [...] Queste tecniche sono attualmente rappresentate da una gamma di opzioni terapeutiche a diverso grado di invasività sia tecnica che psicologica sulla coppia», in www.salute.gov.it, 2015.

¹²⁰ Nello specifico, così sostiene l'Istituto Superiore di Sanità: «La Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) è un insieme di tecniche, più o meno complesse, cui possono sottoporsi le coppie che hanno problemi di infertilità, ossia difficoltà a concepire spontaneamente dei figli», in www.issalute.it, 2023.



tare genitori di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicitarsi senza limiti»¹²¹.

A ben vedere, però, con la decisione n. 66/2024 la Corte costituzionale ha dato prova di un progressivo “scardinamento sistematico” del paradigma su cui si fonda la legge n. 40/2004: pur riaffermando la distinzione tra matrimonio e unione civile, ha ampliato la tutela di quest’ultima, in nome della copertura costituzionale riconosciuta a entrambe le figure.

Un analogo processo è ravvisabile in materia di filiazione, dove la giurisprudenza sta progressivamente erodendo i limiti imposti dalla legge n. 40/2004¹²²: l’accesso alla PMA, inizialmente circoscritto entro rigidi confini, è stato via via ampliato, fino al riconoscimento operato dalla recente pronuncia costituzionale n. 68/2025¹²³.

In conclusione, si assiste a una progressiva attenuazione della rigidità originaria, che lascia intravedere un possibile superamento degli assetti tradizionali della genitorialità. La pronuncia in esame apre, infatti, un varco che solo il legislatore potrà colmare, forse anche ridisegnando i limiti dell’esperienza genitoriale.

¹²¹ Si tratta di Corte cost. 9 aprile 2014, n. 162, in *Fam. dir.*, 2014, 753, che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 5, co. 1, l. 40/2004, ammettendo la possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa. Tra i diversi commenti alla pronuncia v. G. BERTI DE MARINIS, *Il ruolo della giurisprudenza nell’evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1716; V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Fam. dir.*, 2014, 753; A.P. GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Riv., AIC*, 2015, 1; P. GRIMALDI, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e best interest of the child*, in *Fam. dir.*, 2017, 323.

¹²² Per una riflessione interessante v. S. CECCHINI, *Un caso di effettività perduta: la legge n. 40/2004 e la doppia maternità*, in *BioLaw J.*, 2021, 355; oltre che V. PICCININI, *Filiazione*, cit., 2025.

¹²³ Così Corte cost. 22 maggio 2025, n. 68, cit., 1, v. anche il commento di A. RUGGERI, *‘Stop and go’ della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, in *Feder.*, 2025, 213.



GIACOMO ANGELO PUGGIONI

Dottorando – Università degli Studi di Cagliari

CIRCOLAZIONE DEI CREDITI NELL'AMBITO DELLE OPERAZIONI DI CARTOLARIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Un rinnovato interesse per la legge n. 130/1999: le piattaforme di invoice trading e gli studi sull'oggetto dell'obbligazione. – 2. Cenni sulla fisionomia delle operazioni di cartolarizzazione in Italia. – 3. Regolamento di confini. – 4. Delimitazione del problema. – 5. Posizione del debitore ceduto. – 5.1. Art. 4 legge n. 130/1999, principio di salvaguardia delle sfere giuridiche individuali e opponibilità. – 5.2. Scostamento dal regime previsto dall'art. 1264 cod. civ. e cenni di rilievo sistematico. – 5.3 Tutela del ceduto e strumenti del formalismo.

1. – Ad oltre venticinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 130/1999¹, recante “Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti”, novellata a più riprese, il corpo di disciplina da essa introdotto trova significativa applicazione nell'ambito delle cc.dd. operazioni di *invoice trading*, di crescente impiego² e riconducibili all'insieme dei fenomeni in cui si articola l'universo *fintech*. L'*invoice trading*, richiamando le definizioni descrittive degli interpreti, consiste «nell'anticipazione ad imprese di crediti che queste hanno nei confronti di terzi e per i quali hanno emesso fatture commerciali [...] con contestuale acquisto del relativo credito, attraverso piattaforme online»³. Più nel dettaglio, da una disamina dei modelli impiegati dalle menzionate piattaforme, differenziamo, in linea di massima, due ipotesi: a) quelle in cui le suddette infrastrutture digitali si limitano a “selezionare” i candidati cedenti –

¹ La narrazione comune sull'introduzione di questa disciplina nelle maglie del nostro ordinamento è stata determinata dall'esigenza di superare gli (asseriti) ostacoli normativi che, in assenza di specifiche disposizioni di legge, avrebbero precluso la legittimità delle operazioni in essa regolate, penalizzando l'Italia a fronte di altri Paesi in cui la cartolarizzazione dei crediti (c.d. *securitisation*) era ammessa: C. PISANTI, *La legge sulla cartolarizzazione e lo sviluppo del sistema finanziario, in La cartolarizzazione. Commento alla legge n. 130/1999*, a cura di C. Pisanti-P. Ferro-Luzzi, Giuffrè, Milano, 2005, 3 ss.; G. RUMI, *Securitisation in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, Milano, 2000, 438 ss. Si segnala come il termine *securitization* tragga origine dalla radice *security*, la quale assume in linea di principio il significato di “garanzia”, nonché dal termine *securities*, il quale, invece, indica i “valori mobiliari”: cfr. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1984; M. CALLEGARI-G. COTTINO-G. SPATAZZA-E. DESANA, *Trattato di diritto commerciale* – Vol. VII: *I titoli di credito*, Cedam, Padova, 2006, 36 ss.; L. CAROTA, *Della cartolarizzazione dei crediti*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, Cedam, Padova, 4, 2002; A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 103 ss.

² Alcuni dati relativi all'impatto di queste piattaforme sull'economia italiana sono presenti in E. MACCHIAVELLO, *La regolazione del fintech, tra innovazione, esigenze di tutela e level-playing field. l'inesplorato caso dell'invoice trading*, in *Banca Impresa Società*, 3, 2019, *Il Mulino* – *Rivisteweb*, 497 ss., spec. 500 (in nota).

³ E. MACCHIAVELLO, *La regolazione del fintech*, cit., 500; cfr. anche G. BALP, *Il finanziamento digitale: crowdlending, invoice trading e cryptolending*, in *Diritto del Fintech*, a cura di M. Cian e C. Sandei, Padova, 2024, 309 ss.



oggi tendenzialmente rappresentati da piccole e medie imprese – e, dietro il pagamento di una commissione, a mettere loro “in contatto” con gli investitori interessati; b) quelle – più complesse e delle quali scegliamo di occuparci – nelle quali la cessione del credito, osservata qua come contratto di cessione⁴, rappresenta uno dei negozi collegati che compongono un’operazione di cartolarizzazione⁵. Se la tutela dell’investitore nell’ambito di questa seconda tipologia di operazioni rappresenta uno degli aspetti maggiormente controversi dell’istituto⁶ – anche in ragione della scarna e ambigua formulazione normativa e dell’esigua giurisprudenza in merito –, nell’economia del lavoro ne tratteremo poco più che incidentalmente, in ragione dei punti di contatto che essa presenta con il tema perno della presente indagine. Quest’ultimo è rappresentato dal coordinamento della legge n. 130/1999 con la disciplina codicistica in punto di cessione del credito, e nella correlata tutela dell’apparenza⁷, dell’affidamento legittimo e della buona fede del *solvens* (artt. 1189, 534, 1992 cod. civ.), della relatività degli effetti del contratto⁸, correttamente declinata quale baluardo per la salvaguardia delle sfere giuridiche dei terzi (arg. ex. artt. 1411, 1236, 1920 cod. civ.)⁹.

Nondimeno, la natura e la fisionomia dei diritti ascrivibile agli investitori non possono non suscitare perplessità e riteniamo che la questione trovi un’importante chiave di lettura anche sotto la lente de-

⁴ Non l’effetto ma il contratto: sui diversi angoli prospettici attraverso cui valutare il fenomeno V. PANUCCIO, (voce) *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 842.

⁵ A titolo esemplificativo, l’*invoice trading* che poggia sulla disciplina della legge n. 130/1999 – è stato di recente promosso anche dalla Società finanziaria Regione Sardegna (SFIRS s.p.a.): <https://www.sfirs.it/index.php?xsl=1346&s=460584&v=2&c=8270&t=1>. Il risultato negoziale complessivo (e unitario) dell’affare, che trascende i singoli negozi, dev’essere sottoposto ad attenta osservazione.

⁶ Una tutela che risulta particolarmente stringente anche posta a confronto con altre ipotesi di vincoli di destinazione presenti nel nostro ordinamento, come precisa G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, in *Atti di destinazione e trust* a cura di G. Vettori, 2006, 287 ss., spec. 293. È dedicata specifica attenzione al tema, tra gli altri, in C. SEVERI, *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti*, Milano, 2007; F. MACARIO, *Aspetti civilistici della cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. priv.*, Bari, 2002, 7, 5 ss., spec. 17 ss.; P. FERRO-LUZZI, *La l. n. 130: profili generali; principi e metodi di interpretazione e applicazione*, in *La cartolarizzazione. Commento alla legge n. 130/1999*, a cura di C. Pisanti e P. Ferro-Luzzi, Giuffrè, Milano, 2005, 80 ss.; D. MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. «cartolarizzazione dei crediti»*, in *Riv. dir. civ.*, Milano, 2002, 102 ss.

⁷ Cfr. R. SACCO, (voce) *Apparenza*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1987, 353 ss.; A. FALZEA, (voce) *Apparenza*, oggi in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2011, 811 ss., spec. 817, nel quale – ci torneremo – si precisa che l’apparenza, nel nostro ordinamento, deve poggiare su una situazione di buona fede giustificata specificamente da «una situazione di fatto oggettivamente capace di trarre in inganno qualsiasi terzo»; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Rist. Camerino, ESI, Napoli, 2011, 69 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1988, 156 ss.; P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, ESI, Napoli, rist. 2010, 168; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, Milano, 1968, 303 ss.

⁸ Si ritiene che, per effetto della cessione, cui il debitore ceduto resta estraneo, non possa in alcun modo determinarsi una modifica peggiorativa della sua posizione originaria, in quanto la successione medesima “*avviene senza o addirittura contro la sua volontà*” (Cass. 2 dicembre 2016, n. 24657, in *Dejure*).

⁹ Al contrario, in letteratura e in giurisprudenza si registra l’idea per cui, in presenza di un contratto di cessione del credito, non si registri un’eccezione al principio di relatività degli effetti del contratto, ma si è al di fuori dell’operatività dello stesso: troverebbe applicazione il diverso principio dell’assolutezza o dell’opponibilità ai terzi dell’effetto reale traslativo (cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, 532). D’altro lato, si tenga conto della circostanza per cui il principio di relatività degli effetti – pur se opportunamente ridimensionato (cfr. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, Milano, rist. 2015, 113 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, rist. Camerino, ESI, Napoli, 2010, 59 ss., 139 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, 197 ss.) – non consente che con un contratto tra determinati soggetti siano attribuiti, imposti doveri a soggetti estranei e la conferma di questo significato è data soprattutto dall’art. 1381 cod. civ. (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 536 ss.). *Contra* S. RODOTÀ, (voce) *Espromissione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1996, 781 ss., spec. 785 («*interesse di ciascun soggetto a non vedere modificata la propria sfera giuridica, neppure vantaggiosamente*»).



gli studi sull'oggetto dell'obbligazione, che, oggi più che in altri periodi, sono al centro di un vivo dibattito dottrinale¹⁰.

A questo punto, ci permettiamo di illustrare per sommi capi lo svolgimento di taluni modelli di operazioni di cartolarizzazione, regolati dalla disciplina vigente. Questi cenni, proposti per esigenze descrittive e conoscitive, sono propedeutici ai successivi giudizi valutativi, inerenti squisitamente, come alluso poc'anzi, al rapporto tra debitore ceduto e società cessionaria ex art. 4 della legge n. 130/1999.

2. – L'intelligenza delle operazioni riconducibili al settore dei mercati finanziari sconta le difficoltà di una costante interazione tra disciplina giuridica e regole tecnico-economiche. Peraltro, la nomenclatura adoperata per indicare i soggetti protagonisti è spesso foriera di ulteriori equivoci, frutto, talvolta, di indebite traduzioni di figure e istituti presenti in altri ordinamenti, nei quali la cartolarizzazione *de quo* è stata introdotta e utilizzata in tempi meno recenti; si tratta di ambiguità alimentate nella prassi da ipertrofiche e nebulose pattuizioni contrattuali¹¹, le quali non agevolano sempre la razionalizzazione nelle maglie dell'ordinamento.

Non sembra errato, ad ogni modo, rilevare che il quadro, dal punto di vista soggettivo, si componga almeno¹² delle figure dell'*originator*, del/dei *servicer*, della SPV (la *Special Purpose Vehicle*/società veicolo) e degli investitori/portatori dei titoli.

Contrariamente all'impostazione adottata dal legislatore che, sin dalle battute iniziali (art. 1 legge n. 130/1999), si cura di disciplinare la cartolarizzazione realizzata con cessione del credito, sottolineiamo come quest'ultima non sia altro che una delle sue possibili forme di attuazione – aggiungiamo – quella che ci pare statisticamente più ricorrente nella prassi. Pertanto, ai fini di una ricostruzione generale dell'istituto¹³, è doveroso quantomeno tener conto delle cc.dd. "*altre operazioni*" di cui all'art.

¹⁰ La letteratura dedicata al tema è pressoché sconfinata. Senza pretese di completezza e, riservandoci di integrare successivamente l'apparato bibliografico (*infra* nota 27), si richiamano A. DI MAJO, *Dominio e relazione nell'obbligazione*, in *Europa dir. priv.*, Giuffrè, Milano, 2021, 2, 209 ss.; ID., *Responsabilità e patrimonio*, Giappichelli, Torino, 2005, 35 ss.; L. NIVARRA, *Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, 313 ss.; V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Jovene, Napoli, 2020; F. PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, Milano, 2, 2011, 305 ss.; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005, spec. 23 ss.; U. BRECCIA-F. VIGLIONE, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2024, 36 ss.; C. RENDINA, *Oggetto dell'obbligazione e tutele del credito*, Giappichelli, Torino, 2024.

¹¹ Prolifera anche in quest'ambito la presenza delle cc.dd. tecniche di protezione letterale del contratto (preamboli, definizioni contrattuali e così via), nonché di vere e proprie *merger clauses*, traenti origine dall'esperienza giuridica angloamericana e i cui limiti in punto di legittimità ed efficacia nel nostro ordinamento sono ad oggi estremamente controversi: per un esame dei principali problemi sul tema, si rimanda a M. FOGLIA, (voce) *Merger clauses*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, agg. XI, Utet, Torino, 2018, 322 ss.; cfr. anche G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Utet, Torino, 2011, 41 ss.

¹² Per una più analitica elencazione della pluralità di soggetti coinvolti nella prassi, si rimanda ad A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 109 ss.

¹³ Esulano dalle presenti indagini le operazioni di cartolarizzazione "*realizzate mediante la sottoscrizione o l'acquisto di obbligazioni e titoli similari ovvero cambiali finanziarie*" (art. 1, comma 1-bis), "*le cessioni a fondi comuni di investimento*", che, peraltro, vedono in comune, con l'opzione in esame, il frazionamento del rischio in capo agli investitori: cfr. sul punto G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2020, 381); nonché quanto previsto dall'art. 7.1, il quale disciplina la cartolarizzazione dei crediti deteriorati da parte di banche e intermediari finanziari. Per un'analitica descrizione si rimanda a R. CAMPIONE, *La cartolarizzazione del credito nella prospettiva del rapporto tra originator e debitori ceduti: profili civili*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, Milano, 4, 2018, 1485 ss., spec. 1487 ss.; D. VALENTINO, *Le cessioni di crediti*, cit., 214 ss.; L. CAROTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 222 ss.



7 della legge n. 130 e, in particolare, di quelle che avvengono mediante l'erogazione, da parte della società veicolo, di un finanziamento all'*originator*¹⁴ (c.d. *subparticipation*): al riguardo la legge precisa solamente che, in questo frangente, per “cedente” dovrà intendersi il soggetto finanziato e per “cessionario” il soggetto finanziatore. Il che comporta che l'interprete sarà tenuto costantemente a rapportare il significato delle singole disposizioni contenute nella legge n. 130 a una fattispecie differente rispetto a quella per cui son state previste – *id est* la cartolarizzazione con cessione – e a verificare se e in che limiti siano compatibili con questa¹⁵.

Laddove si opti per la cartolarizzazione con cessione dei crediti¹⁶, l'*originator* (il cedente) cede “a titolo oneroso [...] crediti pecuniari, sia esistenti sia futuri, individuabili in blocco se si tratta di una pluralità di crediti” (art. 1 legge n. 130/1999) a un cessionario, rappresentato dalla citata “SPV” (*special purpose vehicle*), una società all'uopo costituita, indicata dal legislatore nell'art. 3 come “società per la cartolarizzazione del credito”. Il sacrificio economico gravante su quest'ultima risiederebbe nella somma di denaro da essa trasmessa al cedente/*originator* medesimo quale prezzo del credito, somma corrispondente a una percentuale del valore nominale dei crediti ceduti, variabile in ragione della valutazione attribuita agli stessi (in via di principio dai cc.dd. *servicers*).

La c.d. società veicolo, società avente per “oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei crediti” (art. 3 legge n. 130/1999), al fine di ottenere la provvista necessaria a “finanziare l'acquisto dei crediti” (art. 5 legge n. 130/1999), emette titoli¹⁷ (c.d. *securities*)¹⁸, collocati presso gli investitori¹⁹/portatori dei titoli. Questo aspetto sembra stridere con i normali schemi di circolazione del credito: la società veicolo, che potremmo definire – anche come ipotesi di lavoro – come cessionario formale, non utilizza capitali propri ai fini dell'acquisto dei crediti: essi vengono reperiti da altri soggetti per mezzo della sottoscrizione dei titoli, ma i medesimi sottoscrittori non ne acquistano la titolarità²⁰. Autorevole dottrina evidenzia come questi passaggi rappresentino il nucleo della cartolarizzazione, osservando che «cartolarizzare vuol dire, essenzialmente, “riporre dei crediti in cassaforte”, di modo che il cash flow ossia i flussi di cassa che derivano dalla riscossione dei sud-

¹⁴ La titolarità dei crediti si conserva in capo al cedente.

¹⁵ A ciò conseguono delle particolarità anche dal punto di vista della vicenda di separazione dei patrimoni, della quale si discorrerà in seguito: cfr. L. CAROTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 241 ss.

¹⁶ Esulano dalle presenti indagini le operazioni di cartolarizzazione “realizzate mediante la sottoscrizione o l'acquisto di obbligazioni e titoli similari ovvero cambiali finanziarie” (art. 1, comma 1-bis) e quelle di cui all'art. 7 (realizzate mediante l'erogazione di un finanziamento al soggetto cedente da parte della società per la cartolarizzazione; alle cessioni a fondi comuni di investimento, che peraltro vedono in comune, con l'opzione in esame, il frazionamento del rischio in capo agli investitori: cfr. sul punto G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2020, 381); nonché quanto previsto dall'art. 7.1, il quale disciplina la cartolarizzazione dei crediti deteriorati da parte di banche e intermediari finanziari. Per un'analitica descrizione si rimanda a R. CAMPIONE, *La cartolarizzazione del credito nella prospettiva del rapporto tra originator e debitori ceduti: profili civilistici*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, Milano, 4, 2018, 1485 ss., spec. 1487 ss.; D. VALENTINO, *Le cessioni di crediti*, cit., 214 ss.; L. CAROTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 222 ss.

¹⁷ La legge contempla, anche sotto questo profilo, ulteriori variabili, come quella per cui la cessionaria scelga di avvalersi di una diversa società deputata all'emissione e al collocamento dei titoli (c.d. *issuer*): art. 2, comma 2, legge n. 130/1999.

¹⁸ Qualificati, all'art. 2 della legge n. 130/1999, come “strumenti finanziari”. Un più preciso inquadramento della natura giuridica di tali titoli si registra in L. MURTAS, *Natura giuridica dei titoli da cartolarizzazione*, in *La cartolarizzazione. Commento alla legge n. 130/1999*, a cura di C. Pisanti e P. Ferro-Luzzi, Giuffrè, Milano, 2005, 166 ss. Per una classificazione in ordine ai titoli derivanti dalle operazioni di cartolarizzazioni cfr. D. VALENTINO, *Le cessioni di crediti*, cit., 212 (in nota).

¹⁹ Nela prassi negoziale, di regola, il disegno si attua mediante uno o più o contratti di sottoscrizione dei titoli intercorrenti tra la società per la cartolarizzazione dei crediti e gli investitori.

²⁰ D. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 216.



*detti crediti possano essere utilizzati per rimborsare i titoli [...] emessi a fronte del finanziamento ottenuto per l'acquisto dei crediti stessi da parte dell'emittente i titoli»*²¹. Gli investitori trovano tutela, infatti, oltre che sulle regole che governano la circolazione dei titoli di credito, essenzialmente sulla fisionomia del patrimonio della SPV, su cui si registra un vincolo reale di destinazione²² (c.d. all'investimento)²³ – del quale i medesimi portatori dei titoli sono beneficiari²⁴ – e una separazione (endosoggettiva)²⁵ di masse patrimoniali²⁶.

Sul punto ci limitiamo a sollevare alcuni interrogativi, i quali in parte originano dalla lettera della legge. Se è vero che una soluzione interpretativa non può essere fondata unicamente sul medesimo dato letterale, l'esegesi²⁷ non può non tener conto di un indice ivi ricorrente, ossia la qualifica di “creditori” ascritta agli investitori (art. 3 legge n. 130/1999)²⁸. I portatori dei titoli, quindi, sembrerebbero vantare un credito nei confronti della cessionaria. Ma quest'ultima sarebbe, simmetricamente, tenuta a quale prestazione?²⁹ Ancora, nella giurisprudenza di legittimità non mancano formulazioni di questo

²¹ F. MACARIO, *Aspetti civilistici della cartolarizzazione dei crediti*, cit., 5 s.; Cfr. anche L. CAROTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *I contratti del mercato finanziario. Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Utet, Torino, 2004, 216 ss.

²² Il concorso di atto di destinazione e separazione (i quali non vanno necessariamente di pari passo, cfr. A. FALZEA, *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. il lungo cammino di un'idea. Introduzione e considerazioni generali*, in *I quaderni della fondazione nazionale del notariato*, elibrary.fondazione-notariato.it), come si preciserà, incide sulle regole di responsabilità patrimoniale – essenzialmente come sottrazione di alcuni beni dalla garanzia dei creditori: cfr. M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Atti di destinazione e trust*, a cura di G. Vettori, 2006, 13 ss., spec. 17.

²³ M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione*, cit., 23: la destinazione al finanziamento sarebbe idonea a giustificare la separazione patrimoniale.

²⁴ L'asserzione annotata si traduce nelle regole che circoscrivono i soggetti – appunto gli investitori in linea di massima – che possono aggredire i medesimi patrimoni e nelle limitazioni relative agli atti di disposizione degli stessi.

²⁵ In conformità a una tendenza di progressiva specializzazione della responsabilità patrimoniale: cfr. G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, cit., 384; tendenza alla quale fanno da contraltare le limitazioni di responsabilità patrimoniale mediante la creazione di nuovi soggetti giuridici (destinazioni cc.dd. personificate): sul tema M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione*, cit., 20 ss. L'equivalenza funzionale, dal punto di vista della garanzia, tra questi due meccanismi si coglie anche osservando le operazioni di cartolarizzazione, nella dialettica, a cui si è fatta menzione, tra cartolarizzazione con cessione e *subparticipation*: cfr. P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, Milano, 1, 2002, 837 ss., spec. 843; cfr. anche A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 72 ss.

²⁶ Tra le disposizioni della legge n. 130/1999 eloquenti in tal senso, si riportano a titolo esemplificativo: art. 1, comma 1, lett. b: “*le somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti o comunque ricevute soddisfaccimento dei crediti ceduti siano destinate in via esclusiva, dalla società cessionaria, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi, dalla stessa o da altra società, o derivanti dai finanziamenti alle medesime concessi da parte di soggetti autorizzati all'attività di concessione di finanziamenti, per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione*”;

art. 3, comma 2: “*I crediti relativi a ciascuna operazione (per tali intendendosi sia i crediti vantati nei confronti del debitore o dei debitori ceduti, sia ogni altro credito maturato dalla società di cui al comma 1 nel contesto dell'operazione), i relativi incassi e le attività finanziarie acquistate con i medesimi costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi*”;

art. 3, comma 2-bis: “*Non sono ammesse azioni da parte di soggetti diversi da quelli di cui al comma 2 sui conti delle società di cui al comma 1 aperti presso la banca depositaria ovvero presso i soggetti di cui all'articolo 2, comma 3, lettera c), dove vengono accreditate le somme corrisposte dai debitori ceduti nonché ogni altra somma pagata o comunque di spettanza della società ai sensi delle operazioni accessorie condotte nell'ambito di ciascuna operazione di cartolarizzazione o comunque ai sensi dei contratti dell'operazione*”.

²⁷ *Supra*, nota 22.

²⁸ Una certa sofferenza sul tema si registra anche in dottrina, nella quale si ravvisano espressioni come “*zona*” del credito», (P. FERRO-LUZZI, *La l. n. 130: profili generali*, cit., 80).

²⁹ In M. ZACCHEO, (Voce) *Cartolarizzazione*, cit., si richiama la ricostruzione per cui la società veicolo, quale debitrice, è



tenore: “Gli investitori in titoli non sono, dunque, creditori verso la società emittente, ma esclusivamente verso il «portafoglio titoli»³⁰. Assunti di tale tono, presi isolatamente, parrebbero mettere in discussione i tratti strutturali dell’obbligazione, contraddistinta – si ritiene – da un nesso di correlazione funzionale tra debito e credito, tale da instaurare un legame di «interdipendenza delle due situazioni giuridiche soggettive in virtù del quale esse simul stabunt simul cadent»³¹, mentre la giurisprudenza – suffragata dalle norme in esame – parrebbe porre l’accento, al contrario, esclusivamente sul profilo della soddisfazione sul patrimonio altrui, sulla responsabilità patrimoniale³². Ma, alle medesime espressioni (“creditori [...] esclusivamente verso il portafoglio titoli”), forse non deve attribuirsi eccessiva importanza³³, tanto da interrogarsi sull’effettiva natura creditizia del diritto degli investitori, anche considerando altre ambiguità ad essa grossomodo assimilabili, contenute nel linguaggio legislativo. Si consideri, ad esempio, l’art. 186 cod. civ. (“I beni della comunione rispondono...”), nella cui interpretazione si condivide l’idea per cui non vi siano debiti della comunione che non siano ancora prima debiti dei coniugi, gravanti sui beni della comunione medesima e, pertanto, in altri termini, i

tenuta a destinare le somme a lei corrisposte per il soddisfacimento dell’interesse del creditore, o, perlomeno, soltanto ciò che viene a comporre il patrimonio separato, ma si fa cenno anche alla diversa impostazione – più difficilmente congruente con la lettera della legge – che esclude logicamente una valutazione in termini di rapporto obbligatorio e ravvisa, al più, una comunione *pro quota* sulla massa dei crediti costituenti il medesimo patrimonio separato (cfr. anche P. FERRO-LUZZI, *La l. n. 130: profili generali*, cit., 84 ss.). Peraltro, è forse possibile smussare gli angoli di tali “opposte” vedute sulla base di quelle impostazioni che, in relazione alle obbligazioni soggettivamente complesse, ravvisano una – seppur parziale – applicabilità a queste della disciplina della comunione di diritti reali: così F.D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa*, Giuffrè, Milano, 1974, 161 ss., 215 ss.; *Contra* Cass. 17 gennaio 2023, n. 1278, con nota di G.A. PUGGIONI, *Buoni con P.F.R.: diritto alla riscossione e titolarità delle somme*, in *La nuova giur. civ. comm.*, Wolters Kluwer, Milano, 4, 2023, 843 ss., spec. 845.

³⁰ Cass. 5 luglio 2021, n. 18896, in *Dejure*.

³¹ F. PIRAINO, *L’adempimento del terzo*, cit., 329. A rigore, nel rapporto obbligatorio, la componente della cooperazione è considerata quale tratto imprescindibile (cfr. tra gli altri A. DI MAJO, *Dominio e relazione nell’obbligazione*, cit.; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Cedam, Padova, 1996, 82 ss. Che il rapporto obbligatorio non possa concepirsi senza l’esistenza delle correlative posizioni di debito e di credito viene espressamente posto in rilievo da R. NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, rist. Camerino, ESI, Napoli, 45 ss. Si è sempre creditori nei confronti di qualcuno, sul quale grava un dovere giuridico imposto per il soddisfacimento degli interessi di un altro soggetto (cfr. L. MENGONI, *L’oggetto dell’obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156 ss.; C.M. BIANCA, *L’obbligazione*, 4, Giuffrè, Milano, 2019, 1.); cfr. anche M. GIORGIANNI, (voce) *Obbligazione (dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, spec. 598. Ci limitiamo a segnalare, senza soffermarci sulle stesse, il ricorrere di ulteriori impostazioni, nelle quali la rilevanza della cooperazione, del dovere di condotta gravante sull’obbligato, viene quantomeno sfumata: cfr. L. NIVARRA, *Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale*, cit., spec. 316, 322 ss., fautore dell’idea di una sostanziale equivalenza tra l’adempimento e l’esecuzione forzata; ID., *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, in *www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com*, XII, 2019, diffusamente ma spec. 45 ss.; in senso lato, sulle ricostruzioni che riducono il rapporto obbligatorio alla pretesa sul patrimonio del debitore cfr. E. BETTI, *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell’azione*, in *Studi nelle Scienze giur. e soc. della Univ. Di Pavia*, V, 1919, 194).

³² La quale, peraltro, viene considerata da autorevole dottrina come un elemento estrinseco rispetto al rapporto obbligatorio (originario), riferendosi essa alla surrogata obbligazione di risarcimento del danno: cfr. G. D’AMICO, *L’inadempimento in generale*, in *Trattato delle obbligazioni*, vol. IV, *Le obbligazioni. L’adempimento. Le vicende. Le specie*, di S. Mazzamuto, 2024, 14, ove ampia bibliografia sul tema.

³³ Chiarite, del resto, nei successivi passaggi della pronuncia: “L’emittente, quindi, si obbliga giuridicamente, come evidenziato dalla dottrina, negli esatti limiti in cui riscuoterà dai debitori ceduti, senza garantire alcunché con il proprio patrimonio. I sottoscrittori dei titoli riceveranno solo le somme che emergeranno dalla attività di gestione dei crediti. Proprio come nel ‘finanziamento di destinazione’ di cui all’art. 2447-bis, primo comma, lettera b), cod. civ., si può convenire che nel contratto di finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento siano destinati i ‘proventi’ dell’affare stesso o parte di essi; sicché il finanziatore «scommette» sulla bontà dell’affare finanziato, in quanto potrà conseguire la restituzione delle somme solo in relazione ai flussi di cassa positivi dell’operazione commerciale finanziata”: Cass. 5 luglio 2021, n. 18896, in *Dejure*.



creditori della comunione sono semplicemente creditori dei coniugi³⁴.

Il problema, al più, viene ad essere quello di cogliere le regole che governano i rapporti negoziali – e, di conseguenza, di individuare la conformazione delle posizioni creditorie e debitorie che da essi originano³⁵ – intercorrenti tra i portatori dei titoli e la società veicolo. Sul punto, seppur crediamo che affermazioni generalizzanti a riguardo siano tendenzialmente inconfidenti³⁶, segnaliamo un filone dottrinale che, prendendo le mosse dalla circostanza per cui la SPV “amministra” il “proprio”³⁷ patrimonio nell’interesse dei terzi investitori – qui il principale distacco dalla grammatica della fattorizzazione, in cui il *factor*/cessionario opera nel proprio interesse³⁸ – vi coglie la sussistenza di una fattispecie di *trust*³⁹, che vede come *trustee*, naturalmente, lo *special purpose vehicle*⁴⁰.

3. – Ai fini di un’efficace comprensione delle operazioni di cartolarizzazione, riteniamo prezioso un esercizio di accostamento e, allo stesso tempo, di individuazione dei confini con il contratto di sconto bancario (art. 1858 cod. civ.), sia se questo, come tradizionalmente inteso, venga inquadrato nello schema del mutuo⁴¹ o accostato alla compravendita⁴² – arricchiti da una cessione del credito –, sia se – e lo iato emerge comunque – venga totalmente slegato dai contratti menzionati e qualificato come un c.d. “contratto di liquidità”⁴³ provvisto di un elevato grado di autonomia/autosufficienza⁴⁴.

Dal punto di vista della funzione, l’*originator*, esattamente come lo scontatario, ha interesse a “monetizzare” un credito non ancora esigibile prima che quest’ultimo venga a scadenza⁴⁵: in altra pro-

³⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia*, 2.1, Giuffrè, Milano, 2023, 118 ss.

³⁵ Praticamente tutti i contratti, all’interno del nostro ordinamento, sono (anche) fonte di effetti obbligatori: l’asimmetria, rispetto ai contratti a effetti reali, è ben delineata da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 481 ss.

³⁶ Le norme si limitano, del resto, a descrivere un nucleo regolamentare essenziale, suscettibile, ad ogni modo di svolgersi in virtù di opzioni differenziate e alternative. Ciò connota anche altre ipotesi di atti di destinazione, come, senz’altro, quella di cui all’art. 2645-ter cod. civ. (cfr. G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, cit., 127 ss.), ma, in senso lato, anche uno sguardo al panorama europeo ed extraeuropeo in punto di atti di destinazione, denuncia una certa indifferenza degli stessi rispetto ai modelli strutturali adottabili (M. BIANCA, *Atti di destinazione*, cit., 24 ss.). Asserzioni quali «il cessionario – in quanto trustee — deve garantire, con piena responsabilità al riguardo, le misure opportune per il massimo rendimento del patrimonio, di cui è titolare, ma nell’interesse dei beneficiari» (P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 267), sempre ammesso che di un *trust* si possa discorrere o si possa farlo sempre, andranno sempre calate nella fitta rete dei regolamenti pattizi, presenti nella prassi (cc.dd. contratti di *master servicing* e di *sub-servicing*), che vedono come parti, da un lato, la società per la cartolarizzazione dei crediti e, dall’altro, “i soggetti incaricati della riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento” (art. 2, comma 3, lett. c, legge n. 130/1999).

³⁷ Sull’appartenenza del patrimonio alla SPV sembra concorde G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, cit., 385.

³⁸ “A quest’ultimo viene attribuita la titolarità dei crediti medesimi e di conseguenza la legittimazione alla loro riscossione in nome e per conto proprio”: Trib. Bologna n. 1012 del 12 maggio 2023.

³⁹ Così P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, Milano, 2001, 265 ss., spec. 266 ss.; M. ZACCHEO, (Voce) *Cartolarizzazione*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Roma, 2006, 267 ss.; M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001, 242.

⁴⁰ Contra C. SEVERI, *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti*, cit., 231 ss.

⁴¹ Cfr. FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, in *Commentario del cod. civile*, diretto da Scialoja e Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni* (artt. 1823-1860), II ed., Bologna-Roma, 1969, sub art. 1858, 170 ss.; MARTORANO, (voce) *Sconto bancario*, in *Novissimo dig. it.*, Torino, 1969, 782.

⁴² Diffusamente in E. MINERVINI, *Lo sconto bancario*, rist. Camerino, ESI, Napoli, 1993.

⁴³ Così P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. B. Portale, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1978, 749 ss., spec.; ID., *La l. n. 130: profili generali*, cit., 82; E. CAPOBIANCO, *Lo sconto bancario*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, 1149 ss., spec. 1156 ss.

⁴⁴ Soluzione condivisa anche da G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 103.

⁴⁵ Cfr. P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, cit., 756; E. CAPOBIANCO, *Lo sconto bancario*, cit., 156 ss. L’obiettivo più ricorrente è la cancellazione dei crediti cartolarizzati dallo stato patrimoniale dell’*originator* con il fine di ottenere liquidità immediata e ridurre il pregresso indebitamento: cfr. D. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 220.



spettiva, la SPV, analogamente allo scontante, anticipa all'*originator*/cedente l'importo di un credito verso i terzi, non ancora scaduto. Le anticipazioni *de quo*, nonostante evocano l'idea di prestito, sembrerebbero rappresentare qualcosa di più e di diverso rispetto al semplice credito di denaro⁴⁶. La distanza tra le due figure negoziali⁴⁷ – ammesso che sia possibile concepire la cartolarizzazione *ex lege* n. 130 unitariamente – resta nitida volgendo lo sguardo agli elementi strutturali⁴⁸: ad esempio, il cliente, nel contratto di sconto "risponde" nei limiti della prestazione esigibile dal garante-scontatario/cedente⁴⁹, mentre l'*originator*, nella cartolarizzazione imperniata sulla cessione di credito, è meramente tenuto a garantire l'esistenza del credito al tempo della cessione (art. 1266 cod. civ.)⁵⁰, salvo patto contrario. Il che non significa, si badi, che, ai sensi della legge n. 130/1999, la cessionaria e, soprattutto, i portatori dei titoli, risentano di un livello di tutele meno intenso⁵¹.

Oltre allo sconto, com'è noto, nel nostro ordinamento, il parente più prossimo alle operazioni di cartolarizzazione – soprattutto di quelle in esame – è dato dal *factoring*: nella legge n. 130/1999, i richiami alla legge n. 52/1991 sono costanti e si registrano diverse interazioni, che presuppongono un terreno comune⁵²: la disciplina dell'uno e l'imponente lavoro interpretativo svolto per razionalizzarla, talvolta, sono stati di ausilio per la lettura del secondo. A titolo esemplificativo, per delimitare la portata dell'espressione "*crediti futuri*"⁵³ (art. 1 legge n. 130/1999), si è ricorso – senza espresso richiamo

⁴⁶ Cfr. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, II, 1, *La banca, la borsa, i titoli di credito*, Cedam, Padova, 1992, 115.

⁴⁷ La cui ampiezza varia a seconda della ricostruzione accolta in ordine alla natura del contratto di sconto (cfr. *Supra*, note 26-28).

⁴⁸ La ricostruzione del significato sul solo piano funzionale è, del resto, quantomeno prospettiva parziale: N. IRTI, in *Jus*, 1-2, *Vita e pensiero*, 1967, 55 ss., spec. 58 ss.

⁴⁹ L'accostamento operato tra la posizione dello scontatario e quella del garante nella cessione implica l'adesione a una visione unitaria delle garanzie che derivano dalle clausole "salvo buon fine" (art. 1858 cod. civ.), quella di cui all'art. 1267 cod. civ., nonché di quella che discende dalla clausola "salvo incasso" (art. 1829 cod. civ.): «emerge [...] la sostanziale coincidenza di presupposti, di effetti e, soprattutto, del congegno di operatività dei modelli evocati»: P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 177 ss., spec. 179.

⁵⁰ Si tratta, come precisato, di cessioni *pro soluto* a titolo oneroso, a differenza di quanto si registra nel *factoring*, con riguardo al quale l'art. 4 della legge n. 52/1991 dispone, salva esplicita manifestazione di volontà di segno contrario, la garanzia della solvenza in capo al cedente.

⁵¹ M. ZACCHEO, (Voce) *Cartolarizzazione*, cit., allude in merito all'insensibilità rispetto al rapporto originario che deriverebbe dalle caratteristiche dello strumento cartolare. Ma i vantaggi sono diversi e insistono su piani differenti: da un lato, essi senz'altro trovano perno sulle caratteristiche del patrimonio separato e destinato, ma, a monte, la stessa struttura dei titoli (durata, rendimento, ecc.) è modellata sulla base delle caratteristiche dei crediti ceduti e ciò consente di trarne vantaggio.

⁵² Questo emerge già dalla formulazione dell'art. 1 della legge n. 52/1991: "*La cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo è disciplinata dalla presente legge...*".

⁵³ La cui cessione è, anche nella disciplina ordinaria, generalmente ammessa, in sintonia con le previsioni di cui agli artt. 1348 e 1472 cod. civ. che abbracciano l'alienazione di qualunque diritto futuro (A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. Di dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2022, 217 ss.), con il verificarsi del trasferimento automatico del diritto di credito non appena la cosa viene ad esistenza: un limite interno all'operatività del principio del consenso traslativo, ostacolata dal fatto che la cosa individuata nell'atto programmatico non è ancora venuta ad esistenza (art. 1472 cod. civ.) ed è a questo momento che l'effetto traslativo è differito. Sui cc.dd. "limiti interni" e "esterni" a suddetto principio, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 487 ss. Prendiamo atto della difficile inidoneità delle cessioni che si verificano nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione a realizzare una donazione ("*cessioni a titolo oneroso di crediti pecuniari*") ex art. 1 della legge n. 130/1999, pur se coscienti della ritenuta differenza dei piani su cui operano le categorie della corrispettività-liberalità e dell'onerosità-gratuità (cfr. G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, ESI, Napoli, rist., 1999, 29 ss., spec. 40 ss., 63 ss.; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, Torino, 1996, 57 ss., la quale, però, non accogliendo la premessa per cui il sacrificio che connota l'onerosità implichi una certa consistenza economica, sembra accettare che tutti i contratti corrispettivi siano anche onerosi). Quest'aspetto comporta che, nella cartolarizzazione dei crediti futuri, non ci si dovrebbe scontrare con il divieto di cui all'art. 771 cod. civ. Detto questo, si ritiene che



– alla legge n. 52/1991⁵⁴: tali crediti sarebbero così suscettibili di formare oggetto di operazioni di cartolarizzazione, anche se non è stato ancora concluso il contratto che ne rappresenta la fonte⁵⁵, a patto che si tratti di “*crediti che sorgeranno da contratti da stipulare in un periodo di tempo non superiore a ventiquattro mesi*”. Così dispone l’art. 3 legge n. 52/1991, al quale, ipotizzata la sua estensione analogica, si potrebbe ascrivere natura di norma settoriale (nella circolazione dei crediti di impresa) ma non eccezionale⁵⁶.

Il *trait d’union* tra l’esercizio di accostamento alle contigue figure tipiche e l’ingresso nella disamina del precipuo oggetto d’indagine, è rappresentato dall’art. 4 della legge n. 130/1999, alla luce del quale si rinviene un deciso cambio di rotta rispetto alla disciplina sul *factoring* e a quella contenuta negli artt. 1260 ss. cod. civ., nonché diverge lo strumento utilizzato dal legislatore per graduare l’opponibilità del vincolo ai creditori rispetto alla disciplina oggetto dell’art. 2645-ter cod. civ., ossia la trascrizione⁵⁷. Infatti, nell’ipotesi in esame, è a partire dalla data della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale⁵⁸ – “*sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti di cui...*”⁵⁹ (art. 4 legge n. 130/1999) – che si rende opponibile ai terzi il vincolo di destinazione e si limitano i possibili impieghi del bene vincolato a quelli compatibili con la destinazione medesima⁶⁰.

4. – Le peculiarità della cessione oggetto delle operazioni di cartolarizzazione si ravvisano soprattutto nella lettura circolare degli artt. 3 e 4 della legge n. 130/1999⁶¹. In altri termini, ricapitolando, si

l’impostazione causale accolta da alcuni autori, ossia la c.d. «causa di cartolarizzazione» (diffusamente P. FERRO-LUZZI, *La l. n. 130: profili generali*, cit.) non sia pienamente soddisfacente. Essa non rappresenta un dato isolato, ma si può ricondurre a una tendenza diffusa alla quale forse la giurisprudenza dà maggiore credito, ad esempio, con riguardo al contratto fiduciario e in virtù della quale quest’ultimo (o piuttosto l’intero procedimento nel quale la fiducia si risolve, comprensivo del contratto fiduciario e del *pactum fiduciae*) avrebbe una causa a sé (la c.d. causa *fiduciae*). Un discorso analogo può svolgersi in ordine al contratto autonomo di garanzia, per cui è stata accolta da alcuni l’idea della c.d. causa *cavendi*. Si tratta, in ogni caso, di un modo per risolvere il problema della causa di figure atipiche, difficilmente assimilabili ad altri modelli, mediante l’individuazione di una causa a sé. Rispetto ad esso sembra preferibile – in linea con l’opinione oggi prevalente – condividere la linea di pensiero della causa in concreto (per la quale si rimanda, *ex multis*, a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, 353, il quale definisce la causa come «*funzione economico-individuale*». E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, Milano, 2000; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, Padova, 1998; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, Milano, 2014, 256; ID., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2019, 409 ss.).

⁵⁴ D. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 236 ss.

⁵⁵ D. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 236

⁵⁶ Ciò è ribadito da Trib. Vibo Valentia n. 394 del 1 giugno 2022.

⁵⁷ Sulla trascrizione, come mezzo di pubblicità che condiziona destinazione e separazione, cfr. G. OPPO, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione. L’art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Giuffrè, Milano, 2007, 10 ss., spec. 13 ss.; G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell’assetto di interessi*, in *Trascrizione dell’atto negoziale di destinazione. L’art. 2645-ter del codice civile* a cura di M. Bianca, Giuffrè, Milano, 2007, 73 ss., spec. 81 ss.; V. CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, ESI, Napoli, 2015.

⁵⁸ Momento che, conformemente al ridimensionamento subito dai principi in tema di responsabilità patrimoniale del debitore, sarebbe deputato a tutelare l’affidamento che i creditori ripongono su una certa consistenza del patrimonio del loro debitore (cfr. M. BIANCA, *Atti di destinazione e separazione*, cit., 37 ss.).

⁵⁹ Sul patrimonio non sono ammesse azioni esecutive diverse da quelle volte al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli o da quelle comunque legate al pagamento dei costi dell’operazione.

⁶⁰ Per un efficace confronto con l’art. 2645-ter cod. civ., si segnala la ricostruzione della relativa disciplina formulata da G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, cit., 128 ss.; U. LA PORTA, *L’atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell’art. 2645ter cod. civ.*, in *Atti di destinazione e trust* a cura di G. Vettori, Cedam, Padova, 2008, 81 ss.

⁶¹ Oltre alla circostanza per cui – esattamente come nella legge n. 52/1991 – si tratta di una cessione onerosa, «verso corrispettivo» (P. PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti ordinari e d’impresa*, cit., 102).



registra la costituzione di un patrimonio separato, sul quale è imposto un vincolo di destinazione⁶² delle somme – *rectius* dei risultati della riscossione (capitale, interessi, ecc.) – al soddisfacimento dei diritti vantati dai portatori dei titoli (come anticipato), nonché alla copertura degli altri costi dell’operazione (art. 3, comma 2-*bis*).

Il menzionato richiamo all’art. 58 TUB (ai relativi commi 2, 3 e 4⁶³) comporta che il problema dei rapporti con il debitore ceduto e con i terzi venga regolato diversamente rispetto alle regole di cui all’art. 1264 cod. civ. (notifica/accettazione/conoscenza *aliunde* dell’avvenuta cessione) e all’art. 1265 cod. civ. In positivo, la disciplina speciale prescrive – nei confronti della cessionaria – l’assolvimento della formalità pubblicitaria della pubblicazione della notizia della cessione dei crediti nella Gazzetta Ufficiale, la quale deve contenere quantomeno l’indicazione del cedente, del cessionario medesimo e della data dell’avvenuta cessione⁶⁴. La norma ha carattere dispositivo: alle parti viene rimessa, in alternativa, la facoltà di avvalersi del meccanismo *ex art. 5* legge n. 52/1991, ai sensi del quale, ai fini dell’opponibilità o meno della cessione, rileva la data certa del pagamento parziale o integrale del prezzo della cessione medesima da parte del cessionario.

Quale ragione di introdurre suddetta “terza via” prevista della legge n. 130/1999 e dal TUB⁶⁵? Essa sarebbe imperniata sull’asserita impraticabilità dell’impianto codicistico con riguardo alle operazioni di cartolarizzazione, le quali sono congegnate per crediti ceduti che ammontino a numeri particolarmente elevati (i cc.dd. crediti individuati “in blocco”)⁶⁶. A rigore, il precipitato sarebbe quello di una riespansione della portata applicativa degli artt. 1264 e 1265 cod. civ. per quelle cartolarizzazioni che vengano realizzate per la cessione di un solo credito, ritenute assoggettabili alla disciplina della legge n. 130 in ragione della formulazione accolta dal legislatore (“*individuabili in blocco, se si tratta di una pluralità di crediti*”; “*somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti*”, art. 1 legge n. 130/1999)⁶⁷. Tuttavia, di segno contrario a quanto ora asserito è lo stesso art. 4, che sancisce che l’assolvimento della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale è in ogni caso sufficiente ai fini della produzione degli effetti giuridici indicati dalla norma.

Ma cosa comporta il differente regime previsto dalla disciplina in esame in capo ai debitori ceduti?⁶⁸ Procediamo per gradi. L’equiparazione *quoad effectum* alla notificazione *ex art. 1264* cod. civ.⁶⁹ –

⁶² F. MACARIO, *Aspetti civilistici della cartolarizzazione dei crediti*, cit., 6.

⁶³ Di particolare rilevanza il comma 4, in cui si legge “*Nei confronti dei debitori ceduti gli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2 producono gli effetti indicati dall’articolo 1264 del codice civile*”.

⁶⁴ Sul punto *infra*, par. 4.4.

⁶⁵ Con riguardo all’art. 58 TUB si discorre di «*effetto notificativo*» della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale in C.L. APPIO-L. ANSELMINI, Sub. art. 58 *Cessione di rapporti giuridici*, in *Commento al d. lgs. 1 settembre 1993*, n. 385. *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, 865 ss., spec. 887.

⁶⁶ Art. 1, legge n. 130/1999. Ancora, all’art. 58 TUB (“*beni e rapporti giuridici individuabili in blocco*”).

⁶⁷ Il che trova conferma nella lettura data dagli interpreti (D. LA LICATA, Sub art. 1, comma 1, *L’individuabilità in blocco*, in *La cartolarizzazione. Commento alla legge n. 130/1999*, a cura di C. Pisanti e P. Ferro-Luzzi, Giuffrè, Milano, 2005, 141 ss., spec. 141; D. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 235; P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 266), né il requisito dell’individuabilità in blocco coincide con quello della determinatezza o indeterminabilità del contratto (art. 1346 cod. civ.), prescritto, all’evidenza, per ogni contratto di cessione del credito, a pena di nullità. Di questo avviso D. LA LICATA, *ult. cit.*, 147.

⁶⁸ Norme, si sostiene, maggiormente protettive per il cessionario: cfr. R. CAMPIONE, *La cartolarizzazione del credito nella prospettiva del rapporto tra originator e debitori ceduti*, cit., 1498.

⁶⁹ L’esistenza di una disciplina speciale non esclude radicalmente, in via di principio, la disapplicazione integrale di quella generale e, pertanto, che il principale apparato normativo di riferimento non sia comunque costituito dagli artt. 1260 ss.



il che, peraltro, agevola, in un substrato normativo che «rifugge ogni ambizione definitoria»⁷⁰, la lettura dell'art. 4, calandolo in un stratificato quadro interpretativo – comporta che, in conformità all'opinione oggi maggioritaria, anche la pubblicazione in Gazzetta ufficiale non assurga a requisito costitutivo della fattispecie traslativa del credito⁷¹, la quale si verifica sempre in virtù del consenso delle parti legittimamente manifestato (art. 1376 cod. civ.)⁷². Esattamente come gli oneri prescritti dall'art. 1264 segna una linea di confine, un prima e un dopo: analogamente all'avvenuta notificazione, l'"accettazione" o la conoscenza dell'avvenuta cessione – anche in via alternativa – esclude che il ceduto – in linea di principio, terzo rispetto all'atto di cessione – si liberi eseguendo la prestazione nei confronti del cedente⁷³.

Peraltro, è noto che l'art. 4 in esame, sia solo una delle ipotesi di cessione nelle quali si deroga all'art. 1264 cod. civ.: si è sostenuto⁷⁴ che, talvolta, sia il requisito della *traditio* del titolo ad assorbire la funzione di pubblicità del trasferimento; ancora, si considerino le fattispecie traslative di crediti attestati da titoli nominativi (art. 2410 cod. civ.); oppure, i casi in cui sia espressamente disposta, in sostituzione, un'altra forma di pubblicità: ad es. per l'art. 2559 cod. civ., rubricato "*Crediti relativi all'azienda ceduta*". Il richiamo a tale ultima norma, come si vedrà appresso, non è privo di importanza nell'esame da noi condotto, in ragione della formulazione dell'art. 58 TUB – a cui viene fatto esplicito richiamo dall'art. 4 legge n. 130/1999, sebbene non al relativo comma 1 –, del quale è stimolante per la nostra indagine una lettura diacronica, atteso che le origini della norma medesima parrebbero ravvisabili negli artt. 53 e 54 della legge bancaria del 1936-38, che regolavano proprio «*il trasferimento di parti dell'azienda creditizia*»⁷⁵.

Squisitamente inerenti alle questioni in esame, nella giurisprudenza di legittimità, si riscontrano

(cfr. P. FERRO-LUZZI, Sub art. 1, comma 1. *La tecnica legislativa, i requisiti; la cessione a titolo oneroso*, in *La cartolarizzazione. Commento alla legge n. 130/1999*, a cura di C. Pisanti e P. Ferro-Luzzi, Giuffrè, Milano, 2005, 137 ss.) Allora nell'interpretazione delle norme oggetto della legge n. 130 ci si potrà avvalere dei preziosi spunti ricostruttivi forniti dalla letteratura e dalla giurisprudenza con riguardo alla disciplina generale in materia di cessione del credito, ma anche in considerazione della cessione dei crediti di impresa (legge n. 25/1991). Si è già fatto cenno all'interazione considerata con riguardo alla cessione di crediti futuri: cfr. D. VALENTINO, *Le cessioni di crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, ESI, Napoli, 2003, 236 ss.; G. ARTALE-A. SCIOTTI, *Problemi di applicazione risolti in via interpretativa e possibili aree di integrazione normativa*, in *La cartolarizzazione. Commento alla legge n. 130/1999*, a cura di C. Pisanti e P. Ferro-Luzzi, Milano, 2005, 89 ss., spec. 99 ss. Del resto, vi sarebbe una coincidenza parziale in ordine all'ambito applicativo delle due discipline speciali menzionate: diffusamente in P. PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti ordinari e d'impresa: nozioni, orientamenti giurisprudenziali e documenti*, ESI, Napoli, 1993.

⁷⁰ L'espressione è di PASQUALE, *La securitization: profili comparativi e prospettive di una figura multiforme*, in *Contr. e impr.*, Cedam, Padova, 2001, 662.

⁷¹ In giurisprudenza, sulla menzionata equiparazione tra disciplina speciale e codice civile: "*tale adempimento è estraneo al perfezionamento della fattispecie traslativa e non incide sulla circolazione del credito, il quale, fin dal momento in cui la cessione si è perfezionata, è nella titolarità del cessionario che è, quindi, legittimato a ricevere la prestazione dovuta anche se gli adempimenti richiesti non sono stati ancora eseguiti*" (cfr. Cass. 29 settembre 2020, n. 20495, in *Dejure*; Cass. 2016, n. 5997, in *Dejure*).

⁷² *Ex multis* C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, cit., 12; ID., *L'obbligazione*, cit., 579 ss. D. VALENTINO, *Le cessioni di crediti*, cit., 76): il debitore, in via di principio, rimane, pertanto, estraneo alla fattispecie negoziale traslativa (P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, cit., 162; ID., *Le cessioni dei crediti ordinari e d'impresa*, cit., 72 ss.); V. PANUCCIO, (voce) *Cessione dei crediti*, cit., 854. Di avviso contrario T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1968, 37 ss.

⁷³ La condizione dei debitori ceduti non è agevolata, ai fini richiamati (*id est* la possibilità che siano tenuti a un secondo pagamento nelle mani dell'effettivo creditore) dal meccanismo della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

⁷⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti ordinari e d'impresa*, cit., 74 ss.

⁷⁵ C. L. APPIO-L. ANSELMI, *Cessione di rapporti giuridici*, cit., 866 s.



pronunce di questo tenore: “nell’ipotesi di cessione di azienda bancaria, e di cessione di crediti oggetto di cartolarizzazione – come nella specie –, la pubblicazione dell’atto di cessione sulla Gazzetta Ufficiale sostituisce la notificazione dell’atto stesso o l’accettazione da parte del debitore ceduto, con la conseguenza che, mentre secondo la disciplina ordinaria è sufficiente per il cessionario provare la notificazione della cessione o l’accettazione da parte del debitore ceduto, la disciplina speciale richiede soltanto la prova che la cessione sia stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale”⁷⁶.

5. – La posizione del debitore ceduto sembra essere tutt’altro che insensibile alle modalità previste dal più volte richiamato art. 4 della legge n. 130/1999. Tanto con riguardo alla cessione ordinaria dei crediti quanto al *factoring*, si registra un indirizzo per cui, attesa la (tendenziale) estraneità del ceduto al contratto di cessione del credito, quest’ultimo non possa comportare una “*modifica peggiorativa della sua situazione originaria*” e, pertanto, si ritiene che il medesimo ceduto possa “*opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente, sia quelle attinenti alla validità del titolo costitutivo del credito, sia quelle relative ai fatti modificativi ed estintivi del rapporto anteriori alla cessione od anche posteriori al trasferimento, ma anteriori all’accettazione della cessione o alla sua notifica o alla sua conoscenza di fatto*”⁷⁷. Ci si chiede come la legge n. 130/1999 si ponga, rispetto a quella che abbiamo genericamente indicato come “posizione” del ceduto: quest’ultima, sempre in termini descrittivi, parrebbe “aggravarsi” rispetto all’ipotesi della cessione regolata dagli artt. 1260 ss. cod. civ.

Riteniamo, tuttavia, poco soddisfacente che si affrontino i problemi connessi alla dialettica tra la disciplina ordinaria della cessione del credito e quella regolata dalla legge n. 130 sotto le lenti del principio di relatività del contratto, seppure l’istituto, talvolta, sembra venire in rilievo nelle pronunce giudiziali che vertono sul tema.

5.1. – Prendiamo le mosse da un indirizzo riscontrabile nella giurisprudenza di legittimità⁷⁸, ai sensi del quale, attribuire al ceduto, in un’operazione di cartolarizzazione, il regime di eccezioni opponibili al *factor*/cessionario⁷⁹ – nella misura in cui conferma “*che la cessione non possa mai pregiudicare la posizione del debitore ceduto*” – finirebbe per annullare “*la distinzione stessa tra cessione del credito e cessione del contratto, conferendo a quella prevista dalla L. n. 130 del 1999 i caratteri propri della fattispecie ex art. 1411 cod. civ.*”⁸⁰ e ciò colliderebbe con la disciplina delle medesime operazioni di cartolarizzazione.

Sul passaggio evidenziato, dall’opaca formulazione, si registrano alcune perplessità: ad avviso di

⁷⁶ Cass. 8 ottobre 2010, n. 20914, in *Dejure*; conf. Cass. 16 giugno 2006, n. 13954, in *Dejure*; v. anche Cass. 17 marzo 2006, n. 5997, in *Dejure*; Cass. 25 luglio 2008, n. 230473, in *Dejure*.

⁷⁷ Cass. 20 aprile 2018, n. 9842, in *Dejure*; conf. Cass. 17 gennaio 2001, n. 575, in *Dejure*. Ancora, con specifico riguardo al *factoring*, «*la cessione dei crediti che lo caratterizza non produce modificazioni oggettive del rapporto obbligatorio e non può pregiudicare la posizione del debitore ceduto, in quanto avviene senza o addirittura contro la sua volontà*» [...] “*il debitore ceduto può opporre al “factor” cessionario le eccezioni concernenti l’esistenza e la validità del negozio da cui deriva il credito ceduto ed anche le eccezioni riguardanti l’esatto adempimento del negozio, mentre le eccezioni che riguardano fatti estintivi o modificativi del credito ceduto sono opponibili al “factor” cessionario solo se anteriori alla notizia della cessione comunicata al debitore ceduto e non ove successivi, in quanto una volta acquisita la notizia della cessione il debitore ceduto non può modificare la propria posizione nei confronti del cessionario mediante negozi giuridici posti in essere con il creditore originario*» (Cass. 2 dicembre 2016, n. 24657, in *Dejure*).

⁷⁸ Accolto, ad esempio, da Cass. 30 agosto 2019, n. 31843, in *Dejure*.

⁷⁹ *Supra*, nota 65.

⁸⁰ Si fa riferimento ad alcuni passaggi contenuti in Cass. 30 agosto 2019, n. 31843, cit.



chi scrive, l'esigenza di non contravvenire alla disciplina del contratto a favore di terzo ricorre anche nelle ipotesi di cessione del credito disciplinate dalla legge n. 130/1999, ma la disciplina governata dagli artt. 1411 ss. cod. civ. – segnatamente quale espressione del principio della relatività del contratto (art. 1372 cod. civ.) – non è direttamente rilevante ai fini del regime di eccezioni che possono essere sollevate dal ceduto nei confronti del cessionario ai sensi dell'artt. 1264 cod. civ. e, *mutatis mutandis*, dell'art. 4 della legge n. 130/1999.

Da un lato, infatti, il ceduto, è, in linea di massima, terzo⁸¹ rispetto a un contratto, il contratto di cessione intercorrente tra *originator* e cessionaria SPV. Di conseguenza, le pattuizioni del cedente e del cessionario medesimi saranno legittime nella misura in cui incidano sulla sfera giuridica dello stesso ceduto – fatta salva la sua possibilità di rifiuto – con effetti *diretti*⁸² (giuridicamente) favorevoli⁸³, consistenti nell'acquisto di un diritto (o, in generale, di una posizione giuridica attiva), nella liberazione da un obbligo (o, in via più comprensiva, da una posizione giuridica passiva) o, addirittura, nel semplice miglioramento o nell'attenuazione, rispettivamente, di una posizione attiva o passiva già acquisita⁸⁴.

Dall'altro, l'art. 1264 cod. civ. e, sempre di pari passo, attesa l'equiparazione *quoad effecta*, l'art. 4 della legge n. 130/1999 regolamentano aspetti⁸⁵ che insistono su un piano distinto dagli effetti (“diretti”), *id est* la fattispecie traslativa del credito. Il principio di relatività, infatti, non determina che un atto negoziale non possa produrre in nessun caso conseguenze di tipo pregiudizievole sul piano economico-fattuale nella sfera dei terzi e, financo, conseguenze pregiudizievoli a carico di terzi, sul piano più specificamente giuridico⁸⁶. Più nel dettaglio, attribuendo un significato giuridico alle citate “conseguenze”, *rectius* alla suindicata opponibilità/prevalenza, esse, secondo l'impostazione accolta, parrebbero slegate persino dalla dimensione effettuale del negozio⁸⁷ – né il dato letterale (art. 1264 cod. civ.) si può considerare decisivo in senso avverso⁸⁸ – attenendo a un diverso ordine di valutazioni⁸⁹: secondo l'opinione prevalente tali “conseguenze” si modellano attorno alla nozione di fatto giuridico, sotto la quale il contratto – che, proprio in quanto fatto, dispiega una rilevanza esterna nei confronti dei terzi⁹⁰ – può essere osservato e valutato⁹¹.

⁸¹ Sulla posizione del terzo cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 201 ss.

⁸² È l'incidenza diretta che legittima il potere di rifiuto/reazione del terzo G. BENEDETTI, *ult. cit.*, 210.

⁸³ G. BENEDETTI, *ult. cit.*, 198 ss.

⁸⁴ C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 112.

⁸⁵ Sempre ai sensi della ricostruzione dominante sul tema (*supra*, note 52 e 53).

⁸⁶ Un'efficace descrizione, anche in negativo, del principio di relatività è fornita da V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, 367 ss.; cfr. anche M. FRANZONI, *La rilevanza del contratto verso i terzi*, in *Il diritto degli affari.it*, 2013, www.google.com.

⁸⁷ In omaggio ad alcune ricostruzioni in punto di giuridicità del fatto, alla luce delle quali rilevanza ed efficacia sono nozioni diverse ed autonome l'una dall'altra (cfr. N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., 58 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1954, 105 ss.; A. AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1957, 15 ss.). Con i concetti di opponibilità e inopponibilità si vorrebbe indicare che l'ordinamento giuridico, in costanza di determinati fatti – anche l'autoregolamento negoziale assume il rilievo di un fatto – fa conseguire determinate conseguenze che rilevano nella soluzione di conflitti tra privati: cfr. G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., 48; vedi anche M. FRANZONI, *La rilevanza del contratto verso i terzi*, cit., 4 ss.

⁸⁸ Come dimostra dalla ricognizione dei dati normativi G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., 45 ss.

⁸⁹ Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, cit., 159 ss.

⁹⁰ Il negozio giuridico, in quanto fatto, dispiega una rilevanza esterna, è una realtà del mondo del diritto che si impone anche ai terzi e le conseguenze che produce anche per questi, secondo questa opinione, non sono in senso stretto effetti del contratto per i terzi. Anche il linguaggio adoperato da PANUCCIO («*efficacia piena*», in V. PANUCCIO, (voce) *Cessione dei crediti*, cit., 873 s., *supra* nota 73) è frutto di un'impostazione risalente, (facente capo in primo luogo a JHERING, *Die Reflexwirkung*



Appurato che il rapporto ceduto – cessionario non possa, ai nostri fini, essere congruamente valutato sulla scorta del principio di salvaguardia della sfera dei terzi, resta possibile, in positivo, verificare il rapporto tra disciplina generale e *lex specialis* – con i peculiari «oneri di forma, di pubblicità o di data certa»⁹² – mutando angolo prospettico.

5.2. – Per ipotesi di lavoro, consideriamo un’operazione di cartolarizzazione, in cui il ceduto, non conoscendo l’avvenuta cessione del credito, effettui il pagamento a vantaggio dell’*originator*. Attesa l’applicazione alla fattispecie dell’art. 4 della legge n. 130/1999 – per la prevalenza della legge speciale su quella generale prevista dall’art. 1264 cod. civ.⁹³ – il mero assolvimento della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, specie se confrontato con l’impianto codicistico, sembrerebbe elevare i rischi di “inesatto adempimento”, *sub specie* di quello determinato dallo scostamento dai parametri soggettivi che concorrono a definirne l’“esattezza”⁹⁴: ai sensi dell’art. 1188 cod. civ., il pagamento effettuato nei confronti di chi non è legittimato a riceverlo⁹⁵ non libera il debitore – salvo che il creditore ratifichi il pagamento o ne approfitti –, a cui potrà essere richiesta dall’effettivo creditore la prestazione dovuta.

La disciplina dell’art. 4 *de quo* dovrebbe plasmarsi sull’esigenza di non prescrivere alla SPV o, nel suo interesse, ai *servicers*, oneri di opponibilità estremamente gravosi, quali sarebbero quelli previsti dall’art. 1264 cod. civ.: negli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore della legge n. 130/1999, la dottrina sul tema rimarcava come fosse «evidente che il meccanismo previsto dal codice si rivela decisamente impraticabile nelle operazioni di cartolarizzazione – quando i crediti ceduti ammontano numericamente, come ad esempio nel caso di una delle più risonanti operazioni poste in essere di recente, quella relativa ai crediti INPS, a qualche milione di unità, ci si può soltanto immaginare sorridendovi su, gli ufficiali giudiziari impegnati su tutto il territorio nazionale nel tentativo di notificare ai diversi milioni di debitori ceduti»⁹⁶.

oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. Röm. und deutsch. Privatrechts*, X, 1871, 245 ss.), in virtù della quale si riteneva che tutte le conseguenze promananti dal contratto fossero in sostanza effetti dello stesso, ricondotte alla volontà delle parti. Si distinguevano, segnatamente, gli effetti diretti del contratto dagli effetti indiretti/riflessi che il contratto produceva per i terzi, una formulazione espressione delle tendenze volontaristiche del XIX secolo: cfr., sulla distinzione tra effetti diretti e effetti riflessi, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. Camerino, ESI, Napoli, 2002, 239 ss., 258 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 208 ss.; G. VETTORI, *Contratto traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Giuffrè, Milano, 1995, 35 ss.; ID., *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, Giuffrè, Milano, 1988, 138 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 71 ss., spec. 86: l’Autore discorre di modificazione riflessa laddove la medesima modificazione presenti con il negozio un legame «causale (o condizionale) mediato», perché l’immediatezza è esclusa dalla presenza di un termine intermedio, costituito dalla modificazione diretta (nel nostro caso l’alienazione del credito), alla quale quella riflessa direttamente si riallaccia. Ancora, constatata la medesima dottrina (ID., *ult. cit.*, 87), che, pur non essendo più ritenuto dirimente, ai fini della configurazione di un negozio, un intento delle parti rivolto agli effetti giuridici, uno dei caratteri dei cc.dd. effetti riflessi, risiede nella loro indifferenza rispetto a quelli (eventualmente) voluti dalle parti, i quali saranno al più quelli diretti. Cfr. anche C.M. BIANCA, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2019, 527 ss., spec. 529.

⁹¹ M. FRANZONI, *La rilevanza del contratto verso i terzi*, cit., 4 ss.

⁹² G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., 48.

⁹³ Rammentiamo che le regole previste dal codice in materia di cessione del credito dovrebbero trovare applicazione in assenza di espresse deroghe: di questo avviso anche L. CAROTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 250.

⁹⁴ Cfr. G. D’AMICO, *L’inadempimento in generale*, cit., 4; C.M. BIANCA, *L’obbligazione*, cit., 268.

⁹⁵ U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo II – *Il comportamento del debitore*, Giuffrè, Milano, 1984, 112 ss., spec. 115; cfr. anche C. DORE, *La delegazione di pagamento nel quadro dei negozi sull’esecuzione del rapporto obbligatorio*, ESI, Napoli, 2017, spec. 12 ss., 81 ss.

⁹⁶ Così F. MACARIO, *Aspetti civilistici della cartolarizzazione dei crediti*, cit., 10.



Proprio in ragione di assunti così formulati, una maggiore sensibilità al caso concreto, come anticipato⁹⁷, potrebbe suggerire che la disciplina contenuta nell'art. 4 in esame non rappresenta scelta obbligata in presenza di operazioni di cartolarizzazione svolte per la cessione di un solo credito. Inoltre, non può dirsi che l'assolvimento degli oneri gravanti sul cessionario risulti tanto arduo se contempliamo i recenti arresti in tema di forma della notifica *ex art.* 1264 cod. civ. Un indirizzo grossomodo costante nella giurisprudenza di legittimità si orienta nel senso che non sia necessario che la notifica venga eseguita a mezzo ufficiale giudiziario, né sia soggetta a particolari formalità⁹⁸, ma che si tratti di un'attività diretta a produrre la conoscenza di un atto in capo al destinatario⁹⁹, “*idonea a porre il debitore nella consapevolezza della mutata titolarità attiva del rapporto obbligatorio*”¹⁰⁰. Eppure, la mera pubblicazione in Gazzetta Ufficiale è il meccanismo precipuo disposto dalla norma, precipuo ma non esclusivo, poiché temperamenti allo stesso sono possibili o in ragione delle “*forme integrative di pubblicità*” (art. 58, comma 2, TUB) stabilite dalla Banca d'Italia o delle deroghe di origine pattizia, ricorrenti nella prassi¹⁰¹. Nondimeno, accantonando queste due prospettive di attuazione della norma, verifichiamo quali coordinate sistematiche possano confliggere/entrare in tensione con la disciplina in esame. Senza alcuna pretesa di esaustività, ci limitiamo a contemplare alcuni aspetti attenenti, in primo luogo, al diritto generale delle obbligazioni e, in seguito, a osservare profili concernenti più nel dettaglio i problemi relativi al mutamento dei destinatari del pagamento.

Avanzando per gradi, si consideri il menzionato principio per cui il debitore non dovrebbe subire le conseguenze dannose del fatto, seppure incolpevole, del creditore: una regola generale vieterebbe il peggioramento della situazione complessiva del ceduto medesimo (anche) a causa del mutamento del soggetto creditore¹⁰²; si vedano le (connesse) regole che evidenziano che il debitore non abbia l'obbligo e quindi non debba prestare più di quanto è in *obligatione*¹⁰³; si tenga anche conto della tutela dell'interesse del debitore a liberarsi, eseguendo esattamente la prestazione¹⁰⁴; e, ancora, si presti

⁹⁷ *Supra*, par. 3.

⁹⁸ La tesi più rigorosa, al contrario, storicamente imponeva l'osservanza dei requisiti della notificazione prescritti dal codice di rito.

⁹⁹ A titolo esemplificativo, Cass. 20 agosto 2021, n. 23257, in *Dejure*; Cass. 22 agosto 2018, n. 16566, in *Dejure*; Cass. 7 novembre 2018, n. 28390, in *Dejure*.

¹⁰⁰ Cass. 7 novembre 2018, n. 28390, cit.

¹⁰¹ Le preoccupazioni a riguardo sono senz'altro avvertite, vista la quantità di pattuizioni che prevedono che la cessionaria/*special purpose vehicle* o chi per lei – i *servicers* – trasmettano la notifica dell'avvenuta cessione ai singoli debitori ceduti. Si registra, ad esempio, la presenza di allegati ai contratti di cessione, con formule di simile tenore “*Con la presente, Le notificamo che, ai sensi di un contratto di cessione di crediti, il Cedente ha ceduto pro soluto al Cessionario ai sensi delle disposizioni della legge n. 130 del 30 aprile 1999, tutti i crediti pecuniari [...]. Con la presente notifica, resa ai sensi dell'articolo 1264 del codice civile, tutti i pagamenti da Lei dovuti in relazione ai suddetti Crediti dovranno essere effettuati esclusivamente a valere sul conto corrente IBAN che riceverà i relativi pagamenti quale 'destinatario del pagamento' ai sensi dell'articolo 1188 del codice civile, restando inteso che qualsiasi pagamento effettuato in difformità rispetto alle istruzioni che precedono non potrà in alcun caso ritenersi liberatorio*”.

¹⁰² D. VALENTINO, *Le cessioni di crediti*, cit., 75.

¹⁰³ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 5 ss.

¹⁰⁴ Interesse oggetto di considerazione da parte dell'ordinamento giuridico anche se non entra nel contenuto del rapporto obbligatorio (ad es. un interesse generico ad adempiere puntualmente favorisce il buon nome commerciale del ceduto, cfr. C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, 4, Giuffrè, Milano, 2019, 380 ss. In dottrina si afferma anche che all'esigenza di salvaguardare quest'interesse – persino in contrasto con la volontà del creditore – è informato anche l'istituto della *mora credendi* (cfr. F. PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, cit., spec. 313 ss.; C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, in *Comm. Schlesinger*. Art. 1180, Giuffrè, Milano, 2002, 134 ss.). Declinato nel rapporto debitore ceduto-creditore cessionario, l'art. 1264 è espressione di questo bilanciamento: cfr. C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamen-*



attenzione alla ripartizione del rischio¹⁰⁵ che grava, fisiologicamente, sulle parti del rapporto obbligatorio e, in senso lato, alla dimensione relazionale che caratterizza quest'ultimo¹⁰⁶, articolato nel fascio di situazioni soggettive (oneri, doveri¹⁰⁷, poteri, soggezioni) che investono entrambe le parti. Tutti questi aspetti compongono un substrato rispetto al quale anche le norme in materia di cartolarizzazione, sottoposte a un'interpretazione sistematica, non debbono risultare indifferenti.

Proseguendo, come premesso, con il richiamo alle questioni inerenti al mutamento del destinatario del pagamento, consideriamo all'uopo autorevoli elaborazioni¹⁰⁸ che si sono proposte di raggiungere risultati unitari in ordine alla condotta "esigibile" dal debitore a fronte dell'accertamento dei fatti che modifichino la legittimazione creditoria. Si tratta di studi che, sotto altra ottica, hanno cercato di cogliere quali ripercussioni – in termini di responsabilità/sopportazione di conseguenze pregiudizievoli a seconda che queste condotte siano rispettivamente imposte come obblighi o prescritte come oneri – colpiscano la sfera giuridico-patrimoniale del debitore medesimo. Ricorrerebbe, in virtù dei menzionati approfondimenti, un onere di diligente valutazione da parte del debitore¹⁰⁹, avente ad oggetto il mutamento del destinatario del pagamento¹¹⁰; non un onere di procurarsi i mezzi di conoscenza

to, cit., 57 ss. *Infra*, nota 98. Vi è chi attribuisce al debitore titolarità di un diritto soggettivo – verso il cedente medesimo – alla liberazione dal debito, al quale farebbe da contraltare un obbligo di cooperazione in capo al creditore, obbligo di far cessare la sua ingerenza nel patrimonio del primo: cfr. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffrè, Milano, 1947, 59 ss.; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Jovene, Napoli, 1950, 148 ss., nel quale il diritto in questione viene ricondotto all'area dei diritti potestativi. Per una critica a questo filone di pensiero, vedi C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, cit., 12 ss. Secondo altri l'interesse del debitore a liberarsi eseguendo esattamente la prestazione non assurge al rango di diritto soggettivo, ma troverebbe comunque tutela, andando a comporre altre fattispecie giuridicamente rilevanti, quale la disciplina del pagamento al creditore apparente o, persino, al *falsus procurator*: U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo II – *Il comportamento del debitore*, Giuffrè, Milano, 1984, 2 ss. Non sembrerebbe neppure corretto fondare questo interesse sulla disciplina dell'art. 1236 cod. civ., il quale – a ben vedere – non è espressione dell'interesse ad adempiere, ma di quello di respingere una situazione, sì vantaggiosa ma frutto di una concessione del creditore (cfr. ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 3 ss.); a rigore, l'art. 1236 cod. civ. tutela, piuttosto, l'interesse del debitore a rimanere obbligato: se il debitore medesimo, a fronte della remissione del debito da parte del creditore, esprime il proprio rifiuto, il risultato che consegue è quello di rimanere obbligato (V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, cit., 51 ss. in nota).

¹⁰⁵ Con tutte le cautele del caso, che impongono di distinguere a seconda del rapporto obbligatorio contemplato. A titolo meramente esemplificativo, sotto il profilo dell'onere probatorio, le asimmetrie emergono con evidenza nelle ipotesi eccezionali in cui il debitore deve fornire la specifica prova positiva dei precisi fatti che hanno reso la prestazione impossibile (arg. ex. artt. 1693, 1780 cod. civ.), non trovando applicazione la regola di cui all'art. 1218 cod. civ.: il rischio della causa ignota non resta sempre a carico del creditore (cfr. S. PATTI, *Le prove*, cit., 199 ss.).

¹⁰⁶ Nonché, correlativamente, la responsabilità da inadempimento S. PUGLIATTI, (voce) *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 453; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, 75; V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, sub. Art. 1227, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, II ed., Giuffrè, Milano, 2020, 7 ss., ove ampia bibliografia sul tema.

¹⁰⁷ Doveri di diverso contenuto e intensità: il tema è diffusamente affrontato in C. ROSSELLO, *Il danno evitabile: la misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Cedam, Padova, 1990.

¹⁰⁸ Per tutti, si richiama nuovamente C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, cit., spec. 247 ss.

¹⁰⁹ Se riconoscessimo la sussistenza di un onere di diligenza così come sostiene C.M. Bianca, non si tratterebbe di un'ipotesi peculiare di onere, poiché, a fronte delle resistenze avanzate a vario titolo in dottrina, non solo sulla giuridicità della figura dell'onere (sul tema si rimanda a V. CAREDDA, *L'onere e la norma: prove di accesso al diritto*, in *Giust. civ.*, 1, Giuffrè, Milano, 2019, 51 ss.; EAD., *La questione dell'onere*, Giappichelli, Torino, 2024, 13 ss.), ma anche sull'univocità di criteri di imputazione strettamente oggettivi degli stessi, esistono diverse ipotesi di oneri di diligenza, l'inosservanza dei quali consiste nella tenuta del comportamento negligente: cfr. sempre V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, cit., 49 s.

¹¹⁰ Esso «rivela un contenuto complesso in cui concorrono diversi tipi di giudizio, i quali esigono un diverso intendimento della responsabilità del debitore» (C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, cit., 248).



dell'avvenuta modificazione del rapporto obbligatorio, ma, laddove al debitore si presentino suddetti elementi di conoscenza, egli sarebbe "tenuto" persino a formulare un giudizio sulla validità/efficacia di questi fatti a creare una diversa situazione giuridica¹¹¹, a produrre una trasformazione nel mondo del diritto. Non si è ommesso di individuare i limiti di quanto richiesto al debitore: la diligenza – si afferma – deve avere specifico riguardo a un soggetto che si limita a prendere conoscenza di un atto giuridico altrui¹¹² e viene ricondotta a «un criterio medio», inteso come «la comune coscienza sociale del fenomeno giuridico [...], una conoscenza pratica limitata agli aspetti fondamentali della disciplina del fenomeno obbligatorio», o, in ogni caso, la «conoscenza dei principi generali, socialmente notori»¹¹³. Suddetto filone dottrinale prosegue sostenendo che ricorre, a vantaggio del ceduto, l'operare di una presunzione: l'acquisita – in un dato momento – titolarità del credito porrebbe la ragionevole presunzione della persistenza del diritto in capo al titolare¹¹⁴/cedente, creando, in questo modo, quella che viene definita come un'«apparenza storica»¹¹⁵. Ancora, altra letteratura, seppure riporta la diligenza nell'accertamento alla categoria del dovere giuridico e, quale sua *species*, all'obbligazione (art. 1176 cod. civ.), condivide la soluzione per cui il debitore non deve – in assenza di notificazione – verificare se colui al quale paga sia tutt'ora creditore¹¹⁶, nei limiti dettati dall'art. 1189 cod. civ.¹¹⁷. Proprio la tutela dell'apparenza e le interazioni di quest'ultima con gli strumenti del formalismo giuridico rappresentano un'importante chiave di lettura del rapporto *originator* – società per la cartolarizzazione dei crediti: il proposito è quello di verificare in che misura la disciplina della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, come delineata dalla legge n. 130, si ponga in rapporto sistematico con la disciplina del pagamento al creditore apparente.

Tuttavia, prima di misurarci con tale questione, sia concesso evidenziare alcuni dubbi concernenti le ricostruzioni indicate nel presente paragrafo. A titolo esemplificativo, a giudizio di chi scrive, dei menzionati oneri di diligenza¹¹⁸ – sempre che se ne ammetta la sussistenza – non sembra sempre agevole

¹¹¹ Questa la tesi di C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 256 ss.

¹¹² *Id est* il contratto di cessione.

¹¹³ C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 280.

¹¹⁴ Tale presunzione – ammesso che ne si riconosca l'operatività – e il peculiare riferimento a un'apparenza storica, elaborato dalla pandettistica e oggetto di riflessioni soprattutto in C.M. BIANCA, *ult. cit.*, più che essere connotato da una sua singolarità nelle maglie del codice civile, potrebbe considerarsi come parte di un sistema al quale si affiancano, ad esempio, la presunzione di persistenza del diritto rilevante nelle azioni che presuppongono l'inadempimento (oggi diritto vivente: cfr., in particolare, Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Dejure*; cfr. S. PATTI, *Le prove*, Giuffrè, Milano, 2021, 202 ss., il quale, tuttavia, pur concorde con la tesi accolta dalla giurisprudenza – il creditore, dopo la scadenza del termine, deve provare solo il titolo del suo diritto e non l'inadempimento della controparte – contesta il ricorso al meccanismo della presunzione, giustificando la soluzione sulla base del modello di ripartizione proposto dall'art. 2697, e in particolare, nel principio di vicinanza e nella correlata esigenza di non "imporre" la prova dei fatti negativi), la presunzione di possesso intermedio (art. 1142 cod. civ.) e di possesso anteriore (art. 1143 cod. civ.). Il riferimento a una presunzione *iuris tantum* di ignoranza a favore del ceduto si riscontra anche in P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 364 e in V. PANUCCIO, (voce) *Cessione dei crediti*, cit., 874. Il fatto che nelle disposizioni di legge non si rinvenivano espressioni quali "si presume" o "è presunto" non può dirsi d'ostacolo all'individuazione della presunzione stessa: si v., ad esempio, l'art. 231 cod. civ., nel quale la sussistenza di una fattispecie di presunzione legale viene tratta dall'interpretazione della norma: cfr. S. PATTI, *Le prove*, cit., 765.

¹¹⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, cit., 259; si tratta di un'espressione delle esigenze di affidamento statico, valorizzate dall'impostazione richiamata.

¹¹⁶ L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Buona fede nel diritto civile*, cit., 164 e A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., 272 ss.

¹¹⁷ *Id est* nei limiti della mala fede del *solvens* o della sua ignoranza colpevole: sempre L. BIGLIAZZI GERI, *ult. cit.*, 164.

¹¹⁸ Aggiungiamo, implicitamente prescritti dalle norme in esame – in particolare dall'art. 1264 cod. civ. – e dei quali non è nemmeno chiaro in quale condotta consistano, senza che ciò, ad ogni modo, sia d'ostacolo alla riconduzione degli stessi alla



cogliere, specie nelle ipotesi in cui rilevi l'applicazione congiunta degli artt. 1264 cod. civ. e 1189 cod. civ., un processo di armonizzazione degli stessi con la buona fede soggettiva¹¹⁹ di cui all'art. 1189 cod. civ. medesimo. Ancora, in considerazione dell'idea che la situazione giuridica soggettiva rilevante sia quella dell'onere, talvolta, nella dottrina che l'accoglie non emergono con chiarezza le conseguenze dell'inosservanza dello stesso. Nell'arco della trattazione, esse sembrerebbero strettamente legate ad una responsabilità del debitore ceduto che, negligenemente, non si avvede del mutamento del destinatario del pagamento ed esegue la prestazione nei confronti del cedente. A dire il vero – e ciò ci consente di evitare di assegnare conseguenze giuridiche diverse da quelle normalmente prodotte dalla categoria di cui si discorre – anche nell'ipotesi oggetto di indagine, l'inosservanza dell'onere non è fonte di responsabilità, ma di «*insuccesso, insoddisfazione, mancata realizzazione dell'interesse*»¹²⁰, potendo tradursi, e solo eventualmente, nella non liberazione dall'obbligazione mediante adempimento, mentre la responsabilità – chiaramente da inadempimento – ricorre solo ove si perfezioni la relativa fattispecie¹²¹. L'equivoco *de quo* – forse presente solo in superficie – potrebbe essere dettato anche dalle tratte difformità di slegare la colpa dall'illecito e, pertanto, dalla responsabilità¹²²; tuttavia, com'è risaputo, l'esclusiva rilevanza giuridica di questo legame sembra essere smentita dall'insieme di norme che prescrivono contegni diligenti o negligenenti – richiamando, così, implicitamente, anche la qualificazione di segno opposto – al di fuori di ipotesi di illecito e responsabilità medesimi¹²³.

5.3. – Anche coloro che condividono l'opinione per cui la tutela dell'apparenza faccia parte dei principi generali del nostro ordinamento giuridico¹²⁴ individuano come limite all'operare della stessa la presenza degli strumenti di pubblicità. Il formalismo pubblicitario e l'apparenza, come chiarito da autorevole dottrina¹²⁵ e come ribadito oggi da una certa giurisprudenza¹²⁶, «*tendono a realizzare la*

categoria giuridica dell'onere. Sulla non costante “geometricità” dei fatti oggetto di onere, emblematica è la figura dell'onere della prova: cfr. V. CAREDDA, *La questione dell'onere*, cit., 117 ss., spec. 129 ss.

¹¹⁹ La quale, operando in questo caso come forma di errore, non si identifica con l'apparenza, ma si accompagna a quest'ultima in una fattispecie maggiormente comprensiva: A. FALZEA, (voce) *Apparenza*, cit., 838. L'adattamento andrebbe ben esplicitato anche sotto il profilo dell'onere probatorio.

¹²⁰ V. CAREDDA, *ult. cit.*, 13 ss., spec. 44. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 107 ss., spec. 112 evidenzia, che, a differenza dell'obbligo, «*la controparte o il terzo non può esigere l'osservanza dell'onere contro l'inerzia dell'onerato che non si curi del risultato utile del proprio comportamento*». L'autonomia concettuale delle figure dell'adempimento e dell'inadempimento, correlata alla possibile rilevanza asimmetrica degli atti del debitore, è il *fil rouge* nell'ordito delle riflessioni contenute in M. ORLANDI, *Riduzione*, Giappichelli, Torino, 2024.

¹²¹ La cui esatta individuazione è al centro, com'è noto, di un inesauribile dibattito, le cui coordinate fondamentali sono ricostruite, con la consueta chiarezza, da G. D'AMICO, *L'inadempimento in generale*, cit., 16 ss.

¹²² Sul tema V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, cit., 54 ss.

¹²³ Sempre V. CAREDDA, *ult. cit.*, 55 ss., in cui si delinea il procedimento di progressiva emancipazione del concetto di colpa dalla responsabilità (in dottrina cfr. anche M. ORLANDI, *Volenti non fit iniuria (Auto-responsabilità e danno)*, in *Riv. di dir. civ.*, Milano, 4, 2010, 323 ss. e S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il concorso di colpa nell'illecito civile*, Giuffrè, Milano, 2012, 141 ss.).

¹²⁴ Oltre ai contributi richiamati in nota (*supra*, nota 7), cfr. anche R. SACCO, (voce) *Affidamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 661 ss. e V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2005, 65 ss., 78 ss. Favorevoli ad ascrivere una portata circoscritta all'apparenza sono, invece, S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, I, Giuffrè, Milano, 1957, 262 ss. e F. GALGANO, *Sul principio generale dell'apparenza nel diritto*, in *Contr. e impr.*, 6, Giuffrè, Milano, 2009, 1137 ss. Sull'idea di un ordinamento che vede come cardine la rilevanza giuridica attribuita all'esigenza di riconoscibilità (a titolo esemplificativo ex artt. 1338, 1479, 1579 cod. civ.) e al valore sociale dell'apparenza, vedi anche E. BETTI, *ult. cit.*, 69 ss.

¹²⁵ A. FALZEA, *Apparenza*, cit., spec. 826 ss.

¹²⁶ «*La tutela dell'apparenza del diritto non può essere invocata da parte del soggetto [...] che – pur potendo – abbia trascurato*



tutela dello stesso sistema di interessi»¹²⁷, ma, attuando il primo una più intensa forma di tutela dei terzi, la seconda troverebbe applicazione solo laddove il formalismo medesimo non abbia possibilità di esplicarsi e con la funzione di supplire alle mancanze di quest'ultimo¹²⁸.

Declinato nell'orizzonte delle nostre riflessioni, all'assunto di cui al precedente periodo potrebbe conseguire il seguente precipitato: ricondotte ai cc.dd. "strumenti di pubblicità" le formalità di cui all'art. 4 della legge n. 130 – come del resto si è proceduto sinora e in tal senso depone anche il dato letterale¹²⁹ –, una volta osservato l'onere di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale¹³⁰ da parte della cessionaria, il ceduto che effettui un pagamento nelle mani dell'*originator* – anche se si dovesse perfezionare la relativa fattispecie¹³¹ – non potrebbe avvalersi della tutela offerta dall'art. 1189 cod. civ.¹³². A nostro avviso, sulla scorta di autorevoli insegnamenti¹³³, la suindicata riconduzione del meccanismo della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale all'eterogenea categoria della pubblicità non sembrerebbe avere particolari controindicazioni¹³⁴: «complesso di meccanismi predisposti dall'ordinamento positivo al fine di rendere possibile, abbastanza agevolmente e con un sufficiente grado di certezza, la conoscenza di atti od eventi produttivi di conseguenze giuridiche, a chiunque ne abbia desiderio»¹³⁵, la cui cartina al tornasole – nonostante le enormi difficoltà che si riscontrano nel definire l'"istituto" pubblicitario nei termini generali – è rappresentata dalla trascrizione, la più cospicua espressione della

rato di accertare l'effettiva realtà sui pubblici registri, contro ogni regola di prudenza. Difatti il regime giuridico di pubblicità rappresenta un limite invalicabile all'operatività del principio dell'apparenza: pubblicità ed apparenza sono, infatti, istituti che si completano l'un l'altro, rispondenti alle medesime finalità di tutela dei terzi di buona fede; ma proprio per ciò stesso alternativi": Trib. Salerno 1 marzo 2016, n. 931, in *Dejure*; Conf. Cass. 12 luglio 2011, n. 15296, in *Dejure*. Importante anche Cass. 25 marzo 2013, n. 7473, in *Dejure*, nella quale si nega che all'istituto dell'apparenza possa attribuirsi carattere generale e si precisa che l'utilizzazione inappropriata degli strumenti legali di pubblicità determina una colpa inescusabile per l'interessato e ciò gli preclude di essere tutelato in virtù dell'apparenza giuridica. Per una ricognizione della giurisprudenza sul tema, cfr. anche P. GALLO, *I contratti, le promesse unilaterali, l'apparenza*, in *Trattato di diritto civile*, VI, Giappichelli, Torino, 2017, 594 ss.

¹²⁷ A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 816, 846 ss.; cfr. anche G. GIACOBBE, (voce) *Pubblicità* (dir. civ.), in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 1 ss.

¹²⁸ A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 830. Di questo avviso anche S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., 252, 266 ss. e G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., 90 ss.

¹²⁹ Cfr. ad esempio art. 58, comma 4, TUB.

¹³⁰ Per ciò che attiene all'onere probatorio, ai fini dell'accoglimento delle proprie pretese, sembrerebbe sufficiente per la cessionaria produrre l'estratto della Gazzetta Ufficiale, nel quale è contenuto un avviso di cessione in cui le caratteristiche dei crediti ceduti siano descritte con una precisione sufficiente da consentire il collegamento degli stessi con l'operazione di trasferimento in blocco: App. Genova, 17 gennaio 2024, n. 64, in *Dejure*; conf. Cass. 22 giugno 2023, n. 17944, in *Dejure*; cfr. altresì Cass. 10 febbraio 2023, n. 4577, in *Dejure*.

¹³¹ *Id est* il concorso di elementi oggettivi e soggettivi, necessario per l'integrazione dell'apparenza giuridica secondo A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 819, 846 ss.: l'errore del soggetto tutelato dal principio medesimo (elemento soggettivo) che trova la sua causa nel rapporto di significazione socialmente apprezzabile – astrattamente verificabile nella normalità dei casi – tra il fenomeno manifestante e quello manifestato (elemento oggettivo). Dubbi su questa ricostruzione sono avanzati da V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990, 186 ss. (spec. in nota). Sugli elementi costitutivi della fattispecie apparenza cfr. anche P. GALLO, *I contratti, le promesse unilaterali, l'apparenza*, cit., 599 ss. Sulle ricorrenti sovrapposizioni di altri problemi e istituti con l'apparenza giuridica, cfr. anche R. SACCO, (voce) *Affidamento*, cit., 664.

¹³² Un pagamento che libera il debitore ceduto ma che, allo stesso tempo, non ha effetto satisfattorio del creditore.

¹³³ Si richiama nuovamente l'importante lavoro di S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., diffusamente ma spec. 379 ss. per la distinzione tra notificazione, pubblicazione e pubblicità.

¹³⁴ Essa viene accolta anche da D. LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, in *Banca d'Italia. Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, 45, 1997, 18.

¹³⁵ S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., 195, 359 ss.; cfr. anche G. GIACOBBE, (voce) *Pubblicità*, cit., 3, il quale pone l'accento sul dato unificante della «organizzazione permanente, predisposta per il conseguimento della conoscenza legale di determinati effetti giuridici».



pubblicità medesima. Su questa linea correrebbe lo iato tra la pubblicità e la notificazione¹³⁶, caratterizzata quest'ultima da un procedimento dinamico, «*un impulso, un moto e una direzione*», dall'«individualità» della comunicazione¹³⁷.

L'interrogativo di fondo, il quale giustifica la trattazione svolta nel paragrafo precedente, concerne la rilevanza degli stati soggettivi del ceduto; il quesito riposa, quindi, sull'insensibilità o meno della legge sulla cartolarizzazione agli oneri di valutazione del debitore. Le soluzioni, dall'altro lato, non possono sacrificare oltremisura le ragioni del cessionario, espressione dell'esigenza dell'ordinamento di non preservare meramente, in modo statico, l'attuale distribuzione dei valori economici, ma di renderne possibile il continuo rinnovamento, qua mediante la circolazione dei crediti (sicurezza dinamica)¹³⁸.

A rigore, l'introduzione della pubblicità di cui all'art. 4 della legge n. 130 – congruente alle premesse date – comporterebbe che, per liberarsi, i ceduti non possano invocare la fattispecie dell'apparenza in caso di pagamento erroneamente eseguito a vantaggio dell'*originator*¹³⁹. Nondimeno, la presenza almeno potenziale di soggetti non in grado di prevedere l'applicazione del regime in questione e il correlato gravare in capo agli stessi di un onere di informazione eccessivo¹⁴⁰ – tanto che si sostiene che sia slegata dalla realtà la possibilità che essi vengano effettivamente a conoscenza della cessione¹⁴¹ – accentua l'esigenza di sondare, attraverso riscontri desumibili dal diritto positivo, la reale resistenza dell'equazione – volgendo lo sguardo oltre la sola apparenza – «pubblicità = mancanza di rilevanza degli stati soggettivi del terzo ceduto»¹⁴².

Si ragioni, allora, attorno a un'ipotesi contigua – poiché anch'essa retta da un meccanismo pubblicitario – più volte menzionata nel presente lavoro: gli artt. 58 TUB e 4 legge n. 130/1999 conterrebbero un regime maggiormente severo – comprimendo la tutela del ceduto – rispetto alla regola sulla circolazione dei crediti di cui all'art. 2559 cod. civ., la cui ratio sarebbe (per alcuni) sempre quella di esonerare un soggetto (l'acquirente dell'azienda) dal provvedere alle singole notificazioni¹⁴³. Qua, ad ogni modo, il dato normativo salvaguarda il ceduto che in buona fede paga all'alienante: si è affermato

¹³⁶ S. PUGLIATTI, *Trascrizione*, cit., 359 ss., spec. 381: solo la pubblicazione produce la «*notorietà legale, cioè una condizione oggettiva, che si irradia erga omnes ed è, entro dati limiti, rilevante per sé medesima, indipendentemente dalla effettiva conoscenza...*». Di quest'opinione anche G. GIACOBBE, (voce) *Pubblicità*, cit., 10.

¹³⁷ Cfr. sempre S. PUGLIATTI, *Trascrizione*, cit., 379 ss.

¹³⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 48 ss.; A. FALZEA, (voce) *Apparenza*, cit., 840 ss. Sulla dialettica tra sicurezza statica e sicurezza dinamica dei diritti, cfr. R. SACCO, (voce) *Affidamento*, cit., 661 ss., il quale, tuttavia, esprime dei dubbi sul fatto che il problema pratico dell'affidamento risieda nell'armonizzazione di suddette esigenze; cfr. anche A. FALZEA, (voce) *Apparenza*, cit., 843.

¹³⁹ D. LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco"*, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, in *Banca d'Italia. Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, 45, 1997, 18 ss., la quale fa riferimento alla prova della buona fede. Tuttavia, aderendo all'impostazione sopra indicata, il ceduto che intende avvalersi dell'apparenza dovrebbe provare sia l'elemento oggettivo che quello soggettivo (la propria buona fede).

¹⁴⁰ Di questa opinione P. MASI, *Cessione di rapporti giuridici a banche*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Cedam, Padova, 1994, 317.

¹⁴¹ D. LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco"*, cit., 18.

¹⁴² Anche qui riteniamo che assunti del genere si impernino sempre sulle regole della trascrizione, in virtù delle quali, in linea di massima, ciò che è trascritto è reputato noto e quindi opponibile a chiunque, a prescindere dal fatto che i terzi ne abbiano acquisito conoscenza. Qua, come spesso accade, soprattutto nella giurisprudenza, si tende a giustapporre i concetti di apparenza e affidamento (la cui distanza concettuale è difesa da V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., spec. 173 ss.), quest'ultimo definito – sempre da V. PIETROBON, *ult. cit.*, 175 – come stato di fiducia sulla validità ed efficacia dell'atto compiuto.

¹⁴³ Cfr. A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Giuffrè, Milano, 1954; S. PUGLIATTI, *Trascrizione*, cit., 311. V. *supra*, nota 60.



che il previo accertamento del destinatario della prestazione, mediante consultazione del registro, esulerebbe dai menzionati¹⁴⁴ oneri/doveri di diligenza gravanti sul ceduto medesimo¹⁴⁵, che qui conserverebbero un proprio ruolo per la tutela del debitore ceduto. Proprio in tema di cessione di azienda, peraltro, la giurisprudenza ha, talvolta, affermato che il principio di apparenza del diritto – per via analogica – possa trovare applicazione¹⁴⁶.

Ma a ben vedere, i limiti in cui quest'ultimo principio è suscettibile di operare, lungi dal superare l'*impasse*, confermano la portata di quanto affermato in precedenza: l'apparenza è strumento di tutela in presenza di trasferimenti “*non accompagnati da pubblicità formale...*”¹⁴⁷ e, simmetricamente, la tutela della buona fede del ceduto di cui all'art. 2559 cod. civ. deriverebbe proprio dal fatto che i dati relativi all'inclusione dei debiti all'interno della cessione d'azione non sarebbero propriamente oggetto dell'iscrizione¹⁴⁸.

A nostra sommessima opinione – sempre non contemplando le ipotesi in cui l'integrazione pubblicitaria venga disposta dalla Banca d'Italia e vi siano accordi integrativi/modificativi all'art. 4 legge n. 130/1999 – un incremento di protezione del ceduto potrebbe riposare su un altro piano e far capo a quell'integrazione eteronoma e suppletiva del contratto avente come presupposto l'art. 1375 cod. civ.¹⁴⁹

Come precisato da letteratura autorevole, la buona fede oggettiva, nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), si specifica (anche) nel canone della salvaguardia¹⁵⁰, imponendo alla parte di preservare gli interessi della controparte – a prescindere da specifiche pattuizioni contrattuali in tal senso – ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio¹⁵¹. Nel procedimento di tipizzazione dei comportamenti di buona fede, in alcune pronunce si è espressamente previsto che le parti possano essere gravate da prestazioni ulteriori, volte a realizzare una cooperazione del creditore tale da agevolare l'adempimento¹⁵², ad esempio mediante la trasmissione di comunicazioni aventi ad oggetto circostanze rilevanti per prevenire l'esecuzione di una prestazione inesatta¹⁵³. Pertanto, riteniamo che il mutamento del destinatario del pagamento potrebbe essere considerato dovuto in ragione di questi obblighi di correttezza e buona fede: la società veicolo/cessionaria o – nel suo interesse – i *servicers* sarebbero tenuti a comunicare ai ceduti l'avvenuta pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della cessione in blocco – la comunicazione sarebbe priva di efficacia dichiarativa, la quale

¹⁴⁴ *Supra*, par. 4.3

¹⁴⁵ C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, cit., 263 ss.

¹⁴⁶ Cass. 11 febbraio 2005, n. 2838, in *Dejure*.

¹⁴⁷ Sempre Cass. 11 febbraio 2005, n. 2838, cit. Non sembrerebbe registrarsi un sostanziale scostamento dal severo regime di cui alla giurisprudenza richiamata *supra*, nota 128.

¹⁴⁸ In questi termini M. CIAN, *Dell'azienda*, sub. Artt. 2555-2562, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli e G. Ponzanelli, II ed., Giuffrè, Milano, 2018, 239 s.

¹⁴⁹ Già *supra*, nel par. 4.2, in una prospettiva di recupero dei legami tra disciplina speciale e sistema, si è fatto riferimento al fascio di situazioni giuridiche soggettive che legano le parti del rapporto obbligatorio e ora, scendendo nello specifico, l'attenzione è rivolta alla buona fede oggettiva, idonea a instaurare una relazione tra il regolamento negoziale e valutazioni che riflettono l'ispirazione generale dell'ordinamento: C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, I contratti in generale, II, Utet, Torino, 2006, 1149 ss., spec. 1171.

¹⁵⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 453 ss., spec. 456; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, cit., 1172 ss.

¹⁵¹ C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 456. Suddetta formula è ribadita costantemente nella giurisprudenza: richiamando, tra gli altri, precedenti non datati cfr. Trib. Roma 3 giugno 2022, n. 8843, in *Dejure*; Trib. Torino 29 ottobre 2021, n. 4774, in *Dejure*; Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, in *Dejure*; Cass. 17 marzo 2021, n. 7409, in *Dejure*; Cass. 16 novembre 2020, n. 25873, in *Dejure*.

¹⁵² Cfr. C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 460 (in nota).

¹⁵³ Cfr. C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 462.



resterebbe prodotta dalla pubblicazione *ex art. 4* legge n. 130/1999 – e sul limite dell'apprezzabile sacrificio potrebbe incidere quanto sopra ricordato in ordine alla eventuale presenza di uno solo o di pochi debitori ceduti destinatari della comunicazione di cui si discorre.

Non nascondiamo, infine, le preoccupazioni per un possibile equivoco di fondo, una confusione concettuale che potrebbe annidarsi in sede di interpretazione della legge sulla cartolarizzazione: non riteniamo in alcun modo convincente l'idea – prospettata per mera ipotesi di lavoro – per cui alla non conoscenza del debitore ceduto sia ascritto un certo grado di disvalore in nome del principio *ignorantia legis non excusat*, e ciò semplicemente in ragione del fatto che il sistema pubblicitario di cui si avvale l'art. 4 della legge n. 130/1999 siano le pagine della Gazzetta Ufficiale, com'è noto, fonte di cognizione del diritto per antonomasia nel nostro ordinamento giuridico. È evidente che l'avviso di cui si discute – e oggetto di pubblicità – non contenga una legge dello Stato o un atto a essa equiparabile.