JUS CIVILE

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



6-2020

novembre-dicembre

G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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

JUS CIVILE



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Legal Thinking Consequences for the role of legal methods in legal training[°*]
di *Thomas M.J. Möllers* 1417

Prelazione ereditaria e retratto successorio tra funzione riaggregativa di assetti proprietari e disponibilità dei diritti[°*]
di *Angela La Spina* 1452

Il minore e la persona incapace nella l. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie[°*]
di *Barbara Salvatore* 1494

La dichiarazione della madre di non voler essere nominata. Varianti e invarianti di un diritto soggettivo in crisi sistemica[°*]
di *Federica Tescione* 1509

Valutazione di abusività ed effetti della nullità di protezione nei contratti del consumatore: la strategia della deterrenza e l'effettività delle tutele[°*]
di *Mariella Lamicela* 1532

La prelazione artistica tra pubblico e privato[°*]
di *Veronica Bongiovanni* 1561

Il contratto di investimento assicurativo all'intersezione tra ordinamento assicurativo e finanziario[°*]
di *Giuseppe Marino* 1595

[*°] Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE



pag.

I contratti sull'esecuzione forzata. Appunti[°*]

di *Andrea Dalmartello* 1647

Giurisprudenza

Patto fiduciario con oggetto immobiliare: note intorno alla decisione delle sezioni unite[°*]

Cassazione civile, SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6459

di *Valerio D'Alessandro* 1664

Institutio ex re certa, beni non oggetto di disposizione ed esegesi[°*]

Cassazione civile, sez. II, 3 luglio 2019, (ud. 13/11/2018, dep. 03/07/2019), n. 17868

di *Francesco Meglio* 1698

JUS CIVILE



THOMAS M.J. MÖLLERS

Professor of Civil Law – University of Augsburg

LEGAL THINKING CONSEQUENCES FOR THE ROLE OF LEGAL METHODS IN LEGAL TRAINING

SOMMARIO: *1. – 1.1. The need for modern legal methods: legal thinking as a task for legal training. – 1.2. The role of legal methodology in the crisis – prior understanding, plurality of methods, decisionism. – 1.3. Legal methodology as a theory of legitimation and argumentation bound by values. – 2. – 2.1. The facts and the law – deduction and "Hin-und Herwandern des Blickes": subsumption and increased complexity – the interaction between the facts and the law. – 2.2. The facts and the norm range. – 2.3. The consequences for legal training. – 3. – 3.1. How to work with deduction – the canon of interpretation and the principle of substantiation: the canon of interpretation and the orientation of the consequences. – 3.2. Substantiation. – 3.2.1. Topoi and Wilburg's flexible system (Bewegliches System). – 3.2.2. Reasoning from case to case. – 3.3. Conclusions for legal training. – 4. – 4.1. Working in a federal system – the complexity of European law: the judge as a European judge. – 4.2. Legal arguments for the interplay between national and European law. – 4.3. The consequences for training. – 5. – 5.1. Boundaries of development of the law – policy and judicial restraint: cornerstones of permissible and impermissible development of the law. – 5.2. Binding priority and balancing arguments. – 5.3. Sensibility for the development of the law – the "method lemon". – 6. Building blocks of a metamethodology – structuring legal arguments. – 6.1. – A sequence of examination steps. – 6.2. The weighting of argumentative figures. – 6.2.1. The weighting of argumentative figures: binding priority rules. – 6.2.2. Presumption rules. – 6.2.3. Rules of burden of argumentation. – 6.2.4. Balancing rules of a flexible system (Bewegliches System). – 6.3. In place of a conclusion – strengthening the basic subjects.*

1. – 1.1. – Across the world, German legal training has an excellent reputation.[1] The case technique, necessitating a transfer, is an excellent way to train aspiring lawyers to engage in a clear line of thought, and in precision. Such transfer largely requires less specific knowledge but instead knowledge of the interplay of norms, of the system, of a subject area. This systematic thinking regarding codification is also missing, for in-

[1] E. HILGENDORF, 'Die Juristischen Fakultäten in Deutschland und die jüngsten Universitätsreformen', in E. Hilgendorf and F. Eckert (eds), *Subsidiarität – Sicherheit – Solidarität. Festgabe für Franz-Ludwig Knemeyer zum 75. Geburtstag* (Würzburg: Ergon Verlag 2012), p. (559) at 561.



stance, among Anglo-American lawyers. However, nothing is ever so good that there is no room for improvement.

The reform of law studies has been a continuous theme over the last hundred years.[2] In fact, not every lawyer's submission is so concise to make it it a pure joy to read. For the subsequent professional practice – the jump into the deep end – lawyers must be able to solve new cases that have not been decided before. The applicable law provides an important pointer in this regard. With respect to content, purpose and meaning of the First State Examination in Law, Section 16 of the Bavarian Training and Examination Code for Lawyers (*Bayerische Ausbildungs– und Prüfungsordnung für Juristen*, BayJAPO) provides: "Overview of the law, legal understanding and ability of methodical work should be in the foreground of the task and performance evaluation"[3]. The hypothesis of this article is simple and is as follows: Legal methodology is the key to good legal training and vice versa. Legal training that spares the legal methods is deficient. Legal methods are also vital for a harmonised Europe. In numerous decisions, the Court of Justice of the European Union has developed important cornerstones into a European methodology of law – with regard to the priority of application and the vertical third-party effect of directives, or in the horizontal relationship with citizens. Methodological divergence contradicts the internal market and the idea of legal harmonisation when a judgment of the European Court leads to different decisions in the different Member States, because it depends, for example, on the extent to which the limits of national law are drawn to ensure that the law complies with the directive. The following article highlights the role of legal methodology in Germany[4] and makes suggestions for improvements in legal education.

---

[2] See the historical overviews contained in various expert reports drafted by the Association of German Jurists (DJT), for instance D. OEHLER, 'In welcher Weise empfiehlt es sich die Ausbildung der Juristen zu reformieren?', in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (ed.), *Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentages* (München: C.H. Beck 1970), pp. E 17 et seqq.; H-D. HENSEN-W. KRAMER, 'Welche Maßnahmen empfehlen sich zur Verkürzung und Straffung der Juristenausbildung?', in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (ed.), *Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages* (München: C.H. Beck 1990), pp. F 19 et seqq., as well as the authors in fn. 49.

[3] Section 16(2) sentence 2, Bavarian Training and Examination Code for Lawyers (*Bayerische Ausbildungs– und Prüfungsordnung für Juristen*, BayJAPO) of 13 October 2003, GVBl. (Bayerisches Gesetz– und Verordnungsblatt) 1990, pp. 397 et seqq. Similar also Section 2(2) of the North Rhine-Westphalian Training Code for Lawyers (*Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfahlen*, JAG NRW) of 11 March 2003, GV. NRW. (*Gesetz– und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen*) 2003, pp. 310 et seqq. Similarly, the German Judiciary Act (*Deutsches Richtergesetz*, DRiG) requires the acquisition of the "methodology of legal science", sec. 5a para. 2 s. 3 DRiG.

[4] With individual evidence regarding the law in Austria and Switzerland, see the recent publication in Special Issue 3, 83 RabelsZ (*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*) 2019, pp. 242-



1.2. – In German law schools, legal reasoning is offered as a basic subject in the third semester and is by no means compulsory. The impression frequently prevails that it is a theory-laden matter of purely academic interest. The major works on legal methodology were written by Karl Larenz, Wolfgang Fikentscher and Franz Bydlinski [5] more than 50 years ago and were not yet able to adequately trace modern trends such as European law. Is methodology in an existential crisis? Three developments seem to suggest this: Rüthers makes the following accusation against judges today: "Methodical arguments, if present at all, usually serve only as a façade to camouflage the preconceived outcome with a rational decision-making process." [6] This means that legal methods can be used to assert anything and everything; they are superfluous in reality. The discussion is of decisions taken according to *one's own prior understanding*. [7] A second accusation is: The impression of subjectivity of interpretation in the sense of "anything goes" [8] is also said to be shown by virtue of the fact that the courts have made selective use, in terms of outcomes, of certain historical or grammatical, systematic or teleological arguments. [9] This accusation made at the prevailing practice seems to be confirmed when, for example, the Swiss Federal Court speaks explicitly of a "*pragmatic plurality of methods*". [10] Grüneberg wrote in a former edition of the famous *Palandt* commentary on the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) that, when faced with new questions, the judge

---

397, with contributions from Reinhard Zimmermann (Germany), Gregor Christandl (Italy), Corjo Jansen (Netherlands), Gerhard Dannemann (England), Hans Petter Graver (Norway) and Gabriele Koziol (Japan).

[5] K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin: Springer-Verlag, 6th edn 1991); W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. V (Tübingen: Mohr Siebeck 1977); F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Wien: Springer-Verlag, 2nd edn 1991).

[6] In the same vein, B. RÜTHERS, 'Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz', *JZ (JuristenZeitung)* 2006, p. (53) at 54.

[7] H-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (Tübingen: Mohr Siebeck, 6th edn 1990), pp. 281 et seqq. and 296 et seqq.; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus* (Köln: Carl Heymanns Verlag 1968), pp. 107 et seq.; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt am Main: Athenäum Verlag 1970), pp. 139 et seqq. and 149 et seqq.

[8] P. FEYERABEND, *Against Method* (London: New Left Books 1975), pp. 23 et seqq.

[9] J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt am Main: Athenäum Verlag 1970), pp. 139 et seqq. and 149 et seqq.

[10] For instance Schweizer Bundesgericht 7 September 2012, 2C_237/2011, 138 II *BGE (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts)*, p. (440) at 453. The Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht,* BVerfG) formulated this in somewhat similar words, namely stating (words translated from the original German) that, in the interpretation, 'all conventional interpretation methods [help] in coordinated justification. No single one of them has unconditional priority over any other', BVerfG (Bundesverfassungsgericht) 20 March 2002, 2 BvR 794/95, 105 *BVerfGE* (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts)*, p. (135) at 157. See also fn. 190.



often does not know – and indeed does not need to know – whether the problem should be solved by interpretation or by development of the law.[11] He goes on to state: "The judge may thus differentiate and supplement the law in the context of *ratio legis* and of the value judgment contained in the Basic Law (*Grundgesetz*, GG), even if there is no concrete proof of a gap."[12] This goes hand in hand with the circumstance that pretexts are frequently relied on in the judgment, such as by referring to "justice" or to the "nature of things".[13]

Finally, postmodern methodology designates the creation of precedents by means of deduction as the keeping up of appearances.[14] In those cases in which the law is ambiguous or silent, the courts are said to decide not on the basis of law and justice, but creatively by virtue of the authority granted to them by the State. Carl Schmitt coined the term "*decisionism*"[15] to describe this. Accordingly, any court ruling has an "element of pure decision that cannot be derived from the content of the norm. […] The point [of a decision] is not overwhelming reasoning, but decision by authoritarian elimination of doubt."[16] Therefore, the law no longer forms the standard for the ruling, but an uncontrollable, or nearly uncontrollable, power of the judge exercising sovereign power to rule *ex officio*. Rules on legal methodology are consequently superfluous according to the doctrine of decisionism because, in cases that are not clearly defined, the judge ultimately decides on the way they rule.

---

[11] The original quote reads as follows in the abridged language of the short commentary by Palandt: '*Der vor neue Fragen gestellte Richter weiß häuf nicht u braucht auch nicht zu wissen, ob das Problem dch Auslegg od dch RFortbildg zu lösen ist. […] Der Richter darf das Gesetz iR der ratio legis u der WertEntsch des GG auch ohne konkreten Nachw einer Lücke ausdifferenzieren u ergänzen'*, see C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch* (München: C.H. Beck, 78th edn 2019), Einleitung paras. 56 et seq.

[12] See fn. 11.

[13] In detail A. KAUFMANN, *Analogie und 'Natur der Sache'* (Heidelberg: C.F. Müller, 2nd edn 1982); F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität* (Berlin: Duncker & Humblot 1966), pp. 94 et seqq.; C-W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (Berlin: Duncker & Humblot, 2nd edn 1983), p. 100.

[14] R. HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik* (Königstein im Taunus: Athenäum Verlag 1982), pp. 195 and 199: 'The starting point of a renewed methodology must be the realization that it is considerably less frequently possible to provide reasoning for the judicial ruling by means of textual methods of interpretation is than is generally believed.' In the same vein U. NEUMANN, 'Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation', 32 *RT (Rechtstheorie)* 2001, p. (239) at 242.

[15] Lat. *decidere*: literally 'to cut off', translated by analogy as 'to decide' or 'to rule'.

[16] C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (Tübingen: Mohr Siebeck 1931), pp. 45 et seq.; concurring A. FISCHER-LESCANO-R. CHRISTENSEN, 'Auctoritatis Interpositio', 44 *STAAT (Der Staat)* 2005, pp. 213 et seqq.



1.3. – The above views which place into perspective the meaningfulness of methodology must be opposed. Since Montesquieu, the modern state under the rule of law has known both, the separation and the interlinking of powers.[17] Legal methodology is constitutionally established today as a theory of legitimation. A guiding thought is the limitation of lawyers'power, and that of judges in particular. This idea can be played through in two variants. It applies, firstly, within the relationship between the judiciary and the legislature. The judge is bound by law and justice in accordance with Articles 20(3) and 97(1) of the Basic Law (GG). The supremacy of the law applies to both, the judiciary and the administration.[18] The topos of the "primary responsibility of the legislature" is applicable.[19] It is generally incumbent on Parliament to decide on the material objective.[20] Secondly, legal methodology imposes on judges an obligation vis-à-vis the citizen. The principle of legality, as an expression of the principle of the rule of law in criminal law, states that there may be no punishment without a basis in law (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).[21] However, this principle may only add practical clout if judges are obliged to state reasons for their rulings. This obligation to state reasons limits judges'arbitrary behaviour towards the citizen. It also follows from the constitutionally entrenched, millennia-old principle of *audiatur et altera pars*.[22] The court must take the considerations of both sides into account and include them in its considerations.[23] Consequently, the duty to consider and deliberate also entails a constitutional duty to state reasons.[24] This ensures a deliberative decision in court.[25] The person concerned can only

---

[17] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, vol. 11 (Geneve: Barrillot & Fils 1748), chapter 6: 'There would be an end of everything, were the same man or the same body, whether of the nobles or of the people, to exercise those three powers, that of enacting laws, that of executing the public resolutions, and of trying the causes of individuals.'

[18] H. SCHULZE-FIELITZ, in H. Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Tübingen: Mohr Siebeck, 3rd edn 2015), art. 20 (Rechtsstaat) para. 101 with further references.

[19] BVerfG 11 November 1999, 2 BvF 2/98, 101 *BVerfGE*, pp. (158) at 217 et seq.; G. HERMES, 'Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit', in 61 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Berlin: De Gruyter 2002), p. (119) at 129.

[20] W. FLUME, 'Richter und Recht', in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (ed.), *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages* (München: C.H. Beck 1966), p. K 18.

[21] Its basic ideas can be found today not only in Article 103(2) of the Basic Law (GG) and Section 1 of the Criminal Code (*Strafgesetzbuch* – StGB), but also in supranational regulations such as Article 7 of the European Convention on Human Rights (ECHR) or Article 49(1) of the European Charter of Fundamental Rights (CFR).

[22] A. WACKE, 'Audiatur et altera pars', in M.J. Schermaier-Z. Végh (eds), *Ars boni et aequi, Festschrift Waldstein* (Stuttgart: Franz Steiner Verlag 1993), pp. 369 et seqq.

[23] H. SCHULZE-FIELITZ, in H. Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2nd edn 2008), art. 103 I paras 20 and 60 et seqq.



judge whether their submission has been considered if the ruling is reasoned.

If it wishes to be current, legal methodology must take account of the objections just mentioned. Legal thinking and legal methods run in parallel: they require an ability to approach previously unknown problems, to identify the problem, to develop solutions, and to finally and convincingly present which of the various solutions is the most legally appropriate. It does not suffice to memorise disputes by heart.[26] A good lawyer must be able to develop their own disputes and defend their own views against counterarguments. The goal of legal methodology, as a theory of argumentation and legal reasoning, is therefore to make decisions rationally comprehensible and thus verifiable.[27] Legal reasoning seeks to give students and practitioners the legal tools to structure their own argumentation and to raise the level of reasoning of the statements. Firstly, legal methods aim at legal certainty because they serve to predict judicial adjudication.[28] Secondly, the obligation to state reasons compels the decision-making bodies to exercise self-regulation. Thirdly, it broadens the decision's ability to achieve consensus. Fourthly, and finally, it makes it easier for the concerned party to accept the result.[29] It is intended to systematise, objectivise and ultimately control the creation of precedents. Where does legal training require optimisation? The ability of methodical work and legal thinking is presented below in four areas that lawyers should master in order to solve cases: the facts and the law, the canon of interpretation and its further development, the argumentative figures for dealing with European law, and the boundaries on the permissible development of the law.

---

[24] BVerfG 17 May 1983, 2 BvR 731/80, 64 *BVerfGE*, pp. 135 and 143 et seqq.; BVerfG 15 February 1992, 2 BvR 207/92, *InfAuslR (Informationsbrief Ausländerrecht)* 1992, p. 300 headnote 1.

[25] H. STEINBERGER, *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie* (Berlin: Springer-Verlag 1974), p. 265; H. SCHULZE-FIELITZ, in H. Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2nd edn 2008), art. 103 I, para. 12.

[26] W. HASSEMER-F. KÜBLER, 'Welche Maßnahmen empfehlen sich zur Verkürzung und Straffung der Juristenausbildung?', in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (ed.), *Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages* (München: C.H. Beck 1990), p. E 33: 'The blind reproduction of legal rules and terms is an enemy of legal thinking, and therefore burdens all subjects and legal professions.'

[27] J. ESSER, 'Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht', 172 *AcP (Archiv für die civilistische Praxis)* 1972, p. (97) at 113.

[28] R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 7th edn 2012), pp. 326 et seq.; B. RÜTHERS-C. FISCHER-A. BIRK, *Rechtstheorie* (München: C.H. Beck, 10th edn 2018), para. 651.

[29] BVerfG 14 February 1973, 1 BvR 112/65, 34 *BVerfGE*, p. (269) at 287 – *Soraya*: 'its ruling must be based on rational argumentation.' See T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 13 para. 19.



2. – 2.1. – Legal training seems simple at first glance: The student has a solid set of facts, plus the law. In order to combine these two components, they learn to subsume – that is to subordinate the particular to the general.[30] This leads to an answer to the question of whether the facts satisfy the criteria defined in the respective legal norm that is relevant to the particular case.[31] Syllogism is known worldwide: It contains a major premise, a minor premise and a final conclusion.[32] Subsumption presents itself in terms of legal logic as the "final proceedings" by combining the two components of major premise and minor premise. Subsumption seeks to verify whether all constituent elements of a norm are covered by information contained in the facts. Precise subsumption by itself is naturally often difficult enough for law students. However, subsequent legal practice is clearly more complex than a one-sided complete set of facts.[33] Two examples are worth noting. Lawyers, judges and administrative officials need to understand the facts in a first step. Determination of the facts is the first crucial step of judicial adjudication in practice. The legal appraisal is often simple, but the facts are difficult to determine. For example, if your Egyptair flight to Ireland returning from a vacation in Egypt is delayed and you would like to claim compensation, you first need all the relevant facts. If the airline objects that the delay was caused by *force majeure* due to a sandstorm, the lawyer must determine whether this objection is correct.

The legal solution in a second step is actually more complex if different legal solutions emerge: Engisch shaped the image of *Hin-und Herwandern des Blickes* (wandering back and forth between the facts and the norm): "The major premise is important as regards what is relevant for the concrete facts of the case, and the concrete facts of the case are relevant for the major premise."[34] It is thus necessary to move between the facts of

---

[30] K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin: Springer-Verlag, 6th edn 1991), p. 271; derogating: K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken* (D. Otto & T. Würtenberger (eds); Stuttgart: Kohlhammer, 11th edn 2010), pp. 104 et seqq. and 123 et seq.

[31] In the same vein already I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft* (Riga: Hartknoch, 2nd edn 1787), quoted from the *Akademie-Ausgabe*, vol. III (Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (ed.); Berlin: Reimer 1911), p. 131: 'If understanding is at all explained as the capacity of the rules, then the power of judgment is the ability to *subsume* under rules, that is to distinguish whether or not something is subject to a given rule (*casus datae legis*).'

[32] K.J. VANDEVELDE, *Thinking Like a Lawyer* (Boulder: Westview Press, 2nd edn 2011), p. 93.

[33] Previously critical W. HASSEMER-F. KÜBLER, 'Welche Maßnahmen empfehlen sich zur Verkürzung und Straffung der Juristenausbildung?', in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (ed.), *Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages* (München: C.H. Beck 1990), pp. E 30 et seq.

[34] K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (Heidelberg: Winter Verlag, 3rd edn 1963), p. 15; concurring for instance M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* (Berlin: Duncker & Humblot, 2nd edn 1976), p. 197; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt am Main: Athen-



the case and the constituent facts of the norm. This back-and-forth movement does not lead bring one back to the starting point (that would be a circular argument), but brings the understanding up to a new level.[35] It helps legal practitioners to process the facts in legal terms, and shows vividly that the facts and the law interlock in judicial adjudication. If a woman is bitten by a dog that she wants to pet, further details about the facts are needed in order to examine claims for compensation and to solve the case correctly.[36] If the woman knew that the dog bites, this would constitute contributory negligence (Section 254 of the Civil Code, BGB). If it is a guide dog, this is classified as a working animal for which the animal keeper is not liable under Section 833 sentence 2 of the Civil Code. Further questions for the development of a conclusive legal solution are: Did the woman suffer a loss of earnings? Exactly what kind of pain did she suffer?

2.2. – And it becomes more complex still: Law students solve cases in their training largely with the law. Legal principles that are binding on legal practitioners are recognised as a source of law.[37] Laws and legal ordinances are referred to as primary sources of law. But legal practitioners use all forms of sources of legal knowledge for the facts in order to be able to work out an appropriate legal solution. Before the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) legally appraises a case, it develops a "standards section"[38] and describes the normative range.[39] The legal doctrine of the individual, fundamental, rights-related provision is processed in textbook fashion in the standards section, using the previous case law.[40] The Federal Constitutional Court elabo-

---

äum Verlag, 2nd edn 1972), p. 79; M. PAVČNIK, 'Das "Hin– und Herwandern des Blickes"', 39 *RT* 2008, pp. 557 et seqq.; P. MASTRONARDI, *Juristisches Denken* (Bern: Haupt Verlag, 2nd edn 2003), paras 677 et seqq.

[35] K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin: Springer-Verlag, 6th edn 1991), p. 206.

[36] K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin: Springer-Verlag, 6th edn 1991), pp. 279 et seqq.; also incorporated by F. REIMER, *Juristische Methodenlehre* (Baden-Baden: Nomos, 2nd edn 2020), paras 93 et seqq. The facts put forward by Karl Larenz are further added to here.

[37] B. RÜTHERS-C. FISCHER-A. BIRK, *Rechtstheorie* (München: C.H. Beck, 10th edn 2018), para. 217.

[38] This in contrast to the 'subsumption section' of the reasoning of the judgment.

[39] According to Friedrich Müller, the 'normative range is formed by those concrete *de facto* circumstances (real data) which are needed in order to subsume under a legal provision (programme of norms) which have *already been made precise by means of interpretation or substantiation*, and which hence are rightly made the foundation for the ruling. Cf. on this in detail F. MÜLLER-R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, vol. I (Berlin: Duncker & Humblot, 11th edn 2013), paras 16, 235a, 281.

[40] M. JESTAEDT, 'Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist', in M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers & C. Schönberger (eds), *Das entgrenzte Gericht* (Berlin: Suhrkamp 2011), pp. (77) at 110 et seqq. and 135 et seqq.



rates the facts by permitting the parties to speak, but also by affording societal associations and groups the opportunity to submit statements. In addition, secondary sources of law and sources of legal knowledge must be included – such as previous rulings of German courts, foreign rulings and the voices of legal literature, as well as accessible statistics.[41]

The current discussion about a general ban on wearing the burqa in public vividly shows how complicated it is to form a norm range. The Basic Law (GG) stipulates freedom of religion in Article 4(1) of the Basic Law. However, one will hardly be able to justify the solution from the wording alone. Before the scope of the freedom of religion and other fundamental rights is examined in legal terms, the facts which are then needed for the development of the norm range, such as in the review of proportionality, need to be supplemented. Empirically one will perhaps still determine how many women wear the burqa in Germany, and what public opinion thinks about a burqa ban. The Qur'an only mentions the veil in one place,[42] but explicitly does not oblige anyone to wear a burqa. There are various veils for Muslim women that reveal their faces.[43] What is the Quran's stance on the veil? The Quran only speaks of chimâr[44] and it is controversial whether this even means veil.[45] Even monks and nuns in Christian monasteries and nunneries wear formal clothing that partly covers the hair. In addition, one will look for precedents – that is earlier rulings on similar cases, such as the rulings on the crucifix and the headscarf[46] – and then argue using the comparative case method.[47]

---

[41] B-O. BRYDE, 'Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts', in P. Badura & H. Dreier (eds), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. 1 (Tübingen: Mohr Siebeck 2001), pp. (533) at 536 et seq. The relevant legal norms (at A.I.), the history of the proceedings (A.II.), the legal statements of those concerned (A.III.), and where appropriate also the results of the taking of evidence and of other parties that are entitled to make a statement (A.IV.), are typically mentioned, see E. BENDA-E. KLEIN-O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (Heidelberg: C.F. Müller, 3rd edn 2012), para. 362; for instance BVerfG 27 January 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, 138 *BVerfGE*, pp. 296 et seqq. – *Headscarf II*.

[42] Qur'an 3rd verse 24:30-31.

[43] Such as the hijab, the al-amira, the chimar, the chador and even full body veils that also completely cover the face and only leave the eyes uncovered (niqab), or even also require that there be a grid here too (burqa).

[44] The 3rd verse 24:31 of the Qu'ran reads: "And tell the believing women to lower their gaze and guard their private parts (furûg) and not expose their adornment (zinat) except that which [necessarily] appears thereof and to wrap [a portion of] their headcovers over their chests and not to expose their adornment except to their husbands […]."

[45] Thus, it is stressed that the verse does not explicitly mention hair and the woman may decide herself what is necessary. See on this discussion, for example, *www.sistersinislam.org.my/news.php?item.604.120.*

[46] BVerfG 27 January 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, 138 *BVerfGE*, pp. 296 et seqq. – *Headscarf II*; BVerfG 16 May 1995, 1 BvR 1087/91, 93 *BVerfGE*, p.p (1) at 18 et seqq. – *Crucifix*.

[47] A comparative perspective shows that the European Court of Human Rights had to decide on the le-



2.3. – During their studies, students do not elaborate the facts. In Germany, until the First State Examination they usually receive a fixed set of facts from a person setting the exam.[48] The stronger interlocking of science and practice is a requirement that is more than a hundred years old.[49] This should be reformed, for example, in lawyer-orientated events at the universities[50], by expanding internships to a whole semester, or in extending clerkships by six months[51]. Not only the State, but lawyers too, would have to provide the resources to improve the status quo. Earlier contact with practitioners would certainly be motivating for students or clerks, given that real life takes place in practice.[52] This is the advantage of legal training in the USA and the UK: it is common practice that students in their first and second year work for a law firm during the summer break to establish contacts and gain hands-on experience.

3. – 3.1. – Equipped with this prior understanding, the actual work with the law begins. Later on, working on simple cases does not require legal methodology and it is probably not even necessary to consult the law. But this is not the task of law studies. Law studies are intended to prepare prospective lawyers for cases in which the legal situation is not clear and they have to think out of the box (the "hard cases").[53] This means that the workload increases along with complexity. The crowning glory of a lawyer cer-

---

gality of the French law that prohibited the burqa in public, cf. ECtHR 1 July 2014, 43835/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, *S.A.S. v. France.*

[48] Highly critical with regard to one-sided training for instance J. WOLF, 'Die unterschätzte Bedeutung des Sachverhalts in Juristenausbildung und Rechtswissenschaft', in H. Butzer-M. Kaltenborn-W. Meyer (eds), *Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Festschrift Schnapp* (Berlin: Duncker & Humblot 2008), pp. 873 et seqq.

[49] E. ZITELMANN, 'Was not tut!', 9 *DJZ (Deutsche Juristen-Zeitung)* 1909, p. 505; in the same vein D. OEHLER, 'In welcher Weise empfiehlt es sich die Ausbildung der Juristen zu reformieren?', in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (ed.), *Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentages* (München: C.H. Beck 1970), pp. E 46 et seq; W. HASSEMER-F. KÜBLER, 'Welche Maßnahmen empfehlen sich zur Verkürzung und Straffung der Juristenausbildung?', in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (ed.), *Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages* (München: C.H. Beck 1990), p. E 84.

[50] S. BARTON-F. JOST-M. LINDEMANN-T. SCHUMACHER, *Anwaltsorientierung im rechtswissenschaftlichen Studium* (Hamburg: Dr. Kovač Verlag 2000); D. MATTHEUS-C. TEICHMANN, 'Anwaltsorientierte Arbeitsgemeinschaften', 7 *JuS (Juristische Schulung)* 2003, pp. 633 et seqq.

[51] For example, the German Bar Association offered a 12-month additional training course.

[52] In the same vein already H-D. HENSEN-W. KRAMER, 'Welche Maßnahmen empfehlen sich zur Verkürzung und Straffung der Juristenausbildung?', in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (ed.), *Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages* (München: C.H. Beck 1990), p. F 37.

[53] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press 1977), p. 81.



tainly includes the solution of more complex cases in which simply reading the legal text does not suffice. Students must learn how to handle such situations in order to find a legally convincing solution. In the legal interpretation, von Savigny's four types of interpretation are taught in their further development by von Jhering: the distinction between wording, system, history and telos of a norm.[54] The canons of interpretation have found their way into the law of many countries[55] and are also used by the Court of Justice of the European Union.[56]

However, some colleagues consider it "outdated", and the "progress of knowledge is slight",[57] – for instance, because the teleological interpretation is considered circular and superfluous.[58] Moreover, the four interpretive canons fail in the area of undetermined legal terms and general clauses. It is true that legal statements frequently only claim, but do not prove, the meaning and purpose of a norm. The grammatical, systematic and historical interpretation are based directly on the norm and the law. Without such a point of reference the teleological interpretations ask for the only "intellectually established factor of the purpose of the norm".[59] The search for the meaning therefore has no independent original point of reference. It therefore has to be designed in two stages, because initially it is only a premise. It is an assertion of purpose which therefore must be de-

---

[54] F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I (Berlin: Veit & Company 1840), pp. 213 et seqq.; R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, vol. 1 (Leipzig: Breitkopf & Härtel, 2nd edn 1884), pp. VIII and 435 et seqq.; on this R. MÜLLER-ERZBACH, 'Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes', 61 *JhJ (Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts)* 1912, pp. (343) at 377 et seqq.

[55] E.g. art. 3 no. 1 Código Civil.

[56] ECJ 3 October 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, *Inuit Tapiriit Kanatami et al. v. European Parliament and Council of the European Union*, para. 50; ECJ 27 November 2012, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, *Thomas Pringle v. Government of Ireland et al.*, para. 135.

[57] F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Wien: Springer-Verlag, 2nd edn 1991), p. 437: 'Even though some would like to hold onto it, the "canon" is thus out of date.' Similar also B. RÜTHERS-C. FISCHER-A. BIRK, *Rechtstheorie* (München: C.H. Beck, 10th edn 2018), para. 703: the 'progress of knowledge […] is slight'.

[58] For constitutional law already E. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung* (Stuttgart: Kohlhammer 1961), p. 39. In general terms R.D. HERZBERG, 'Kritik der telelogischen Gesetzesauslegung', *NJW* (*Neue Juristische Wochenschrift)* 1990, pp. 2525 et seqq.; R.D. HERZBERG, 'Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? – Eine Skizze und Kritik der überkommenden Auslegungsmethodik', *JuS* 2005, pp. (1) at 3 et seq.

[59] M. MORLOK, 'Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?', in G. Gabriel & R. Gröschner (eds), *Subsumtion* (Tübingen: Mohr Siebeck 2012), p. (179) at 191; M. SACHS, in M. Sachs (ed.), *Grundgesetz* (München: C.H. Beck, 8th edn 2018), Einführung para. 43.



fended with arguments to develop the consequences for the interpretation.[60] This can be referred to as a telos that is immanent in the system of norms.[61] If an outdoor swimming pool prohibits dogs, then this will especially apply to cheetahs (hypothesis) – for instance, to reduce the objective danger for bathers, to allow people to bathe without fear, or to protect hygiene (the telos as a premise).[62] This simple case however becomes less clear if a bather wants to bring a hamster or shrew to the pool. The comparability of the two cases must then be reasoned or rejected on the basis of valuations.[63] The search for the telos is therefore only a premise which must be reinforced by further arguments.[64] The teleological interpretation is thus not superfluous but merely requires further arguments. The search for the telos is complemented by logical, interest-based[65] and impact-based arguments. The decisive factor is frequently an "interpretation from within the inherent system of the legal order which, in addition to the valuations codified in the law, embraces the general legal principles that can be gained inductively from positive law."[66] Considerations that focus on the consequences can complement the valuations of the law. Impact-based considerations can complement the valuations of the law. This includes, for instance, the *argumentum ad absurdum*[67] – the avoidance liability or the normative force of the factual.

---

[60] M. MORLOK, 'Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?', in G. Gabriel & R. Gröschner (eds), *Subsumtion* (Tübingen: Mohr Siebeck 2012), p. (179) at 204. One conclusion that is drawn is the further development of the law by analogy or teleological reduction in order to achieve the purpose of the norm.

[61] J.F. LINDNER, *Theorie der Grundrechtsdogmatik* (Tübingen: Mohr Siebeck 2005), pp. 160 et seqq. Previously already K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2 (München: C.H. Beck 1994), p. 1663.

[62] M. MORLOK, 'Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?', in G. Gabriel & R. Gröschner (eds), *Subsumtion* (Tübingen: Mohr Siebeck 2012), p. (179) at 191.

[63] In detail on legal analogy and on teleological reduction see T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 6 paras 81 et seqq.

[64] F. MÜLLER-R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, vol. II (Berlin: Duncker & Humblot, 3rd edn 2012), para. 103; S.E.A. MARTENS, *Methodenlehre des Unionsrechts* (Tübingen: Mohr Siebeck 2013), pp. 457 and 461.

[65] In the same vein E.E. OTT, *Juristische Methode in der Sackgasse?* (Zürich: Orell Füssli Verlag 2006), pp. 62 et seqq.

[66] Comprehensively T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapters 5 and 6; C. HÖPFNER-B. RÜTHERS, 'Grundlagen einer europäischen Methodenlehre', 209 *AcP* 2009, pp. 1 and 7 et seq, who do not however wish to make this subject to teleological interpretation.

[67] Anglo-American law is familiar with this argument as well, see W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1 (Oxford: Clarendon 1765), p. 60; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon, 2nd edn 1994), pp. 108 et seqq.; K.J. VANDEVELDE, *Thinking Like a Lawyer* (Boulder: Westview Press, 2nd edn 2011), p. 39.



As the economic analysis of the law is impact-based, it reveals economically effective solutions. Yet, these considerations are only helpful if economic considerations concur with the valuations of the Constitution and other laws. The strict liability of Section 1 of the Product Liability Act (*Produkthaftungsgesetz* – ProdHaftG) forces manufacturers – not the potentially injured party – to take precautions because they are liable for damage whatever the case. In the case of negligence under Section 823(1) of the Civil Code (BGB), the aggrieved party may, in case of doubt, invoke the absence of fault. However, the potentially injured party should have an interest that the damage does not occur and should therefore prevent damage. Both principles are not pareto optimal,[68] because the other side fails to take measures to avoid damage. The optimal position would be strict liability with fault elements or negligence with risk elements. Such an alternative can already be found *de lege lata* in the defence of contributory negligence under Section 254 of the Civil Code (or in conjunction with Section 6(1) of the Product Liability Act) and the duty to mitigate damages. In 1969, the Federal Court of Justice (BGH) had already introduced negligence with risk elements in the fowl pest decision by way of development of the law for producers. The claimant often cannot prove whether the breach of duty was due to negligence. Therefore, the burden of proof is reversed, and it is presumed that the producer's breach of duty of care was due to fault.[69] This means that the injuring party must act carefully in order to avoid liability. However, the injuring party may exculpate itself, which is why the potentially injured party also has to take due care.[70]

3.2.1. – The term *Konkretisierung* (substantiation) has been developed in public law and is used as a method when working with fundamental rights. In the substantiation process, the lawyer is required to 'perform a greater degree of specification'[71] because the wording does not directly permit subsumption. The concept can also be used in pri-

[68] A rule is Pareto optimal, and therefore preferable, if no individual can be better off without another individual being worse off at the same time, cf. V. PARETO, *Cours d'économie politique* (Lausanne: F. Rouge 1896, 1897).

[69] BGH 26 November 1968, VI ZR 212/66, 51 *BGHZ* (*Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen)*, pp. (91) at 105 et seqq. – *Fowl pest.*

[70] M. ADAMS, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs– und Verschuldenshaftung* (Heidelberg: R. v. Decker Verlag 1985), pp. 51 and 114 et seqq. and 266.

[71] M. MORLOK, 'Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?', in G. Gabriel & R. Gröschner (eds), *Subsumtion* (Tübingen: Mohr Siebeck 2012), p. (179) at 206.



vate law and criminal law when working with general clauses. General clauses are terms that are highly abstract and that have *no clear conceptual core.* A subsumption of the facts under the constituent elements of the case is therefore no longer possible.[72] Substantiation expresses that, in addition to the above-mentioned interpretative figures, further methodical steps are necessary before a subsumption of the facts can be achieved.[73] The method of substantiation thus goes beyond the interpretation canons[74] and should follow on from interpretation as a second step.[75] Methodologically, substantiation is more challenging than pure interpretation, as it is more difficult for the user of the law to develop a comprehensible sequence of checks without clear constituent elements. Not only students have great difficulty substantiating acts contrary to public policy (*Sittenwidrigkeit*) under Section 138(1) of the Civil Code (BGB) or human dignity (*Menschenwürde*) under Article 1(1) of the Basic Law (GG). In part, interpretation and substantiation are regarded as opposites – interpretation would be the definition of given content, substantiation the creative filling of something that is fixed only in principle. Thus substantiation can take on elements of creativity.[76] Therefore, after the traditional interpretation concepts have been applied, it makes sense to introduce substantiation as another interim step.

Topic is a procedure for the "procurement of meaningful hypotheses".[77] As sub-items of the topic, topoi[78] are rhetorical starting points of argumentation.[79] They are flashes of

---

[72] A. OHLY, 'Generalklausel und Richterrecht', 201 *AcP* 2001, p. (1) at 5; R. WEBER, 'Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen', 192 *AcP* 1992, p. (516) at 524.

[73] K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: C.F. Müller, 20th edn 1999), para. 59.

[74] Differing view W. BRUGGER, 'Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze', 119 *AöR (Archiv des öffentlichen Rechts)* 1994, p. (1) at 2, who uses the terms as synonyms.

[75] In part, interpretation and substantiation are regarded as opposites – interpretation would be the definition of given content, substantiation the creative filling of something that is fixed only in principle, see E-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2nd edn 1992), pp. 159 and 186 et seq; H. HUBER, 'Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen', 74 *ZSR-NF (Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge)* 1955, p. (173) at 201.

[76] E-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2nd edn 1992), pp. 159 and 186 et seq; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: C.F. Müller, 20th edn 1999), para. 60: 'creative act'; P. LERCHE, 'Facetten der Konkretisierung von Verfassungsrecht', in I. Koller, J. Hager, M. Junker, R. Singer & J. Neuner (eds), *Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken* (München: C.H. Beck 1998), p. (7) at 16: 'creative design'.

[77] M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* (Berlin: Duncker & Humblot, 2nd edn 1976), p. 148.

[78] Topos, plural: *Topoi*, means literally 'local knowledge'.

[79] In the same vein already T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (München: C.H. Beck, 5th edn 1974),



inspiration that lawyers gather in a brainstorming session before incorporating them into their argumentation. What is required is a normatively-bound topical procedure.[80] The flexible system has met with approval in tort law.[81] Wilburg based non-contractual liability on four criteria which must be weighed against each other in a flexible system.[82] In order to be able to strike a better balance between the interests of the injured and those of the actor, von Bar also developed four criteria for a flexible system on the basis of this. They comprise a duty to control risks in the creation or maintenance of a risk (source), the reasonableness of risk control, the benefit from the source of risk, and the protection of legitimate expectation of the affected party[83] or of the recognisability of the risk.[84] These are attribution criteria similar to a constituent element (*tatbestandsähnliche Zurechnungsgründe*),[85] which can thus justify or exclude liability. The attribution criteria for obligations under the tort law of Section 823(1) of the Civil Code (BGB) can be shown by the following case: Must an innkeeper secure a cellar door situated next to the toilets when there is a steep staircase behind the cellar door? Can guests claim compensation if they fall down the stairs? Within the scope of a flexible system, several criteria speak in favour of affirming a breach of duty. By serving alcohol to the

---

p. 111: contemporary rhetorical argumentation theory; J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Tübingen: Mohr Siebeck 1956), pp. 44 et seqq.

[80] In the same vein K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: C.F. Müller, 20th edn 1999), paras 67 et seqq.

[81] E. DEUTSCH, 'Die Elemente des Schadensrechts und das Bewegliche System', in F. Bydlinski, H. Krejci, B. Schilcher & V. Steininger (eds), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* (Wien: Verlag Österreich 1986), pp. 43 et seqq.; H. KOZIOL, 'Bewegliches System und Gefährdungshaftung', in F. Bydlinski, H. Krejci, B. Schilcher & V. Steininger (eds), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* (Wien: Verlag Österreich 1986), pp. 51 et seqq.; C. VON BAR, 'Zur Bedeutung des Beweglichen Systems für die Dogmatik der Verkehrspflichten', in F. Bydlinski, H. Krejci, B. Schilcher & V. Steininger (eds), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* (Wien: Verlag Österreich 1986), p. (63) at 72.

[82] W. WILBURG, 'Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts', 163 *AcP* 1964, p. 346.

[83] C. VON BAR, 'Zur Bedeutung des Beweglichen Systems für die Dogmatik der Verkehrspflichten', in F. Bydlinski-H. Krejci-B. Schilcher-V. Steininger (eds), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* (Wien: Verlag Österreich 1986), p. (63) at 69; similarly previously, C. VON BAR, *Verkehrspflichten* (Köln: Carl Heymanns Verlag 1980), pp. 113 et seqq. These have been further specified, see K. LARENZ-C-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil*, vol. II/2 (München: C.H. Beck, 13th edn 1994), pp. 412 et seqq.

[84] See T.M.J. MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz im Umwelt– und Haftungsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck 1996), p. 293.

[85] K. LARENZ-C-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil*, vol. II/2 (München: C.H. Beck, 13th edn 1994), p. 412.



guests, the host creates a source of danger. The innkeeper draws an advantage in the form of revenues from the serving of alcohol. The danger of guests falling down the basement stairs is obvious to the innkeeper in that, as a result of alcohol consumption, he must reckon with reduced attention but also curiosity on the part of the guests. It is not difficult for the host to control the danger by locking the cellar door. It is questionable to what extent the element of legitimate expectations is fulfilled. After all, everyone is responsible for their own well-being. Nevertheless, especially in restaurants where alcohol is served, guests can be confident that there are no unexpected dangers hidden in the rooms that are open to the public. This means that the innkeeper has a duty to ensure safety and is therefore liable for damages. [86]

3.2.2. – Reasoning from case to case [87] permits substantiation by the courts.

The comparative case method was already known under Roman law. [88] It reasons from the specific to the specific. It establishes the link between one case and another, in the context of interpretation and substantiation. [89] In practice, no two cases are completely identical. Where there is partial equality of cases, the comparative case method corresponds methodically to the individual analogy – except that it does not take place at the legal level, but at the factual level. [90] In the case of inequality, the comparative case method corresponds to teleological reduction, which narrows the scope of application. [91] As in the case of individual analogy or teleological reduction, the question is whether the facts to be assessed are partially equal to or inequitable with the previous law. It is therefore a question of equal treatment of substantially equal cases and unequal treatment of

---

[86] According to BGH 9 February 1988, VI ZR 48/87, *NJW* 1988, pp. 1588 et seq. – *Innkeeper*.

[87] E.H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning* (Chicago: University of Chicago Press 1949), p. 1.

[88] Iul. D. 1,3,12: *Is qui iurisdictioni praeest ad similia proecedere atque ita ius dicere debet*. – Then anyone responsible for the legislation must proceed to establish an analogous rule and accordingly dispense justice; differing view R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre* (München: C.H. Beck, 11th edn 2012), p. 59.

[89] F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Wien: Springer-Verlag, 2nd edn 1991), pp. 548 et seqq.; J. SCHAPP, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre* (Tübingen: Mohr Siebeck 1983), pp. 64 et seq; R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre* (München: C.H. Beck, 11th edn 2012), pp. 58 et seqq.

[90] A. OHLY, 'Generalklausel und Richterrecht', 201 *AcP* 2001, p. (1) at 43.

[91] A. OHLY, 'Generalklausel und Richterrecht', 201 *AcP* 2001, p. (1) at 43; similarly, K. LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht* (München: C.H. Beck 1996), p. 99.



substantially unequal cases.[92] For this purpose, there must be a comparison of the facts and the values.[93] The starting point is the normal case method: it is therefore necessary to ask which cases are usually covered by the norm. *In concreto*, it is also possible to search for similarities between decided cases and the new case. First of all, one must identify the value that is inherent in both cases. The facts and interests must therefore have the same value in both cases.[94] In this respect, one can also speak of an analogous application of a precedent.[95] For comparing the partial equality of the new case with earlier cases, the similarity argument (*Ähnlichkeitsargument*), the *a fortiori* conclusion (*Erst-Recht-Schluss*) and the circumvention argument (*Umgehungsargument*) can be used, and for the inequality the reverse conclusion (*Umkehrschluss*) and *argumentum ad absurdum* can be used. Finally, it must be ensured that the remaining differences are not of such a nature as to justify unequal treatment. In academic teaching, but also in US-American court hearings, it is common not only to fall back on previously decided cases, but also to form hypothetical cases for argumentation purposes.[96]

In part, it is also argued that the comparative case method does not infer the specific from the specific, but a comparison moment (*tertium comparationis*) – a rule that can be generalised.[97] This would initially abstract a general thought from the specific, already decided case (induction). Subsequently, a conclusion would then be drawn from this general thought to another specific matter, the new facts to be decided (deduction). Initially, just the two cases are compared. Here the reasoning from the specific to the specific is more convincing. Only in a second step does one have the opportunity to refer to several cases, to compare them and to search for a moment of comparison or a legal concept that can be generalised. As a generalisable rule, the *tertium comparationis* is more likely to succeed if different lines of case law exist which then (inductively) enable a cer-

---

[92] R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre* (München: C.H. Beck, 11th edn 2012), p. 58.

[93] J. VOGEL, *Juristische Methodik* (Berlin: De Gruyter 1998), p. 166.

[94] A. OHLY, 'Generalklausel und Richterrecht', 201 *AcP* 2001, p. (1) at 43.

[95] A. OHLY, *Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs* (Köln: Carl Heymanns Verlag 1997), p. 110; J. VOGEL, *Juristische Methodik* (Berlin: De Gruyter 1998), p. 167, speaking of reversed distinguishing.

[96] K.J. VANDEVELDE, *Thinking Like a Lawyer* (Boulder: Westview Press, 2nd edn 2011), p. 302.

[97] K.J. VANDEVELDE, *Thinking Like a Lawyer* (Boulder: Westview Press, 2nd edn 2011), pp. 93 et seqq.; previously, K. LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht* (München: C.H. Beck 1996), p. 76, with reference to C.A. ALLEN, *Law in the Making* (Oxford: Clarendon, 7th edn 1964), p. 270, and UK Court of Appeal, *Re Hallett's Estate*, (1880) 13 *Ch. D. (Chancery Division)*, p. (696) at 712: 'The only use of authorities, or decided cases, is the establishment of some principle which the Judge can follow out in deciding the case before him.'



tain level of abstraction.[98] There is a need for a kind of systematic interpretation of the case law, which comprises not only the linear decision-making chains, but which also encompasses the entire material case law in case of doubt.[99] The general legal rule thus concretises the indefinite legal concept. It claims to be valid, and serves to deduce and justify subsumption.[100] The analogy, the combination of induction and deduction, can lead to a generally valid legal rule that goes beyond direct comparison with another case. Once this has been achieved, future cases can be solved more easily than before, because it is no longer necessary to justify the similarity, but only to prove that the new case falls under the general rule of law.

Here again, an illustrative example can be found of what falls under the undefined legal concept of damage. The Federal Court of Justice has consistently held that there is a pecuniary loss if a damaged motor vehicle cannot be used.[101] The loss of usability has been commercialised as pecuniary loss. For a fur coat damaged by a third party, there is no commercialised compensation for the loss of use.[102] Can an injured party claim damages if a swimming pool cannot be used? Using the comparative case method, the Federal Court of Justice (BGH) rejected a claim for damages due to the lack of possibility of using a private swimming pool[103] and separated this 'hobby' from the apartment, the house, the rental car or the failure of Internet access.[104] The Grand Senate restricted the claim due to the loss of the opportunity of use and, as a legal principle capable of generalisation, demanded economic goods of general, central importance for the standard of living, so that the self-economic standard of living is typically dependent on its constant availability.[105]

---

[98] W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. II (Tübingen: Mohr Siebeck 1975), p. 101 speaks of chains of precedents and of a 'choice between two lines of authority'.

[99] J. VOGEL, *Juristische Methodik* (Berlin: De Gruyter 1998), p. 164.

[100] J. VOGEL, *Juristische Methodik* (Berlin: De Gruyter 1998), p. 162. The same applies to Anglo-American law, K.J. VANDEVELDE, *Thinking Like a Lawyer* (Boulder: Westview Press, 2nd edn 2011), p. 127.

[101] BGH 30 September 1963, III ZR 137/62, 40 *BGHZ*, pp. (345) at 348 et seqq.

[102] BGH 12 February 1975, VIII ZR 131/73, 63 *BGHZ*, p. (393) at 398 – *Fur coat*.

[103] BGH 24 January 2013, III ZR 98/12, 196 *BGHZ*, p. 101 paras 9 et seqq. – *Internet access*.

[104] BGH 28 February 1980, VII ZR 183/79, 76 *BGHZ*, p. (179) at 187 – *Swimming pools*.

[105] BGH 9 July 1986, GSZ 1/86, 98 *BGHZ*, pp. (212) at 220 et seqq.



3.3. – Individual analogies or teleological reduction may well occur in the German State Examination in law, but many students are unable to reason these argumentative figures in greater detail.[106] Anglo-American lawyers work with precedents and form general legal principles as rules from large numbers of rulings. German law students are not very familiar with this method of substantiation, because they are more focused on interpreting the code. This also has to do with the fact that the previously prevailing view denied that judgments were a source of law under the civil law system because they did not exercise any binding effect on everyone.[107] Judgments are however in my view secondary sources of law,[108] which lead to an obligation to address the matter and to a subsidiary obligation to comply.[109] Prospective lawyers are much too infrequently taught how to work through a whole chain of decisions and summarise them to form generalisable rules. This could be the starting point for seminars and private study. Oral exams would also provide a suitable opportunity to develop legal-dogmatic questions and legal principles of individual legal areas on a case-by-case basis.

4. – 4.1. – More than sixty years ago, treaties created a separate legal system in Europe with a supranational effect. The law in Germany is increasingly influenced by European law, both directly and indirectly. This applies to the EC Treaty (today: TEU and TFEU) and to European fundamental rights, as well as to regulations and directives as secondary European Union law.[110] The German Civil Code (BGB) has been European-

---

[106] Tests in the State Examination could certainly focus more frequently on an unknown problem and not simply race ahead by testing for countless claims. This plea is addressed to the university lecturers, as it is generally they who set the tasks to be examined.

[107] K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin: Springer-Verlag, 6th edn 1991), p. 432; E. PICKER, 'Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung', *JZ* 1988, pp. 62 and 72 et seq.

[108] On this definition cf. T.M.J. MÖLLERS, 'Sekundäre Rechtsquellen', in J-H. Bauer-M. Kort-T.M.J. Möllers-B. Sandmann (eds), *Festschrift für Herbert Buchner* (München: C.H. Beck 2009), pp. 649 et seqq.

[109] In the same vein already F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Wien: Springer-Verlag, 2nd edn 1991), p. 510; F. BYDLINSKI, 'Richterrecht über Richterrecht', in C-W. Canaris-A. Heldrich (eds), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. 1 (München: C.H. Beck 2000), pp. 3 et seqq.; E.A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre* (Bern: Stämpfli Verlag/C.H. Beck/MANZ, 5th edn 2016), p. 258.

[110] In a speech in 1988, Jacques Delors, back then President of the European Commission, emphasised, that more than 50% of all national laws today originate from European law and in fact as many as 80% when it comes to economic law, cf. European Commission (ed.), *Bulletin of the European Communities*, nos. 7/8 (1988), p. 111.



ised through numerous consumer protection directives.[111] In accordance with Article 4 sentence 3 of the TEU, "the Member States shall take any appropriate measures […] to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union". The duty is referred to as the principle of loyal cooperation or as the duty of cooperation.[112] The national judge is always simultaneously a judge of the European Union.[113] The ECJ's words are clear on this subject: "In that context, it is for the national courts and tribunals and for the Court of Justice to ensure the full application of European Union law in all Member States and to ensure judicial protection of an individual's rights under that law."[114] If a court acts in violation of EU law, public liability for judicial injustice based on the claim of state liability under EU law is conceivable.[115]

4.2. – Lawyers therefore pay a price for European unification: The multi-level system of European law[116] necessitates a complex multi-level analysis. The hierarchy of law requires lower-ranking law to be disregarded. These considerations exist on the European level as well. In a chain of decisions, the ECJ invented uncodified principles to render European law more powerful and effective. The European treaties are higher-ranking than the law of the Member States, and under certain conditions take direct effect (principle of direct effect).[117] This applies to regulations and directives as well if they bind

---

[111] T.M.J. MÖLLERS, 'Europäische Richtlinien zum Bürgerlichen Recht', *JZ* 2002, pp. 121 et seqq.; M. SCHMIDT-KESSEL, 'Zahlungszeit (§§ 269 bis 271 BGB) und Verzug (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB)', in M. Gebauer-T. Wiedmann (eds), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss* (Stuttgart: Boorberg, 2nd edn 2010), pp. 143 et seqq.

[112] Article 4(3) sub-clause 1 of the TEU. R. STREINZ, in R. STREINZ (ed.), *EUV/AEUV Kommentar* (München: C.H. Beck, 2nd edn 2012), art. 4 EUV paras 30 et seqq.

[113] I. PERNICE, 'Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund', *EuR (Zeitschrift Europarecht)* 1996, p. (27) at 33; M. ZULEEG, 'Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration', *JZ* 1994, p. (1) at 2; T.M.J. MÖLLERS, *The Role Of Law in European Integration* (New York: Nova Science Publishers 2003), p. 82.

[114] ECJ 8 March 2011, Opinion 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, paras 66 et seqq.

[115] T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 12 paras 118 et seqq.

[116] 'Multilevel system', cf. O. REMIEN, 'Einheit, Mehrstufigkeit und Flexibilität im europäischen Privat– und Wirtschaftsrecht', 62 *RabelsZ* 1998, p. (627) at 630; I. PERNICE, 'Multilevel Constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?', 36 *Common Mkt. L. Rev. (Common Market Law Review)* 1999, pp. 703 et seqq.

[117] ECJ 5 February 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, *van Gend & Loos v. Netherlands Inland Reve-*



the State – the principle of vertical effect[118]. This is clarified by the *Quelle* ruling that examined consumer goods purchases:[119] In a first step, the legal practitioner encounters the national norm and has to ask if it has a connection with European Union law. Then, European law must be interpreted. Therefore, the Consumer Goods Directive must be interpreted. Thirdly, it may be necessary to interpret secondary law in the light of primary law. Fourthly, the national law (i.e. the German norms) must be examined. Is there a conflict, according to the findings from the first two steps, between national and European law and thus a precedence of application? Can the national law be interpreted against the wording in accordance with the directive? Fifthly, and finally, what happens if the interpretation is excessive and beyond the scope of the Directive?[120] Again, all of this is perfectly feasible if the national legislature makes the ECJ's stipulations a law as it has recently done in the *Tiles* Case with Section 439 of the Civil Code (BGB) new version.[121] Until then however, legal practitioners are on their own.

Then it becomes really difficult, and it now appears that a true solution of the case can no longer work without the relevant European interpretation concepts. The power of the primary European law, European fundamental rights and fundamental freedoms, as well as European regulations, remains unclear. The precedence of application forces the national provision to be ignored here. However, before a norm can be declared incompatible with the higher-ranking European law and deemed inapplicable due to the precedence of application, the national norm must be interpreted in conformity with primary law – even though the ECJ understands *interprétation* to mean not only interpretation but also as development of the law.[122] The boundary of permissible development of the

---

nue Administration, paras 7, 25 et seq; P. CRAIG-G. DE BÚRCA, *EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 6th edn 2015), pp. 185 et seq.; in detail, L. WOODS-P. WATSON-M. COSTA, *Steiner & Woods EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 13th edn 2017), pp. 114 et seqq.

[118] ECJ 4 December 1974, C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133, *van Duyn v. Home Office*, para. 12; ECJ 5 April 1979, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110, *Pubblico Ministero v. Ratti*, para. 21; ECJ 19 January 1982, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7, *Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt*; ECJ 12 July 1990, C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313, *Foster et al. v. British Gas plc.*, para. 20.

[119] For an overview T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 12 para. 102.

[120] T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter. 12 para. 90 with further references.

[121] Act […] amending Liability for Defects under Sales Law (*Gesetz* […] *zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung*) […] of 28 April 2017, *BGBl.* I *(Bundesgesetzblatt)*, pp. 969 et seq.

[122] ECJ 4 July 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, *Konstantinos Adeneler et al. v. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, paras 110 et seq. See also BGH 26 November 2008, VIII ZR 200/05, 179 *BGHZ*, p. 27 para. 21 – *Quelle*; U. BABUSIAUX, *Die richtlinienkonforme Auslegung im deutschen und französischen*



law that is in *conformity with primary law* remains unclear. European law may therefore oblige the user of the law to no longer apply certain elements of the law. One example is the claim for the reimbursement of unjustified subsidies under Article 48 of the Bavarian Administrative Procedure Act (*Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz*, BayVwVfG). Here the ECJ has "trimmed to size" the national standard to a large extent, since several factual criteria must be ignored at once. The provision of Article 48 BayVwVfG is not modified with regard to the limitation period under subsection 4. Also, the objections that the aid has already been used up (Article 48(2) sentences 1 and 2 BayVwVfG) or that the recipient is no longer enriched (Article 49a(2) BayVwfG) are superimposed by the European principle of *effet utile* and are therefore not applicable. [123]

In 2002, the German legislature integrated several European directives on consumer protection into the Civil Code. Because a word-identical translation was made only rarely, these regulations have led to numerous problems. After the ECJ had rejected a horizontal third-party effect of the directives, it also developed an obligation to *interpret national law in conformity with the directive* in accordance with the requirements of the European Directive. The terms vary in English. Besides the *principle of indirect effect,* [124] the terms *principle of harmonious interpretation* [125] or *principle of consistent interpretation* [126] are being used. Interpretation in conformity with the directive requires national law to be interpreted as far as possible in such a way as to achieve the objectives of the directive. This obligation covers *all national law*, not just the law transposing the directive. [127] Ultimately, great uncertainty prevails about when and where the *contra*

Zivilrecht (Baden-Baden: Nomos 2007), pp. 137 et seq; T.M.J. MÖLLERS, 'Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?', *EuR* 1998, p. (20) at 44; C-W. CANARIS, 'Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre', in H. Koziol-P. Rummel (eds), *Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift Bydlinski* (Wien: Springer-Verlag 2002), pp. 47 and 81.

[123] BVerwG 17 February 1993, 11 C 47/92, 92 *BVerwGE (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes)*, pp. 81 and 85 et seq. – *Recovery of unlawful aids*; BVerfG 17 February 2000, 2 BvR 1210/98, *NJW* 2000, p. (2015) at 2016 – *Alcan.*

[124] P. CRAIG-G. DE BÚRCA, *EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 6th edn 2015), p. 209; L. WOODS-P. WATSON-M. COSTA, *Steiner & Woods EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 13th edn 2017), p. 137.

[125] P. CRAIG-G. DE BÚRCA, *EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 6th edn 2015), p. 209.

[126] L. WOODS-P. WATSON-M. COSTA, *Steiner & Woods EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 13th edn 2017), p. 137; G. BETLEM, 'The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty', 22 *Oxford J. Leg. St. (Oxford Journal of Legal Studies)* 2002, p. 397.

[127] ECJ 10 April 1984, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, *von Colson and Kamann v. North-Rhine Westphalia*; ECJ 10 April 1984, C-79/83, ECLI:EU:C:1984:155, *Harz v. Deutsche Tradax GmbH*; ECJ 13 November 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Ali-*



legem boundary is reached. [128] It is not yet clear to what extent a development of the law in conformity with the law contrary to the wording of the law or the intention of the legislature is permissible. If the provision's wording is exceeded, this is development of the law under a German understanding and courts are obligated to a greater extent to reason that they are allowed to develop the law and do not rule *contra legem*. [129] In detail, an increasing number of German courts are tending to interpret the interpretation in conformity with the directive very broadly, and even affirm a development of the law in conformity with the directive contrary to the (unambiguous) wording. The *Quelle* ruling made it very clear that – contrary to Section 346(1) and (2) no. 1 in conjunction with Section 439(4) of the Civil Code – the consumer does not have to pay any compensation for use, but may return the used refrigerator to Quelle AG free of charge. [130] The *contra legem* limit must be complied with here, albeit the details are very much the subject of dispute. [131] Impermissible development of the law *contra legem* probably applies if a job applicant who has been discriminated against would like to base their claim to damages for pain and suffering in respect of rights of personality on Section 823(1) of the Civil Code, even without the employer being at fault. Since this would lead to an inconsistency with the principle of fault of tort law, this goes beyond the limits of admissible development of the law. [132]

4.3. – The greatest amount of catching up in legal training is still to be done in the field of European legal methodology. Hardly any students are trained to deal with the au-

---

mentacion SA, para. 8; ECJ 14 July 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, *Paola Faccini Dori v Recreb Srl*, para. 26; ECJ 4 July 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, *Konstantinos Adeneler et al. v. Ellinikos Organismos Galaktos*, paras 110 et seq.

[128] P. CRAIG-G. DE BÚRCA, *EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 6th edn 2015), p. 216: "It would be very difficult to predict the outcome of any litigation since the duty of harmonious interpretation demands that national courts consider all national law in deciding whether compatibility with the provisions of the directive can be attained."

[129] It would be worth considering whether a further principle, the judicial development of the law in conformity with the directive, should be introduced to the English language.

[130] BGH 26 November 2008, VIII ZR 200/05, 179 *BGHZ*, p. (27) at 36 – *Quelle*.

[131] In detail T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 12 paras 55 et seqq.

[132] BAG 5 March 1996, 1 AZR 590/92 (A), 82 *BAGE (Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts)*, p. (211) at 230 – *Kalanke*. Greater detail T.M.J. MÖLLERS, *The Role Of Law in European Integration* (New York: Nova Science Publishers 2003), pp. 82 et seq.



tonomous interpretation that is not only applicable for primary law, but for European law as a whole and therefore also for directives and regulations. European law must be interpreted autonomously – namely independently of the understanding of the national user. [133] If the ECJ demands that action be taken in terms of comparative law, [134] the universities still lack the work tools, such as the possibility to deal comprehensively with relevant databases for comparative work. [135]

5. – 5.1. – The boundaries of development of the law are essential for a liberal legal order. The initial considerations set out above serve as a foundation here. It must be ensured that judges do not abuse their power to make binding decisions against a party. Limitation of power in relation to the other powers and in relation to private parties is therefore the yardstick of permissible or impermissible development of the law. In detail, this means that the judge does not need to test whether a legal solution is the most appropriate, sensible or equitable. [136] They overstep the boundary of the development of the law by arrogating the engagement in positive social design. [137] They become legislating judges. The boundary of permissible development of the law is reached where the judge ignores and eliminates the clear basic concept of the legislature. [138] The concept of "judicial self-restraint" is derived from US law. [139] It means that the courts, in terms of judi-

[133] ECJ 27 January 2005, C-188/03, ECLI:EU:C:2005:59, *Irmtraud Junk v. Wolfgang Kühnel*, para. 29.

[134] BGH 13 November 2001, X ZR 134/00, 149 *BGHZ*, p. (165) at 173; ECJ 5 October 2004, C-397/01 *et al.*, ECLI:EU:C:2004:584, *Bernhard Pfeiffer et al. v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV.*, para. 114; ECJ 13 March 2008, C-383/06 *et al.*, ECLI:EU:C:2008:165, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening et al. v. Minister van Social Zaken en Werkgelegenheid and Algemene Directie voor de Arbeidsvoorziening*, para. 29 no. 7.

[135] In the same vein already M. LUTTER, 'Die Auslegung angeglichenen Rechts', *JZ* 1992, p. (593) at 604; T.M.J. MÖLLERS, *The Role of Law in European Integration* (New York: Nova Science Publishers 2003), pp. 83 et seq; H. KÖTZ, 'Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung', in A. Heldrich-K.J. Hopt (eds), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. 2 (München: C.H. Beck 2000), p. (825) at 831; B. GSELL, 'Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem', 214 *AcP* 2014, pp. (99) at 141 et seqq.

[136] Established case law, for instance BVerfG 17 December 1953, 1 BvR 323/51 *et al.*, 3 *BVerfGE*, p. (162) at 182; BVerfG 26 March 1980, 1 BvR 121/76, 1 BvR 122/76, 54 *BVerfGE*, p. (11) at 26.

[137] See the quote from B. RÜTHERS, 'Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte', *JZ* 2008, p. (446) at 448; E. PICKER, 'Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung', *JZ* 1988, p. (62) at 71: 'engaging in social engineering'.

[138] R. SCHOLZ, 'Der gesetzgebende Richter', *ZG (Zeitschrift für Gesetzgebung)* 2012, pp. 105 et seqq.

[139] US Supreme Court 6 January 1936, *United States v. Butler et al.*, 297 *U.S. (United States Reports)*, p.



cial self-restraint, exercise restraint in their rulings and thus allow the democratically legitimated legislature a margin of appreciation with regard to important political issues. [140] It is highly controversial whether provisions must be interpreted according to the legislature's intention or the current intention. This controversy exists worldwide – for example, in Germany [141] but also in the USA where the theory of the living constitution stands accused of neglecting the legislature's intention. [142] However, the judge must close gaps in the provisions, [143] so that the current understanding of the provision is determinant. The US Supreme Court stressed this in the decision on the recognition of same-sex marriage. [144] In Germany, however, the legislature solved the issue whether a same-sex partnership must be recognised as a marriage. [145] Eventually, decisions of the democratically legitimised parliament, rather than supreme court rulings, lead to the acceptance of a majority decision. [146]

There is considerable dispute as to when fundamental rights of third parties oppose development of the law: The Second Senate of the German Federal Constitutional Court denies any such relevance. [147] The First Senate already regards a development of the law

---

(1) at 79; highly descriptive A. COX, 'The role of the Supreme Court: Judicial activism or Self-Restraint', 47 *Md.L.Rev. (Maryland Law Review)* 1987, pp. 118 et seqq.; R.A. POSNER, 'The rise and fall of Judicial Self-Restraint', 100 *Calif.L.Rev. (California Law Review)* 2012, pp. 519 et seqq.

[140] BVerfG 31 July 1973, 2 BvF 1/73, 36 *BVerfGE*, pp. (1) at 14 et seq. and headnote 2 – *Basic Treaty*; G.F. SCHUPPERT, 'Self-restraints der Rechtsprechung', *DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt)* 1988, pp. 1191 et seqq.

[141] In greater detail for the so-called objective and subjective theory, T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 6 paras 60 et seqq.

[142] Critically F.H. EASTERBROOK, 'Some Tasks in Understanding Law Through the Lens of Public Choice', 12 *Int'l Rev. L. & Econ. (International Review of Law and Economics)* 1992, p. 284: '[T]he concept of "an" intent for a person is fictive and for an institution hilarious'.

[143] C.R. SUNSTEIN, 'Interpreting Statutes in the Regulatory State', 103 *Harv. L. Rev. (Harvard Law Review)* 1989, pp. (405) at 421 et seqq.

[144] US Supreme Court 26 June 2015, *Obergefell v. Hodges*, 135 *S.Ct. (Supreme Court Reporter)*, p. (2584) at 2602: 'The right to marry is fundamental as a matter of history and tradition, but rights come not from ancient sources alone. They rise, too, from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era.'

[145] Act introducing the right to marriage for same sex couples (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*) of 20 July 2017, *BGBl.* I, p. 2787.

[146] Far too often, political questions are presented to the Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court) for a ruling in Germany, critically W. BRUGGER, *Demokratie, Freiheit, Gleichheit.* (Berlin: Duncker & Humblot 2002), p. 153.

[147] BVerfG 15 January 2009, 2 BvR 2044/07, 122 *BVerfGE*, p. (248) at 286 – *Atrophy of remedies*: "The boundaries emerging from Article 20 para. 2 sentence 2 and para. 3 of the Basic Law for the judicial interpretation of non-constitutional law can therefore not be fundamentally narrower or broader depending on whether the respective interpretation positively or negatively impacts individuals concerned."



as impermissible if it impairs the legal situation of the citizen.[148] In consequence, the First Senate negated a right of information of an alleged father against the mother, based on a legal development of Section 242 of the Civil Code (BGB) because this would be a violation of the mother's right of personality. This can be disputed with good arguments – for instance, that the mother is not vulnerable.[149] Consequently, the Federal Constitutional Court should only exercise a constitutional review if the fundamental rights of the third party have been clearly and seriously violated.[150] Although the legislature did not wish to protect an absolute right of personality under Section 823(1) of the Civil Code when it was promulgated,[151] the Federal Court of Justice recognised such a right in a first step after the Second World War.[152] And although the claim for damages for pain and suffering was limited to the cases regulated by law (see Section 847 of the Civil Code (old version)), in a second step the Federal Court of Justice decided that a violation of this right can trigger a claim for damages for pain and suffering under private law and justified this with the right of personality under Article 2(1) and Article 1(1) of the Basic Law (GG).[153] The Federal Constitutional Court approved such interpretation in conformity with the Constitution (*verfassungskonforme Auslegung*)[154].

---

[148] BVerfG 24 February 2015, 1 BvR 472/14, 138 *BVerfGE*, p. 377 paras 42 et seqq. – *Right to information of the pretend father*.

[149] The judgment has been massively criticised in the legal literature, cf. M. SACHS, 'Staatsorganisationsrecht: Verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung', *JuS* 2015, p. (860) at 861; J. NEUNER, 'Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht', *JZ* 2016, p. (435) at 438.

[150] In greater detail T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 11 paras 80 et seqq.

[151] Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, vol. II (Berlin: J. Guttentag 1898), pp. 573 et seq. and 640 et seq; in contrast to sec. 704 (2) of the first draft of a Civil Code. RG (Reichsgericht) 7 November 1908, I 638/07, 69 *RGZ (Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen)*, p. (401) at 403 – *Nietzsche letters*: 'A general subjective personal right unknown to the current private law'; see instructively H. KÖTZ & G. WAGNER, *Deliktsrecht* (München: Verlag Franz Vahlen, 13th edn 2016), pp. 365 et seqq.

[152] BGH 25 May 1954, I ZR 211/53, 13 *BGHZ*, p. (334) at 338 – *Schacht letters*.

[153] BGH 14 February 1958, I ZR 151/56, 26 *BGHZ*, p. (349) at 354 – *Horse rider*; BGH 5 March 1963, VI ZR 55/62, 39 *BGHZ*, pp. (124) at 130 et seqq. – *TV announcer*.

[154] BVerfG 14 February 1973, 1 BvR 112/65, 34 *BVerfGE*, pp. (269) at 281 and 289 et seqq. – *Soraya*: "The legal figure of the general right of personality […] fills loopholes in the protection of personality which remain here despite the acknowledgement of individual rights of personality which had become increasingly tangible over time for a variety of reasons."; BVerfG 27 February 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, 120 *BVerfGE*, pp. (274) at 303 et seqq. – *Online searches*.



5.2. – If one accepts these cornerstones, arguments can easily be gathered from the areas set out above that are for and against the permissibility of the development of the law and can be examined in detail. The more arguments dispute development of the law, the more difficult it becomes to justify a permissible development of the law. If, for example, wording, system, legal history or purpose speak against development of the law, it will generally only be affirmed by way of exception in favour of a party whose fundamental rights have been violated (keywords: violation of rights of personality).[155] Compelling binding priority arguments, however, argue in favour of development of the law – such as the interpretation just mentioned that complies with primary law.[156] Section 239 of the Civil Code requires that the valid guarantor has a domestic place of jurisdiction, and the concept of the "country" is to be expanded to cover not only Germany but also all other Member States of the EU via further legal development in conformity with primary law.[157] Conversely, the serious encroachment of fundamental rights and the legitimate expectation of the citizen impose boundaries on the permissible development of the law. The principle of legality[158] and the principles regarding the retroactive effect of judgments[159] concretise this legitimate expectation.

5.3. – Certainly, the precise boundary of permissible development of the law is not always easy to identify. However, development of the law not only occurs when the wording boundary is overstepped but, in one view, actually on a daily basis as part of the substantiation of the law.[160] Thus, any kind of interpretation would be development of the law and a demarcation would be superfluous. The term 'development of the law' should therefore not be used for substantiation, since the lawyer remains within the

---

[155] See fn. 154.

[156] See D.II. above.

[157] In detail on this U. EHRICKE, 'Der "taugliche Bürge" gemäß §239 BGB auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts', *EWS (Europäisches Wirtschafts– und Steuerrecht)* 1994, pp. 259 et seqq.; OLG Koblenz (Oberlandesgericht Koblenz) 29 March 1995, 2 W 105/95, *RIW (Recht der Internationalen Wirtschaft)* 1995, p. 775 – *Austria*; OLG Hamburg (Oberlandesgericht Hamburg) 4 May 1995, 5 U 118/93, *NJW* 1995, p. (2859) at 2860 – *Sweden*.

[158] BVerfG 24 October 1996, 2 BvR 1851/94 *et al.*, 95 BVerfGE, p. (96) at 133 – *Border Wall Guards*.

[159] T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 3 paras 33 et seqq.

[160] In detail T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 13 paras 20 et seqq.



wording. Substantiation of the law takes place within the wording if the latter is as yet too undetermined. As an exception, the term 'development of the law' must be used for substantiation if the lawyer has to get creative [161] and develops new case groups, intermediate steps or legal principles. Development of the law is therefore possible within the wording limit. [162] The more complicated and less clear the legal situation is, the more comprehensively the lawyer will have to apply the whole canon of legal methods. And the more disputed, but also unexplored, the question is which must be adjudicated, the greater the required effort of justification is. The lawyer must learn to cope with the boundaries of permissible development of the law, as shown by the question of permissible development of the law in conformity with the directive or the development of the law in compliance with the primary law. The statements above made in Palandt alleging that the boundary between interpretation and development of the law does not really matter [163] would hardly sustain before the Federal Constitutional Court or the Court of Justice of the European Union given that they contradict the principles mentioned above on the constitutionally-secured obligation incumbent on judges to provide reasoning. [164] Since the standard commentary on the Civil Code lacks any methodical awareness, it deserves to be thought of as a bit of a "method lemon". For the reasons just mentioned, however, the boundaries of the permissible development of the law should be pointed out and practiced on cases during academic study at law school.

6. – The pluralism of methods mentioned above must be countered by presenting building blocks of a metamethodology, a methodology of legal methodology. [165] Thus, the rationality of legal justification can be significantly improved. Legal theory and reasoning are linked to legal history, legal sociology, legal theory, constitutional theory and legal dogmatics. Legal methodology ultimately aims at an equitable result, which is the

---

[161] In detail T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 14 paras 39 et seqq.

[162] On this broader definition of the further development of the law, cf. T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 13 paras 20 et seqq.

[163] See fn. 11 above. In latest edition, too, Grüneberg sticks to his view despite the criticism, see C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch* (München: C.H. Beck, 79th edn 2020), Einleitung paras 56 et seq.

[164] See A.III. above.

[165] T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 14 paras 85 et seqq.



objective of legal philosophy.[166] Gathering argumentative figures from all these subfields calls for discipline. A sequence of examination steps and a weighting of the arguments are helpful.

6.1 – The examination of legal cases can be rationalised with a six-stage examination sequence:

Step 1: Working with the facts must be the starting point of the examination, because only if the *facts* are complete can the legal solution be developed. Hermeneutics of the facts requires a wandering back and forth between the facts and the norm (*Hin– und Herwandern des Blickes*).[167]

Step 2: Trtaditionally, the judicial adjudication starts with Savigny's *canons of instruction* if the wording is at least determinable.[168] It appears natural to begin with the interpretation of the wording, because it can be assumed that the legislature uses the words in the sense in which they are commonly understood.[169] It is therefore the starting point of ascertaining the meaning.[170]

Step 3: Particularly if the four traditional interpretation concepts do not lead to a clear result, it is important to uncover, unravel, select and weight different goal and value flows.[171] This requires intermediate steps to *concretise* "open" norms.[172] The previous case law, for example, helps with its precedents and with the comparative case method.

Step 4: The hierarchic system taught us that *higher-ranking law* must be included in the examination and may take precedence where appropriate. This can confirm the ascertained results, but may also correct them. The Constitution and European law are the most important sources of law here.

---

[166] In detail T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 14 paras 65 et seqq.

[167] Cf. B above.

[168] On relevance and significance, cf. T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 4 paras 39 et seqq.

[169] Similar K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin: Springer-Verlag, 6th edn 1991), p. 320; in the same vein for Anglo-American legal circles N. MACCORMICK, 'Argumentation and Interpretation in Law', 6 *Ratio Juris* 1993, pp. 16 and 22.

[170] A. MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber* (Zürich: Juris-Verlag 1951), p. 42.

[171] A. GERN, 'Die Rangfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen', 80 *VerwArch (Verwaltungsarchiv)* 1989, pp. 415 and 419.

[172] T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 11 para. 25.



Step 5: This also leads us to a discussion of the *boundaries of the development of the law.* The legal solution aims to prevent any impermissible development of the law *contra legem*; this interpretation goal must therefore naturally come at the end of the examination. Development of the law *contra legem* is impermissible without exception; this boundary is absolute. [173]

Step 6: Precisely due to the possible abuse of legal methods, as the unjust regime of the Third Reich clearly demonstrated, it is necessary that the methodology prioritises accuracy and justice. [174] The test therefore culminates in a *verification of accuracy*. [175] The judge's ruling is subject to a "normative expectation of accuracy". [176] This goes hand in hand with the realisation that legal rulings cannot always be completely secured but can only be "flanked by a methodical frame". [177] This must be accepted if the ruling is being justified. [178] The more indefinite or unclear the norm applied for the solution or the concrete case is, the more elaborate the reasoning must be. The literature requires minimum standards of rational reasoning, as complete disclosure of the deduction of the final justification, the plausibility of the conclusion and compatibility with normatively secured preferences. [179] The sense of justice, the trained feeling for the law, also comes into play at this point. [180] Justice-related issues must be rationally secured with legal methodical

---

[173] B. SCHÜNEMANN, 'Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre', in G. Kohlmann (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, vol. I (Köln: Deubner Verlag 1983), p. (169) at 185, also presumes that there is a fourth stage of the creation of precedents *contra legem*, but does not explore this in detail.

[174] On this T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 14 paras 68 et seqq.; R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre* (München: C.H. Beck, 11th edn 2012), pp. 47 and 51, calls for the problem to be solved in as equitable a manner as possible when selecting the interpretation arguments.

[175] J. RÜCKERT-R. SEINECKE, 'Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall', in J. Rückert-R. Seinecke (eds), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (Baden-Baden: Nomos, 3rd edn 2017), paras 72 et seqq.

[176] Similar M. MORLOK, 'Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?', in G. Gabriel-R. Gröschner (eds), *Subsumtion* (Tübingen: Mohr Siebeck 2012), pp. 189 and 207 et seq.

[177] On the convincing ruling, which is however not the only possible ruling, cf. T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 1 paras 26 et seqq., as well as F. LAUDENKLOS-M. ROHLS-W. WOLF, 'Resümee', in J. Rückert-R. Seinecke (eds), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (Baden-Baden: Nomos, 3rd edn 2017), paras 1531 and 1549.

[178] See A.III. above. A. FISCHER-LESCANO-R. CHRISTENSEN, 'Auctoritatis Interpositio', 44 *STAAT* 2005, p. (213) at 224; in detail T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 1 paras 59 et seqq.

[179] M. HERDEGEN, 'Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin', *JZ* 2004, p. (873) at 877.

[180] On this U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten* (Tübingen: Mohr Siebeck 1998), p. 150.



dogma, and thus made "legally operational". [181] This leaves a grey area: value-based jurisprudence and other methodical approaches must ultimately acknowledge that, at the very end of examination, extra-legal measures of value must relied on in a residual area. [182] This allows a rebuttal of the reproach that a ruling would be handed down according to the preconception and that there was an uncontrolled plurality of methods. All examination steps must be checked at least mentally, but without necessarily having to put them to paper. Only such an overall consideration of the relevant arguments leads to a proper understanding of the norm. [183]

6.2. – Legal reasoning can ultimately be further rationalised through an attempt to weight the various argumentative figures. It is possible to distinguish between four different rules.

6.2.1. – Legal practitioners must always consider *binding priority rules*. Priority rules prevail in all cases of conflict and lead to a clear legal consequence; they are contingent on a specific result. The "one-right-answer thesis" then exceptionally applies; any contrary view would be incorrect and unjustifiable. A typical example of a imperative, inadmissable development of the law *contra legem* is the principle of legality – namely the limit of wording in criminal law on the basis of the legal principle of *nulla crimen sine lege scripta*. [184] An impermissible development of the law *contra legem* also exists if the development of the law would lead to a serious encroachment of the fundamental rights of the party affected. [185] Conversely, a binding priority rule can force the development of

[181] In the same vein J. ESSER, 'Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht', 172 *AcP* 1972, p. (97) at 113.

[182] F. LAUDENKLOS-M. ROHLS-W. WOLF, 'Resümee', in J. Rückert-R. Seinecke (eds), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (Baden-Baden: Nomos, 3rd edn 2017), paras 1531 and 1549.

[183] In the same vein prevalent view, amongst others: K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin: Springer-Verlag, 6th edn 1991), pp. 343 et seqq.; D. LOOSCHELDERS-W. ROTH, *Juristische Methodik in der Rechtsanwendung* (Berlin: Duncker & Humblot 1996), p. 193; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I (München: C.H. Beck, 2nd edn 1984), p. 126; BGH 30 June 1966, KZR 5/65, 46 *BGHZ*, p. (74) at 79 – *Price fixing of records*.

[184] Referred to as an absolute priority in R. ALEXY-R. DREIER, 'Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany', in N. MacCormick-R.S. Summers (eds), *Interpreting Statutes* (Farnham: Ashgate 1991), p. (73) at 95.

[185] BVerfG 11 October 1978, 1 BvR 84/74, 49 *BVerfGE*, p. (304) at 320 – *Expert witness liability*. See E.II. above.



the law. This is the case with development of the law by European law in conformity with primary law. It leads either to derogation – that is to disregard individual constituent elements – or to the direct precedence of application for primary European law which displaces national law in this respect. [186]

6.2.2. – Lawyers will discover that certain arguments are more substantial and lead to a presumptive effect. The *presumption rule* prima facie favours a specific legal solution. Strictly speaking, the fact that the wording of the provision reflects the legislature's intention favours the assumption. [187] In addition, the historical intent of the legislature should take precedence in case of doubt. [188] Finally, the interplay of wording, systematics and the intent of the legislature are of particular importance. These means of interpretation can be traced directly back to the norm setter, while other legal concepts – such as comparative law or empirical arguments – do not necessarily stem from the point of view of the norm setter. [189] Not be underestimated is the previous case law (i.e. precedents) which lead to a presumption effect. The subsidiary obligation to comply is part of the secondary sources of law. The background to this is the consideration of the equality of application of Article 3(1) of the Basic Law (GG). [190] An unchallenged precedent is the starting point, at least for the area of substantiation, which is often also the case in practice. [191] Strong indications also have impact-oriented considerations, such as avoiding inappropriate legal consequences, or the *argumentum ad absurdum*. Whoever wishes to deviate from the consensus or the prevailing opinion bears the burden of proof for

---

[186] See D.II. above.

[187] R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 7th edn 2012), pp. 305 et seq.; M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (München: C.H. Beck, 11th edn 2016), sec. 4 para. 74; F. REIMER, *Juristische Methodenlehre* (Baden-Baden: Nomos, 2nd edn 2020), para. 701.

[188] See R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1986), p. 305; H-J. KOCH-H. RÜßMANN, *Juristische Begründungslehre* (München: C.H. Beck 1982), pp. 176 et seqq.; M. WÜRDINGER, 'Das Ziel der Gesetzesauslegung – ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre', *JuS* 2016, p. (1) at 6.

[189] J.F. LINDNER, *Theorie der Grundrechtsdogmatik* (Tübingen: Mohr Siebeck 2005), p. 158.

[190] BVerfG 6 October 1981, 2 BvR 1290/80, 58 *BVerfGE*, p. (163) at 168 – *Prohibition of arbitrariness*; BVerfG 5 November 1985, 2 BvR 1434/83, 71 *BVerfGE*, pp. (122) at 135 et seq; F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Wien: Springer-Verlag, 2nd edn 1991), p. 81.

[191] J. BRAUN, *Deduktion und Invention* (Tübingen: Mohr Siebeck 2016), p. 263 speaks of a "starting point" for other rules than those of the interpretation of the law.



this.[192] Finally, the interpretation in compliance with the directive and the development of the law in compliance with the directive follow a presumption rule. They particularly do not lead to a compelling priority, though, given that the concepts are limited by boundaries of the national development of the law.[193]

6.2.3. – The person who wishes to rebut a presumption rule bears the burden of argumentation and a duty to substantiate. Foreign judgments are a simple example of such a *burden of argumentation rule*. In principle, foreign judgments are only a (mere) source of legal knowledge because the judgments do not have legal force in the domestic jurisdiction. If the legal practitioner wishes to change something, they bear the burden of argumentation for the proposed amendment.[194] Anyone who advocates deviating from a clear wording, and thus for development of the law, bears the burden of proof.[195] They must demonstrate that there is a gap. The closing of the gap must correspond to the values of the law. The subjective intent must be invalidated – for example, by a change in circumstances or inactivity of the legislature. It has been shown above that the teleological interpretation is more than a separate interpretation phase. It is the interpretation goal and, to that extent, basically the overarching step of judicial adjudication. It is momentous because it invalidates previous interpretive concepts if a different result can be justified more convincingly with the meaning and purpose of the norm. The burden of proof for the derivation of the telos is on the legal practitioner. If the legal practitioner succeeds in proving the telos, they can invalidate other arguments as formal arguments. Then, there are often counter-arguments of the same weight. This results in a relatively weak degree of persuasiveness of these arguments. It is therefore quite suitable to speak of purely formal arguments.[196] Even supposedly logical arguments can thus be deprived

---

[192] W. GAST, *Juristische Rhetorik* (Heidelberg: C.F. Müller, 5th edn 2015), paras 439 et seqq.; R. ALEXY-R. DREIER, 'Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany', in N. MacCormick-R.S. Summers (eds), *Interpreting Statutes* (Farnham: Ashgate 1991), p. (73) at 97.

[193] T.M.J. MÖLLERS, *Legal Methods* (München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2020), chapter 12 paras 76 et seqq. But different view C-W. CANARIS, 'Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methode', in H. Honsell-R. Zäch-F. Hasenböhler-F. Harrer-R. Rhinow (eds), *Privatrecht und Methode. Festschrift Kramer* (Basel: Helbing & Lichtenhahn 2004), pp. 141 and 145.

[194] J. BRAUN, *Deduktion und Invention* (Tübingen: Mohr Siebeck 2016), p. 169.

[195] M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (München: C.H. Beck, 11th edn 2016), sec. 4 para. 74.

[196] F.J. SÄCKER, in F.J. Säcker-R. Rixecker-H. Oetker-B. Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum*



of any power of persuasion if their reference value is incorrect. This applies, for instance, to the equal-ranking legal concepts of *a fortiori* conclusion and reverse conclusion (*argumentum e contrario*).[197] In summary, the opinion of a dominant position of legal scholars that there is no ranking of legal arguments[198] is not persuasive and incorrect in such a general manner.

6.2.4. – If there is no presumption rule, no rule of burden of argumentation or rules of precedence, the argumentation concepts are pure balancing requirements. Savigny's four interpretation concepts are justified and recognised worldwide. They are not to be rated abstractly higher or lower, but they have a different weight depending on the facts of the case and the norm. Thus it is not always possible to assign an argumentation concept to a certain rule in an abstract way. Thus the wording argument may be strong if the formulation is clear – i.e. if the facts form part of the conceptual core of the constituent element – but weak if it is vague and indefinite. Then only simple comparative sentences apply in the sense of a 'the more ... the better'. The wording argument may be more convincing on one occasion and the teleological argument more convincing on another. Thus, a distinction can be made between the abstract and the concrete weighting of an argument in individual cases. This was presented in the context of balancing legal principles.[199]

6.3. – Hassemer and Kübler wrote almost thirty years ago: "The learning goal does not exhaust in knowledge; the goal must be to instil skills. Good lawyers survey not only

---

Bürgerlichen Gesetzbuch (München: C.H. Beck, 8th edn 2018), Einleitung para. 115: 'formal arguments'; similar N. MACCORMICK, 'Argumentation and Interpretation in Law', 6 *Ratio Juris* 1993, p. (16) at 22: 'formalistic'or 'legalistic'.

[197] The decisive point is which regulatory purpose is fundamental to the norm, see above C.I.

[198] See M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* (Berlin: Duncker & Humblot, 2nd edn 1976), pp. 85 et seqq.; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken* (D. Otto-T. Würtenberger (eds); Stuttgart: Kohlhammer, 11th edn 2010), pp. 146 et seqq.; F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Wien: Springer-Verlag, 2nd edn 1991), pp. 553 et seqq.; M. SACHS, in M. Sachs (ed.), *Grundgesetz* (München: C.H. Beck, 8th edn 2018), Einführung para. 39; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 2nd edn 1972), p. 123; W. HASSEMER, 'Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik', 39 *RT* 2008, pp. (1) at 8 et seq. and 12 et seq.

[199] S. VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (Tübingen: Mohr Siebeck 2001) distinguishes the ranking among the individual interpretation criteria and the interpretation criteria in the case of conflict.



their own field; they can handle it, move within it; they can "think (and act) legally" […]. Legal thinking does not only require knowledge of a legal-dogmatic institution or of a practical legal institution (from the inside). It is necessary to view them in their historical, theoretical and real conditions (from the outside), to relativise them and to place them into broader contexts."[200] Everyday life in the legal profession is certainly characterised by routine work. The demanding legal work, however, also includes a need to provide answers to unknown questions related to interpersonal life that may arise in areas such as politics and business. Arguments and interests have to be weighed up and disputes discussed. Legal methodology is more than legal work or case technique; it penetrates into ever-deeper layers if the law does not provide (simple) answers. Trusting the legal methodology, a relative certainty can be gained in solving unknown cases,[201] in an ideal case weighed, well-founded, persuasive and satisfactory for all concerned. With its claim to rationality,[202] legal methodology creates trust in the legal ruling and thereby serves the three legal ideas of expediency, legal certainty and justice.[203]

---

[200] Translated from thte original German. W. HASSEMER-F. KÜBLER, 'Welche Maßnahmen empfehlen sich zur Verkürzung und Straffung der Juristenausbildung?', in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (ed.), *Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages* (München: C.H. Beck 1990), pp. E 88 et seq. with further references.

[201] K.F. RÖHL-H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre* (Köln: Carl Heymanns Verlag, 3rd edn 2008), p. 609; similar H. KÖTZ, 'Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik', 54 *RabelsZ* 1990, p. (203) at 215: 'whereby legal training should actually be about enabling young people to feel at ease in a situation of legal uncertainty'.

[202] On the objectivisation, systematisation and control function of legal methodology, see A.III. above.

[203] Or in the words of D. Simon: Knowing of methodical dogma may make the law 'heavier, but also more beautiful because it becomes more honest and – should it largely rest in the distant future on the informal compulsion of the better arguments – more convincing and therefore more just'D. SIMON, 'Recht als Rhetorik – Rhetorik als Recht', in D. Grimm-A. Kemmerer-C. Möllers (eds), *Gerüchte vom Recht* (Baden-Baden: Nomos 2015), pp. 201 and 225.

JUS CIVILE



ANGELA LA SPINA

Professore associato di Diritto privato – Università di Messina

PRELAZIONE EREDITARIA E RETRATTO SUCCESSORIO TRA FUNZIONE RIAGGREGATIVA DI ASSETTI PROPRIETARI E DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI [*]

SOMMARIO*: 1. Evoluzione storica e coerenza sistematica. – 2. Natura e struttura dei diritti attribuiti al coerede. – 2.1. Segue. Il diritto di prelazione. – 2.2. Segue. Il diritto di riscatto. – 3. Fondamento assiologico e funzione riaggregativa di assetti proprietari. Rilevanza privatistica degli interessi protetti. – 4. Carattere disponibile dei diritti di prelazione e riscatto e loro rinunciabilità. – 4.1. Segue. Cogenza dell'art. 732 cod. civ. e nullità degli atti di autonomia volti a inibire l'attribuzione dei diritti di prelazione e riscatto. – 5. La trasmissione dei diritti di prelazione ereditaria e retratto successorio.*

1. – La prelazione ereditaria e il retratto successorio, disciplinati all'art. 732, hanno seguito l'andamento ondivago che ha caratterizzato l'evoluzione degli istituti della prelazione legale e del riscatto, dapprima valorizzati dalla legislazione medievale, successivamente fortemente osteggiati dalle legislazioni di matrice liberale e, infine, recuperati con rinnovata funzione dagli ordinamenti moderni e contemporanei.

L'istituto della prelazione legale, e quello correlato del riscatto, hanno trovato la massima espansione nel diritto medievale e comune ove venivano utilizzati in funzione protettiva della proprietà, a scapito della libera circolazione della ricchezza, al fine di garantire la conservazione dell'integrità dei patrimoni all'interno soprattutto del gruppo familiare inteso in senso ampio [1]. La rivoluzione francese e l'illuminismo determinarono ine-

[*] Il presente contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca internazionale promosso dall'*Universidad de Cadiz* (Spagna) e finanziato dal *Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades,* sul tema "*Los derechos de adquisición y de preferencia*" (PGC2018-094243-B-C22).

[1] Sul tema vedi P. Gallo, *Prelazione*, in *Dig. disc. priv*., *sez. civ*., XIV, Utet, Torino, 1996, p. 168 ss. il quale evidenzia come in quell'epoca fiorì, oltre alla prelazione *iure sanguinis* e *iure contiguitatis*, anche la prelazione *ius civitatis* volta anch'essa a favorire le alienazioni all'interno di un contesto limitato con esclusione di estranei più difficilmente raggiungibili e coercibili.



vitabilmente il loro accantonamento in quanto istituti ritenuti inaccettabilmente limitativi del promosso sviluppo dell'autonomia privata, irrinunciabile strumento di libertà, e, quindi, retaggio di un sistema ormai superato.

Il tramonto degli istituti in discorso è stato tuttavia solo temporaneo in quanto essi trovano rinnovato vigore applicativo nei codici moderni e nella legislazione extracodicistica successiva [2]. Tuttavia, l'unica forma di prelazione che sopravvive con le caratteristiche proprie dell'istituto storico è proprio quella successoria, in quanto conserva il tradizionale legame funzionale con la proprietà che la differenza dalle più moderne prelazioni (volte a conservare la compagine patrimoniale in materia societaria o a garantire una certa direzione alla circolazione della ricchezza in materia agraria o locatizia) protese piuttosto a promuovere l'attività d'impresa e a tutelare il lavoro [3]. La differenza che intercorre tra le due diverse tipologie di prelazione, riassunta nella distinzione tra prelazioni c.d. proprie, tra le quali rientrerebbe appunto quella successoria, e prelazioni c.d. improprie si coglie sul piano assiologico. Mentre infatti le prelazioni c.d. improprie comportano una contrazione della tutela delle ragioni proprietarie del disponente al fine di garantire, attraverso la tutela della proprietà del prelazionario, anche la promozione dell'attività d'impresa e la protezione del lavoro, le prelazioni c.d. proprie operano un bilanciamento tra contrapposti interessi, in capo al prelazionario e al disponente, tutti attinenti alle ragioni proprietarie. Da ciò discende il tratto caratterizzante delle prelazioni c.d. proprie, e quindi di quella successoria: la tutela accordata alle ragioni proprietarie del prelazionario non incide negativamente sulla sfera giuridico-patrimoniale del disponente non compromettendo né la sua libertà di determinarsi in ordine alla scelta di alienare, restando egli libero di scegliere se e quando farlo, né il risultato economico dell'operazione, avendo egli diritto al rispetto da parte del prelazionario delle condizioni offerte e/o accettate dal terzo.

Invero il connotato essenziale della prelazione c.d. propria è, infatti, specificamente,

---

[2] Il codice napoleonico del 1804 prevedeva già numerose ipotesi di prelazione; la codificazione italiana del 1865 manifestava, invece, una persistente avversione per l'istituto che venne recuperato dal codice del 1942 e dalla legislazione extracodicistica successiva; anche in Germania la prelazione, utilizzata già nel BGB, trova rinnovata attualità nella legislazione c.d. speciale. Cfr. G.A.M. Trimarchi, *Prelazione e retratto successorio*, in *Not.*, 1998, p. 333 ss.

[3] Cfr. L.V. Moscarini, *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 981 ss., spec. 984 e 986 ove l'Autore evidenzia la differenza sostanziale che intercorre tra le prelazioni di vecchio tipo (per esempio il retratto successorio, il retratto feudale, la prelazione enfiteutica), delle quali appunto sopravvive nella legislazione contemporanea solo il retratto successorio, e le prelazioni di nuova generazione (in materia societaria, agraria e locatizia), sottolineando che la diversa direzione assiologica naturalmente comporta un differente modo di operare il bilanciamento tra gli interessi in conflitto.



la parità di condizioni che presuppone a sua volta non solo un'alienazione a titolo oneroso, ma anche una controprestazione fungibile, il che garantisce all'alienante, nonostante la compressione della sua autonomia negoziale in ordine alla scelta dell'altro contraente, il pieno soddisfacimento dell'interesse programmato con l'atto di disposizione. Al riguardo non può sottacersi che la prelazione determini una limitazione dell'autodeterminazione del proprietario nonché talune conseguenze negative sulla complessiva gestione dell'operazione. Al di là dell'eventuale interesse, anche non economico, a stipulare il contratto con un soggetto diverso dal prelazionario, la prelazione provoca sicuramente un aumento dei costi transattivi conseguenti alla inevitabile dilatazione del procedimento di conclusione del contratto in conseguenza dell'obbligo di *denuntiatio* e della decorrenza del termine per l'esercizio del diritto [4]. D'altro canto va considerato che la possibilità che la prelazione verrà esercitata rischia di falsare le trattative, ma stavolta a vantaggio dell'alienante, in quanto il terzo potrebbe perdere interesse a una faticosa negoziazione che porti a condizioni a lui più vantaggiose sapendo che il suo lavoro potrebbe rivolgersi a vantaggio del prelazionario, sul quale non grava nessun onere di rimborso. Invero a differenza delle prelazioni c.d. improprie, in cui al prelazionario è garantita una tutela rafforzata da vantaggi ulteriori rispetto alla preferenza accordatagli [5], nella prelazione c.d. propria e, per quello che ci occupa, in quella successoria, sul piano squisitamente economico le ragioni della proprietà trovano piena tutela con riguardo agli interessi di tutti i soggetti coinvolti. Peraltro in considerazione del fatto che la prelazione spesso, e così è senz'altro in quella successoria, favorisce "la ricompattazione di forme di appartenenza disaggregate" [6], certamente funzionale a una più snella circolazione, non può dubitarsi circa l'utilità attuale dell'istituto, specie in quelle ipotesi in cui, come nella

[4] Cfr. GALLO, *Prelazione*, cit., p. 170.

[5] Cfr. MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 984 il quale evidenzia come nelle prelazioni c.d. proprie la preferenza è accordata al soggetto prelazionario in funzione di tutela della proprietà e il valore col quale la sua posizione confligge attiene anch'esso alla proprietà, sicché ponendosi i due valori in conflitto su un piano assolutamente omogeneo non si giustificherebbe una tutela del prelazionario ulteriore rispetto al semplice diritto a essere preferito rigorosamente a parità di condizioni. Nei casi di prelazione c.d. impropria, viceversa, "la prelazione è accordata, contro le ragioni della proprietà dell'alienante e dell'acquirente, in funzione di tutela del diverso valore dell'impresa" o del lavoro, e ciò giustifica, "anche alla luce di ben noti principi costituzionali", non solo la preferenza accordata al soggetto portatore di quei valori, "ma anche ... il parziale sacrificio della proprietà a favore dell'impresa" mediante il riconoscimento al medesimo soggetto di ulteriori vantaggi diretti e indiretti, che comportando una più incisiva limitazione dell'autonomina contrattuale del disponente.

[6] Cfr. GALLO, *Prelazione*, cit., p. 170 s. il quale, premesso che "Sarebbe sicuramente eccessivo" bollare "in termini del tutto negativi l'istituto della prelazione", avverte come proprio quando si è in presenza di "situazioni proprietarie disaggregate ... l'obbligo di preferire assolve una funzione positiva".



prelazione ereditaria, l'operazione di bilanciamento di interessi operata dal legislatore prescinde dalla tutela di interessi valutati come socialmente prevalenti e, come tali, maggiormente sottoposti al fisiologico mutare degli equilibri prescelti dai sistemi giuridico-sociali nel corso della loro evoluzione.

Per tali ragioni la prelazione successoria, nonostante sia l'unica figura di prelazione legale giunta dal passato conservando sostanzialmente l'assetto originario, sia pur presentando un impianto operativo più completo e complesso sul quale ci si soffermerà nel prosieguo [7], permane nell'attuale sistema con una funzione capace di adeguarsi al modificato quadro di valori e, quindi, rimane un istituto contemporaneo [8] che, nonostante possa apparire anacronistico e addirittura non coerente con gli scopi perseguiti dal legislatore [9], non pare in via di superamento, come dimostrano i più recenti progetti di riforma che, pur prevedendo modifiche, anche sostanziali, del diritto successorio, non ritengono di incidere sull'art. 732 cod. civ.

Particolarmente eloquente si manifesta il silenzio tenuto sul punto dal legislatore

---

[7] Il retratto successorio, nato nel diritto medievale francese, non era accompagnato dal preventivo diritto di prelazione e nella stessa formulazione fu accolto in alcuni codici preunitari. Il codice civile del 1865, in ossequio al principio della libertà contrattuale, abolì il retratto successorio; successivamente il codice civile del 1942 non solo ha ripristinato l'istituto ma, come sarà più puntualmente evidenziato nel prosieguo, lo ha perfezionato attribuendo al coerede un diritto di prelazione a cui il tradizionale retratto viene collegato al fine di rendere pienamente effettiva la tutela accordata. Sull'evoluzione storica del retratto successorio vedi P. VITUCCI, *Sul fondamento della prelazione successoria*, in G. BENEDETTI-L.V. MOSCARINI (a cura di), *Prelazione e retratto,* Giuffrè, Milano, 1988, p. 45 ss. il quale non manca di evidenziare come il tema della libertà di disposizione, che aveva supportato la cancellazione della figura, torna nelle critiche al progetto di riforma del nuovo codice, ma non trova "una maggioranza disposta a battersi per la libera disposizione della quota ereditaria" incontrando viceversa l'idea, che emerge inequivocabilmente nella relazione del Presidente Biscaro (*ibidem* p. 48 e ivi *sub* nota 6), che fosse anzi troppo assoluto un diritto dell'erede di disporre liberamente e irrevocabilmente, ritenendosi maggiormente opportuno evitare che nei rapporti tra i coeredi si intromettessero estranei portati all'intransigenza da intenti speculativi. Cfr. anche A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, XII, t. 5, Utet, Torino, 1980, p. 50 ss.

[8] L'istituto, già parso anacronistico immediatamente dopo la sua riproposizione nel codice del 1942, in quanto appartenente a un sistema economico già allora non più attuale, veniva viceversa rivalutato da attenta dottrina che ne coglieva le potenzialità di adattamento assiologico-funzionale. Cfr. U. MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 430 ss.

[9] Parte della dottrina dubita circa la persistenza di una giustificazione della permanenza dell'istituto (cfr. F. VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, in *Comm. Gabrielli*, V. CUFFARO-F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, t. 3, Utet, Torino, 2010, p. 153) in un sistema nel quale il legislatore dimostra sfavore per i vincoli di natura reale posti alla libera circolazione dei beni e utilizza l'istituto della prelazione legale essenzialmente al fine di accordare tutela a interessi generali a scapito dell'interesse individuale del proprietario alienante, mentre l'interesse tutelato dalla prelazione ereditaria è un interesse individuale. In questo senso anche N. ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, in *Trattato breve delle successioni e delle donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, II, 2° ed., Cedam, Milano, 2010, p. 193.



nell'ultimo progetto di riforma, attualmente allo studio del Senato, e riguardante l'intero codice civile [10]; dal testo, che prevede accanto al (sia pur non assoluto) superamento del divieto di patti successori e alla incisiva attenuazione della tutela dei legittimari, anche la possibilità di stipulare accordi in vista di matrimoni e unioni civili [11], emerge la sicura prospettiva di promuovere la circolazione della ricchezza libera da vincoli correlati al gruppo familiare come tradizionalmente inteso. In questo contesto se l'istituto della prelazione ereditaria fosse stato ritenuto, come l'enfasi illuministica ha sottolineato, un intollerabile limite alla libertà contrattuale e anacronisticamente funzionale alla tutela del gruppo familiare, come pure è stato sostenuto [12], naturalmente, l'intervento riformatore avrebbe dovuto espungerlo dal sistema. La sua conservazione prova quindi, ancora una volta, che il fondamento assiologico dell'istituto, su cui ci si soffermerà nel prosieguo, risiede in interessi altri e diversi da quelli della famiglia intesa in senso superindividuale e, sul piano sistematico, che esso nell'attuale sistema, lungi dall'ostacolarla, concorre a promuove la più agile e proficua circolazione dei beni [13]. D'altro canto, l'istituto, nel fa-

---

[10] Cfr. da ultimo il DDL S. 1151 (Delega al Governo per la revisione del codice civile), in corso di esame al Senato e consultabile in *http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/51488.htm*, che prevede incisive modifiche di istituti peculiari del nostro diritto successorio e tuttavia ritenuti anacronistici e distonici rispetto agli altri ordinamenti europei e, in particolare: la trasformazione della quota riservata ai legittimari dagli articoli 536 ss. cod. civ. in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, convertendo così in obbligatoria, sia pur garantita da privilegio, la tutela reale in atto assicurata ai legittimari; la significativa attenuazione del divieto di patti successori mediante l'eliminazione del divieto di patti successori rinunciativi (facendo però salva l'inderogabilità della quota di riserva), e l'introduzione della possibilità di concludere anche patti successori istitutivi (pur se limitatamente alla devoluzione di beni del patrimonio ereditario specificamente individuati e in favore di successori indicati). Nulla si prevede in ordine alla prelazione ereditaria che dunque rimarrebbe intonsa anche dopo tale importante e integrale intervento riformatore.

[11] Cfr. L. BALESTRA-V. CUFFARO-C. SCOGNAMIGLIO-G.R. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur*., 2019, p. 589 ss.

[12] Autorevole dottrina ha infatti ribadito, ritenendo di trovarne conferma nella relazione di accompagnamento al codice del 1942, che l'istituto del retratto successorio, pur modificato nel suo meccanismo operativo, conservasse la medesima *ratio* a esso originariamente sottesa, da individuarsi "nell'interesse degli altri condividendi di allontanare un estraneo che, in virtù dell'acquisto della quota, s'intrometterebbe nei segreti familiari al posto dell'erede alienante": G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Jovene, Napoli, 1990, p. 695. Nello stesso senso A. DE CUPIS, *Sul fondamento giustificativo della prelazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ*., 1986, p. 327 ss. che individua il fondamento assiologico dell'istituto nella "coesione del gruppo familiare" che si converte, nelle ipotesi in cui i coeredi non siano parenti, in un "vincolo morale di solidarietà tra i partecipanti alla comunione ereditaria" tra i quali, ancorché "non stretti da un legame familiare", deve ritenersi esistere "un rapporto affettivo, di natura morale, basato sulla comune gratitudine per la liberalità attuata dal testatore, sul rispetto per la volontà e la memoria di questo". Attribuisce rilievo al gruppo familiare, sia pur nella prospettiva di conservazione della consistenza quantitativa delle forme di appartenenza, MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 984.

[13] Come evidenziato in dottrina, il retratto successorio entra nel codice del 1942 con una funzione diver-



vorire la ricompattazione di forme di appartenenza disaggregate, pare assolutamente coerente con la tendenza legislativa al progressivo superamento del divieto di patti successori, la cui prima tappa è segnata proprio dall'introduzione nel sistema della vistosa deroga al divieto rappresentata dal patto di famiglia, specificamente volto a contrastare la disgregazione dei beni produttivi nel passaggio generazionale [14]; invero rispetto al patto di famiglia il retratto successorio si pone in una logica speculare in quanto garantisce, in funzione di tutela della proprietà, la riaggregazione delle forme di appartenenza disgregate nel passaggio generazionale, e il patto di famiglia evita, in funzione di tutela dell'impresa, che il passaggio generazionale comporti la disgregazione dei beni produttivi.

Occorre allora indagare, alla luce del sistema di valori nel quale l'istituto si trova oggi a operare, in che termini va ricostruita la sua funzione assiologica al fine di verificare se le posizioni assunte, talvolta tralaticiamente dalla giurisprudenza, risultino coerenti con l'evoluzione del sistema e contribuire alla soluzione ermeneutica delle questioni interpretative da ritenersi ancora aperte.

2. – Il legislatore del 1942 non si limita a reintrodurre l'istituto del retratto successorio nel sistema, ma interviene sullo stesso arricchendone la struttura e completandone la disciplina in modo da adattare la tutela, dallo stesso garantita, al complesso di interessi che ne è destinatario [15]. Nel suo precedente impianto, infatti, mancava qualsiasi riferimento al diritto di prelazione e veniva conferito ai coeredi il potere incondizionato di esercitare, fino al momento della divisione dell'eredità, il retratto nei confronti del terzo acquirente di una quota ereditaria (o di parte di essa) e, così, di ottenere l'automatico trasferimento della quota riscattata con effetto retroattivo al momento dell'alienazione da parte del coerede.

---

sa da quella assegnatagli dalla legislazione precedente. L'interesse protetto, infatti, "non è più quello del gruppo familiare, ma piuttosto quello individuale dei singoli eredi ad acquistare e a giungere nel modo più rapido allo scioglimento delle comunioni", pertanto l'istituto è volto a comporre un conflitto tra interessi, entrambi individuali, di pari grado. In tal senso M. NUZZO, *La prelazione successoria tra storia e dogma*, in BENEDETTI-MOSCARINI (a cura di), *Prelazione e retratto,* cit., p. 62.

[14] La dottrina è unanime nel ritenere che il patto di famiglia sia stato "introdotto dal legislatore al fine di consentire il trapasso generazionale dell'attività d'impresa, preservando il patrimonio funzionale allo scopo dal pericolo di disgregazione": L. ROSSI CARLEO, *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?*, in *Not.*, 2008, p. 434 ss., spec. 439.

[15] Cfr. M.L. LOI, *Retratto (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 25 ss. la quale evidenzia come la rinnovata struttura dell'istituto manifesta la modifica di funzione assegnata al medesimo e valuta la disciplina così articolata "sostanzialmente completa, e tendenzialmente corretta sul piano tecnico" (*ibidem*, 31). Nello stesso senso G. BONILINI, *Retratto successorio*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XVII, Utet, Torino, 1998, p. 425.



Il retratto successorio, temperato nella sua rigidità dalla legislazione di molti Paesi [16], mantiene viceversa la morfologia originaria in alcuni ordinamenti, tra cui quello spagnolo nel quale l'art. 1067 del *Codigo civil* [17] si limita a disporre a favore dei coeredi il diritto di surrogarsi all'acquirente nell'ipotesi in cui uno degli altri abbia ceduto, prima della divisione, il proprio diritto ereditario a un estraneo, salvo l'obbligo di rimborsargli il prezzo di acquisto. Così congegnato l'istituto non consente al coerede di impedire la stipulazione del contratto di trasferimento con il terzo, ma gli permette di intervenire solo in un momento successivo, sul trasferimento già eseguito, surrogandosi all'*accipiens*. È evidente che così articolato lo strumento rischia di ostacolare la circolazione dei diritti successori, in quanto espone l'acquisto eventualmente compiuto dal terzo al rischio di essere travolto dal retratto del coerede che sarebbe inevitabile in via preventiva e, quindi, in qualche misura imprevedibile.

Invero la prelazione costituisce un presupposto implicito del retratto [18], tuttavia nelle suddette ipotesi in cui ne manchi del tutto la previsione espressa, la prelazione, che sarebbe di per sé idonea a realizzare l'interesse protetto, rimane priva di regolamentazione con riguardo proprio alla sua fase fisiologica, così vanificando la sua funzione propria che è quella di operare un adeguato bilanciamento tra gli interessi proprietari dei coeredi, evitando il ricorso al più incisivo riscatto che coinvolge anche gli interessi del terzo estraneo alla comunione ereditaria [19].

---

[16] In particolare, in Francia, in Germania e in U.S.A. si registra un generale sfavore per il meccanismo del retratto con efficacia reale e si prevedono per lo più congegni atti ad assicurare al coerede una tutela di tipo preventivo che, similmente a quanto avviene nel codice civile italiano, tenda a evitare l'acquisto del terzo piuttosto che a travolgerlo una volta compiuto. Cfr. ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 190 s.

[17] Ai sensi dell'art. 1067 del Codigo civil "*Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber*".

[18] Cfr. MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 983.

[19] La norma dell'ordinamento spagnolo si conclude disponendo che l'azione deve essere esercitata entro il termine di un mese, a partire dalla data in cui il ritraente ha avuto conoscenza della vendita. Tale disposizione, che nella sua sintassi fa inequivocabilmente riferimento a una vendita già conclusa, è stata utilizzata dalla dottrina per operare un più equilibrato bilanciamento degli interessi in conflitto, nell'intento di garantire maggiore certezza alla circolazione dei beni di provenienza successoria; da essa infatti si è ritenuto di poter trarre, mediante un'evidente forzatura del dato testuale, un obbligo del coerede che intenda alienare il suo diritto di informare gli altri di tale intenzione e delle condizioni del trasferimento, e dal momento di tale comunicazione decorrerebbe il prescritto termine decadenziale. Sotto gli altri profili, cui ci soffermerà nel prosieguo, relativi alla legittimazione attiva e passiva, al tipo di trasferimento operato dal coerede, all'oggetto dell'alienazione, la dottrina e la giurisprudenza spagnole adottano soluzioni non dissimili a



L'art. 732 cod. civ. antepone espressamente al diritto di riscatto, il diritto di prelazione al quale il primo viene destinato a garantire effettività. In particolare la disposizione pone a carico del coerede, che si determini nell'esercizio della sua autonomia contrattuale ad alienare la propria quota o parte di essa, il preciso obbligo di informare gli altri coeredi perché possano manifestare, entro il termine decadenziale di due mesi, l'eventuale volontà di essere preferiti a terzi nell'acquisto. Solo la violazione di tale obbligo e il conseguente trasferimento al terzo, senza che sia stata data al coerede la possibilità di esprimere la sua eventuale volontà di acquisto, fa sorgere in capo a questi il diritto di riscatto da esercitarsi nei confronti del terzo acquirente.

Il diritto di prelazione e il diritto di riscatto costituisco, quindi, due strumenti autonomi, aventi natura [20] contenuto e soggetti passivi diversi, ma collegati, in quanto entrambi funzionalmente preposti a garantire, mediante congegni differenti che intervengono in circostanze diverse, la tutela dell'interesse dei coeredi a essere preferiti a terzi estranei per l'eventuale acquisto delle altre quote ereditarie [21]. A ben vedere, infatti, l'interesse

---

quelle cui pervengono gli interpreti italiani. Cfr. Per tutti Á. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *El retracto de coherederos del art. 1067 del Codigo Civil*, in *Revista Actualidad Civil*, 2013, p. 4 ss.

[20] Com'è stato rilevato in dottrina "Il diritto di prelazione è un diritto di priorità a carattere personale, il diritto di riscatto è un diritto di priorità assoluta a carattere reale": P. GIULIANI, *Il retratto successorio*, in *Riv. not*., 1960, III, p. 573.

[21] Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che non si tratti, com'è stato anche autorevolmente sostenuto, di un unico meccanismo complesso di tutela articolato in due fasi (una precedente e una successiva al perfezionamento del contratto di alienazione con il terzo) (Cfr. NUZZO, *La prelazione successoria tra storia e dogma*, cit., p. 75), ma proprio di due diritti autonomi tra loro, collegati dal comune fondamento assiologico. Cfr. in dottrina, per tutti, MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 985; P. FORCHIELLI-F. ANGELONI, *Della divisione, artt. 713-768*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1978, p. 169; BONILINI, *Retratto successorio*, cit., p. 425. In giurisprudenza confermano che l'art. 732 cod. civ. attribuisce ai partecipanti a una comunione ereditaria due distinti diritti, *ex multis*, da ultimo, Trib. S.Maria Capua V., sez. IV – 26 luglio, 2017, n. 2415, in *www.iusexplorer.it*, 2018; nello stesso senso App. Roma, sez. III, 24 febbraio, 2012, n. 1011, in *Guida al dir.*, 2012, n. 20, p. 61; già Cass. civ., sez. II, 6 dicembre 2001, n. 15482, in *Giust. civ. Mass*., 2001, p. 2109 secondo la quale "L'art. 732 cod. civ. riconosce ai partecipanti a una comunione ereditaria due distinti diritti, lo *ius prelationis* – in base al quale, perdurando il regime di comunione, se uno dei partecipanti a essa voglia alienare la propria quota a titolo oneroso, deve notificare agli altri la relativa proposta, onde consentire loro di avvalersi della preferenza accordata, sì che non può concludere con terzi il contratto traslativo prima del decorso del periodo normativamente previsto – e lo *ius retractionis* – esercitabile dal partecipante nei confronti del terzo acquirente della quota ereditaria nel caso che sia stato violato il diritto di prelazione, per mancato compimento della predetta notifica della proposta di alienazione ovvero per essere stato ignorato l'esercizio positivo di tale diritto. Si tratta, pertanto, di diritti collegati ma distinti, aventi contenuto diverso e soggetti passivi differenti, ognuno dei quali da considerarsi "terzo" rispetto al rapporto cui non partecipa, con conseguente esclusione della qualità di litisconsorte necessario dell'alienante nei giudizi di riscatto". Conforme Cass. civ., sez. II, 6 settembre 1994, n. 7666, in *Vita not*., 1995, p. 753.



tutelato può trovare pieno soddisfacimento già mediante l'esercizio del solo *ius prelationis*, che è un diritto relativo e garantisce al coerede il diritto di essere informato dell'intenzione di procedere all'alienazione dei diritti successori e di essere preferito a terzi nell'acquisto a parità di condizioni; tuttavia potrebbe rimanere insoddisfatto nell'ipotesi in cui il diritto di prelazione venga violato e, quindi, il coerede non sia stato messo nelle condizioni di esprimere la sua volontà di essere preferito al terzo nell'acquisto, oppure la sua volontà pur espressa sia stata ignorata, e l'acquisto si compia in capo al terzo estraneo. In queste ipotesi, l'interesse del soggetto riceve una tutela rafforzata e occasionata dal comportamento inadempiente dell'obbligato, costituita appunto dal *ius retractionis*, riconducibile alla categoria dei diritti potestativi, che attribuisce al soggetto il potere di riscattare la quota dall'acquirente (e da ogni successivo avente causa), finché dura lo stato di comunione, così surrogandosi automaticamente nella sua posizione contrattuale e ottenendo il trasferimento nella propria sfera giuridica del diritto successorio oggetto dell'alienazione.

Come si è accennato, i due diritti hanno natura diversa, soggetti passivi differenti e sorgono in capo al coerede in momenti e circostanze diverse.

2.1. Segue – Il diritto di prelazione integra un diritto relativo, caratterizzato dalla modalità realizzativa dell'interesse protetto propria di tale tipologia di situazione giuridica, che necessita della cooperazione del soggetto passivo del rapporto. La disposizione pone infatti a carico del coerede che intenda alienare la propria quota (o parte di essa) l'obbligo di *denuntiatio*; la *denuntiatio* costituisce proprio la prestazione oggetto dell'obbligazione [22] e consiste nell'invio agli altri coeredi di una vera e propria proposta contrattuale [23] funzionale al soddisfacimento dell'interesse che questi abbiano a es-

[22] Cfr. C. COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, in G. BONILINI-G.F. BASINI-M. PROTO-C. COPPOLA-A. ALBANESE-M. BARELA, *La comunione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, VIII, t. 7, Esi, Napoli, 2013, p. 200.

[23] L'individuazione della prelazione e del retratto come due diritti distinti e autonomi determina il superamento della ricostruzione della *denuntiatio* come mera comunicazione di un fatto, consistente nell'avvio di una trattativa contrattuale con terzi per il trasferimento di diritti su quote ereditarie (per tale ricostruzione vedi NUZZO, *La prelazione successoria tra storia e dogma*, cit., p. 73 ss.), e l'affermazione maggioritaria in dottrina circa la qualificazione della *denuntiatio* quale proposta contrattuale. Cfr., per tutti, Bonilini, *Retratto successorio*, cit., p. 428 il quale precisa che "la notificazione porta a conoscenza non già un generico, eventuale progetto di alienazione, ma un serio proposito, suscettibile di evolvere in trasferimento quando a esso si accompagni l'accettazione dell'oblato". Anche la giurisprudenza, fatta eccezione per qualche isolata



sere preferiti nell'acquisto, a parità di condizioni, a terzi estranei alla comunione. La *denuntiatio* è quindi una dichiarazione unilaterale recettizia che, poiché costituisce proposta contrattuale, deve contenere tutti gli elementi del contratto di alienazione che si intende stipulare (che la lettera della disposizione individua sinteticamente nel prezzo) e, in particolare, come la giurisprudenza non manca di evidenziare, deve avere un contenuto tale da "permettere al destinatario di comprendere concretamente il tenore dell'offerta e valutarne in tutti i suoi elementi la convenienza" [24]. In applicazione della disciplina generale deve allora ritenersi che essa sia revocabile fino al momento in cui l'eventuale accettazione da parte di uno o più destinatari della stessa non giunga a conoscenza del proponente [25], e che la comunicazione da parte di questi di voler esercitare il diritto di prelazione determini l'accettazione della proposta e, quindi, la conclu-

---

pronuncia (cfr. Trib. Milano, Sez. spec. Impresa, 24 aprile 2013, n. 5705, in *Giust. civ. com.*, 2014 secondo il quale "La *denuntiatio* rappresenta la mera dichiarazione di un'intenzione a vendere a un terzo, volta a innescare un'eventuale proposta di acquisto da parte dell'oblato, alle medesime condizioni dichiarate nella *denuntiatio*, proposta alla quale dunque, per la conclusione del negozio di cessione, deve far seguito un'ulteriore accettazione del denunziante, solo in presenza della quale si può dire concluso il negozio"), è costante nel ribadire che "La comunicazione ai coeredi dell'intenzione di alienazione equivale a una vera e propria proposta contrattuale". Cfr. Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2006, n. 25041, in *Vita not*., 2007, p. 587; Cass. civ., sez. II, 24 marzo 2016, n. 5865, in *Giust. civ. Mass*., 2016; Cass. civ., sez. II, 26 novembre 2012, n. 20884, in *www.iusexplorer.it*, 2013, e già nello stesso senso, Cass. civ., sez. II, 4 novembre 1982, n. 5802, in *Giust. civ. Mass*., 1982, fasc. 10-11.

[24] Così Cass. civ., sez. II, 19 gennaio 2017, n. 1358, in *Giust. civ. Mass*., 2017; nello stesso senso Cass. civ., sez. II, 21 maggio 2018, n. 12504, in *Riv. not*., 2018, II, p. 1099. Al riguardo la giurisprudenza di merito ha chiarito che la proposta di alienazione in discorso "non può esaurirsi in un mero intento generico di vendere la propria quota palesato agli altri coeredi, di per sé invero insufficiente a integrare gli estremi dell'oggetto della notificazione richiesta dall'art. 732 cod. civ. per l'esercizio del diritto di prelazione da parte dei coeredi; a tal fine è infatti necessario comunicare l'effettiva decisione con una proposta di alienazione a determinate condizioni che il terzo sia pronto ad accettare, perché solo in tal caso può decorrere il termine di due mesi assegnato dalla legge al coerede destinatario della proposta per l'esercizio del diritto di prelazione": Trib. Grosseto, 3 novembre 2016, n. 872, in *www.iusexplorer.it*, 2017. Anche la dottrina conferma che "l'atto dovrà presentare le informazioni minime prescritte dalla norma, con riferimento alla volontà di alienare, all'oggetto del negozio … e al «prezzo» per cui l'estraneo abbia palesato la disponibilità ad acquistare … Si ritiene, peraltro, che, pur mancandone espressa menzione nella norma, sia necessaria anche l'indicazione di tutte quelle altre «modalità» … in assenza delle quali, il coerede è indisponibile all'alienazione": COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 201 s. Nello stesso senso, tra gli altri, VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 167 il quale precisa che ove l'alienante si limiti a manifestare una generica volontà di alienare, inducendo gli altri coeredi ad avanzare proposte o a rinunciare alla prelazione, tale comunicazione non integrerà *denuntiatio* e, quindi, non comporterà il decorso del termine bimestrale di decadenza.

[25] La legge concede al coerede uno *spatium deliberandi* di due mesi per esercitare il suo diritto di essere preferito, ma la fissazione di tale termine non comporta la irrevocabilità della proposta, in quanto fino all'eventuale accettazione, il proponente rimane libero di mutare idea e rinunciare ad alienare la quota. Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione,* cit., p. 177; BONILINI, *Retratto successorio*, cit., p. 429.



sione del contratto, che non necessita di ulteriori formalizzazioni [26].

Quanto alla forma che *denuntiatio* ed eventuale accettazione da parte dei destinatari devono avere, nonostante la giurisprudenza sia costante nel ritenere che, in applicazione della disciplina generale, non ricorrano particolari obblighi formali se non quelli derivanti dalla tipologia di beni oggetto di alienazione e che, pertanto, le dichiarazioni prenegoziali dovranno rivestire forma scritta richiesta *ad substantiam* esclusivamente se la quota (o quella parte di questa che viene) alienata comprenda beni immobili [27], pare da preferirsi l'impostazione della dottrina che, viceversa, ritiene l'alienazione della quota ereditaria (o di parte di essa) una *species* del *genus* vendita di eredità, per la quale gli artt. 1543 e 1547 cod. civ. impongono la forma scritta a prescindere dal tipo di beni che ne formano oggetto [28]. Come peraltro la stessa giurisprudenza non manca di sottolineare, la forma scritta è comunque da preferire anche nelle ipotesi in cui dovesse ritenersi che la tipologia di beni oggetto di alienazione non la imponga, al fine di rendere certa la data della *denuntiatio*, che integra proposta contrattuale, dalla quale decorre il termine decadenziale per l'esercizio del diritto di prelazione [29], garantire certezza sulla data del perfezionamento dell'alienazione conseguente all'esercizio del diritto di prelazione, che integra accettazione, e facilitare le operazioni di trascrizione [30].

Il diritto di prelazione sorge in capo al coerede nel momento in cui si instaura la co-

---

[26] Come la giurisprudenza, sopra citata, espressamente conferma "La comunicazione ai coeredi dell'intenzione di alienazione equivale a proposta contrattuale, con la conseguenza che l'accettazione di uno o più coeredi consente di ritenere concluso a loro favore un negozio di alienazione, ovvero il contratto di compravendita, avente a oggetto la quota di che trattasi, senza necessità di ulteriori manifestazioni di volontà; l'intenzione di alienare, infatti, assume gli estremi di una vera e propria proposta contrattuale come delineata dall'art. 1326 cod. civ.": Cass. civ., sez. II, 26 novembre 2012, n. 20884, cit.; nello stesso senso Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2006, n. 25041, cit.; e, già, Cass. civ., sez. II, 4 novembre 1982, n. 5802, cit.

[27] La giurisprudenza è costante nel ribadire che "l'intenzione di alienare … assume gli estremi di una vera e propria proposta contrattuale come delineata dall'art. 1326 cod. civ. e, se riguarda beni immobili, deve avere la forma scritta": Cass. civ., sez. II, 26 novembre 2012, n. 20884, cit.; conformi *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2006, n. 25041, cit.; Trib. Grosseto, 3 novembre 2016, n. 872, cit.

[28] In tal senso vedi VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 168; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 49, 61, 64; MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 989; ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 201; A. PALAZZO-A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, Vol. I, *Categorie e specie della successione*, Utet, Milano, 2012, p. 798. *Contra* FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione,* cit., p. 176 s.; GIULIANI, *Il retratto successorio*, cit., 574.

[29] Cfr. Cass. civ., sez. II, 24 marzo, 2016, n. 5865, cit. secondo la quale "La *denuntiatio* dell'alienazione della quota al coerede, effettuata ai sensi dell'art. 732 cod. civ., costituisce una proposta contrattuale nei confronti dello stesso e, pertanto, va realizzata in forma scritta e notificata con modalità idonee a documentarne il giorno della ricezione da parte del destinatario, ai fini dell'esercizio della prelazione".

[30] Sul punto vedi COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 206 s.



munione ereditaria [31]. È infatti in tale momento che tra i coeredi, in quanto tali, sorge un rapporto obbligatorio reciproco in cui ciascuno di essi è creditore e debitore nei confronti di tutti gli altri di una prestazione di fare, consistente proprio nel destinare la proposta contrattuale per l'eventuale alienazione della propria quota ereditaria (o di parte di essa) agli altri coeredi prima di concludere il contratto con terzi estranei. Sicché il diritto di prelazione non è il diritto di acquistare la quota altrui, ma il diritto di essere interpellati prima dell'alienazione ed essere messi nelle condizioni di accettare, con precedenza rispetto a estranei, la proposta contrattuale.

Al riguardo va preliminarmente precisato che deve ritenersi che il concetto di estraneo prescinda assolutamente dai legami familiari e attenga esclusivamente al gruppo costituito dai coeredi tra i quali si instaura la comunione ereditaria [32]. Così ragionando non deve intendersi tenuto alla *denuntiatio* il coerede che trasferisca i propri diritti ereditari ad altro coerede [33], mentre rimane tenuto al rispetto delle ragioni di preferenza vantate dai coeredi chi intenda alienare ad altro soggetto che, pur legato da rapporti parentali con il *de cuius* o con i coeredi, non partecipi alla comunione ereditaria [34].

---

[31] Il diritto di prelazione è una prerogativa riconosciuta dalla legge al coerede in quanto tale e, quindi, sorge contestualmente alla costituzione della comunione ereditaria. Cfr. G. BONILINI, *La rinunzia al diritto di prelazione ereditaria, e di retratto successorio*, in *Fam. Pers*., 2009, p. 165. Ipotizzare che il diritto di prelazione in capo al coerede potenziale acquirente sorga esclusivamente nel momento in cui il coerede potenziale alienante rivolge la proposta di alienazione al terzo senza garantire la preferenza al primo, è, infatti, intimamente contraddittoria, in quanto non si riuscirebbe a individuare il fondamento dell'obbligo di *denuntiatio*. Invero la struttura formale dell'istituto, nonché il suo fondamento sostanziale smentiscono inequivocabilmente una ricostruzione di questo tipo, in quanto la mancata notifica della *denuntiatio* costituisce non già la fonte del diritto di prelazione, bensì la sua violazione, cioè l'inadempimento dell'obbligo costituente la situazione passiva frontistante al diritto medesimo, che non può avere altra fonte che il momento in cui si è costituita la comunione ereditaria e si è acquistata la qualità di coerede, cui accede il diritto di prelazione. Sul punto vedi P. DE MARTINIS, *Rinunzia «preventiva» alla prelazione legale e nullità «virtuale»*, in *Contr. impr*., 2014, p. 720. Nello stesso senso, in giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2016, n. 16314, in *Giust. civ. Mass*., 2016; Cass. civ., sez., II, 14 gennaio 1999, n. 310, in *Giust. civ. Mass*., 1999; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1994, n. 624, in *Vita not*., 1994, p. 1368.

[32] Come chiarito dalla dottrina maggioritaria "sono estranei i "non coeredi", cioè coloro che non sono chiamati a far parte dell'eredità la cui quota un coerede vuole alienare": G. IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, in *Riv. dir. civ*., 1981, II, p. 471. Nello stesso senso, per tutti, vedi GIULIANI, *Il retratto successorio*, cit., p. 586 s.; BONILINI, *Retratto successorio*, cit., p. 424.

[33] Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 175 ss. ove si precisa che l'alienazione al coerede fa venir meno la finalità stessa della prelazione ereditaria in quanto integra di per sé una preferenza del coerede agli estranei. Pertanto il coerede può senz'altro alienare liberamente la propria quota a uno o più coeredi con esclusione degli altri.

[34] Come la giurisprudenza conferma, infatti, "In tema di divisione ereditaria, la qualità di "estraneo" cui si richiama l'art. 732 cod. civ. non si riferisce alla famiglia dell'autore dell'eredità, nel senso che può considerarsi tale, ai fini dell'esperibilità, nei suoi confronti, del retratto successorio, il figlio "*ex filio del de*



Va poi rilevato che, come accennato, la prelazione ereditaria è congegnata in modo da garantire la tutela delle ragioni proprietarie di tutti i coeredi, quindi anche del potenziale alienante, infatti l'obbligo di *denuntiatio* riguarda non già qualsiasi programma di trasferimento, bensì esclusivamente quelli aventi a oggetto l'intera quota ereditaria (o parte di essa) e presentanti caratteristiche tali da rendere l'identità della controparte ininfluente ai fini della piena realizzazione dell'interesse dell'alienante.

Innanzitutto l'obbligo di *denuntiatio* sorge esclusivamente quando il contratto che il coerede intende stipulare abbia a oggetto la quota (intesa come porzione ideale dell'*universum ius defuncti*) o parte di essa (intesa come frazione aritmetica della quota e frazione astratta dell'intero asse)[35] e, quindi, produca un effetto traslativo immediato[36]. Egli è quindi libero di stipulare il contratto con terzi, senza rimanere soggetto al rischio di condanna risarcitoria e senza che l'acquirente resti esposto al rischio di retratto, se dimostri che questo ha a oggetto singoli beni ereditari o quote di singoli beni ereditari[37], cioè si trat-

---

cuius", sicché è estraneo non solo chi non sia legato da parentela con i coeredi del *de cuius*, ma anche chi non partecipa all'eredità di cui fa parte la quota ceduta": Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 2000, n. 981, in *Giust. civ*., 2001, I, p. 2503. Conforme Trib. S.Angelo Lombardi, 10 gennaio 2007, in *Giur. mer*., 2007, p. 2607.

[35] Sull'oggetto dell'alienazione che obbliga al rispetto del diritto di prelazione e sul concetto di quota vedi, per tutti, MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, cit., *passim* e spec. p. 451 ss.; MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 988; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 173 ss.; Coppola, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 198.

[36] La Suprema Corte è costante nel ribadire che "Il diritto di prelazione e di riscatto previsto dal codice civile all'art. 732 a favore del coerede dell'alienante sussiste soltanto nell'ipotesi di alienazione, sia pure parziale, della quota ereditaria che implica, per la sua efficacia reale, l'ingresso dell'estraneo nella comunione ereditaria": Cass. civ., sez. II, 11 settembre 2017, n. 21050, in *Dir. gius*., 2017.

[37] Come conferma, con orientamento unanime la giurisprudenza, l'onere della prova circa l'oggetto dell'alienazione resta a carico dell'alienante e del terzo acquirente convenuti con l'azione risarcitoria o di retratto, dovendosi presumere che l'alienazione abbia a oggetto una porzione ideale dell'*universum ius defuncti*, quando il trasferimento riguardi la quota di un singolo bene. Cfr., da ultimo, App. Roma, sez. III, 13 ottobre 2016, n. 6075, in *Arch. loc*., 2017, p. 469, secondo cui "Se un erede aliena a un estraneo la quota indivisa dell'unico cespite ereditario, si presume l'alienazione della sua corrispondente quota, intesa come porzione ideale dell'*universum ius defuncti*, e perciò il coerede può esercitare il retratto successorio (art. 732 cod. civ.), salvo che il retrattato dimostri, in base a elementi concreti della fattispecie e intrinseci al contratto (volontà delle parti, scopo perseguito, consistenza del patrimonio ereditario e raffronto con l'entità dei beni venduti), con esclusione del comportamento del retraente, estraneo al contratto medesimo, che, invece, la vendita ha a oggetto un bene a sé stante; conformi, Cass. civ., sez. II, 3 maggio 2016, n.8692, in *Guida al dir.,* 2016, n. 24, p. 39; Cass. civ., sez. II, 4 gennaio 2011, n. 97, in *Giust. civ. Mass*., 2011; Cass. civ., sez. II, 28 ottobre 2010, n. 22086, in *Giust. civ. Mass*., 2010; Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 1852, in *Guida al dir.*, 2006, n. 17, p. 95; Cass. civ., sez. II, 4 aprile 2003, n. 5320, in *Giust. civ*., 2004, p. 1068. La stessa regola va applicata nell'ipotesi in cui l'alienazione abbia a oggetto un singolo bene che, con un meccanismo analogo a quello della *istitutio ex re certa*, può considerarsi utilizzato quale parametro per individuare una frazione dell'intero. Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 7 agosto 2002, n. 11881, in *Giur. it*., 2003, p. 436 secondo la quale "L'indi-



ti della c.d. alienazione dell'esito divisionale. Tali alienazioni, infatti, non determinano il subingresso dell'estraneo nella comunione ereditaria, che l'art. 732 cod. civ. tende a impedire [38], in quanto producono effetti meramente obbligatori, restando l'effetto traslativo sospensivamente condizionato all'acquisto della proprietà del bene da parte del coerede alienante a seguito di assegnazione dello stesso in esito alla divisione ereditaria [39].

In secondo luogo, perché il coerede alienante sia obbligato alla *denuntiatio* occorre che il trasferimento avvenga tramite un'alienazione che, come autorevolmente evidenziato in dottrina, dal punto di vista etimologico esprime unicamente l'idea di separazione e nell'uso giuridico e normativo rimane sinonimo di trasferimento, che si può realizzare con molteplici schemi contrattuali [40]. Occorre allora verificare quali contratti debbano considerarsi alienazione ai sensi della norma in discorso. La lettera della disposizione, che, nell'individuare molto sinteticamente l'oggetto della *denuntiatio*, fa specifico ed espresso riferimento al prezzo, consente già di escludere dal suo ambito applicativo qualunque forma di trasferimento a titolo gratuito [41]. Occorre allora individuare quali trasfe-

---

cazione di beni determinati nel contratto di alienazione non costituisce elemento decisivo per escludere l'ipotesi di trasferimento della quota ereditaria o di parte di essa, quando gli altri elementi utili all'interpretazione della natura del contratto consentano in maniera univoca di ritenere che la *res certa*, oggetto della disposizione patrimoniale, sia stata considerata come misura della partecipazione dell'acquirente alla comunione ereditaria, e cioè come frazione dell'*universum ius* del defunto e non come *pars quota* con riferimento all'esito della divisione". Conformi: Cass. civ., sez. II, 23 aprile 2010, n. 9744, in *Resp. civ. prev*., 2010, p. 2365; Trib. S. Angelo Lombardi, 10 gennaio 2007, cit.; Trib. Cosenza, 9 aprile 2005, in *Corti calabresi*, 2005, p. 665; Cass. civ., sez. II, 7 dicembre 1999, n. 13704, in *Giust. civ. Mass*., 1999, p. 2471.

[38] Cfr. Cass. civ., sez. II., 29 luglio 2008, n. 20561, in *Giust. civ. Mass*., 2008, p. 1220.

[39] Cfr., per tutti, Forchielli, Angeloni, *Della divisione,* cit., p. 259 ove si evidenzia come anche la giurisprudenza tradizionalmente non manchi di confermare che l'alienazione concreta di un determinato bene della comunione ereditaria non intralcia né il godimento comune né le operazioni divisorie, in quanto la sua efficacia è subordinata alla condizione che il bene alienato sia assegnato all'alienante *ex* artt. 757 e 1478 cod. civ. Sul tema vedi, per tutti, PALAZZO-SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, cit., p. 794 ss.; R. TRIOLA, *La prelazione legale e volontaria*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2007, p. 36 ss. In giurisprudenza vedi, da ultimo, Cass. civ., sez. VI, 23 febbraio 2018, n.4428, in *Riv. not*., 2018, II, p. 757 (con nota di A. TORRONI, *La Cassazione torna sull'alienazione della quotina. Alla ricerca della* ratio *della qualifica giurisprudenziale come alienazione dell'esito divisionale e di soluzioni di tecnica contrattuale*, *ibidem*, p. 757 ss.) secondo la quale "La vendita di un bene, facente parte di una comunione, da parte di uno solo dei comproprietari, ha solo effetto obbligatorio, essendo la sua efficacia subordinata all'assegnazione del bene al venditore a seguito della divisione; pertanto, fino a tale momento, poiché il bene continua a far parte della comunione, l'acquirente può avvalersi solo dei diritti di cui all'art. 1113 cod. civ., e non è parte necessaria del giudizio di divisione e la sua mancata evocazione in giudizio comporta unicamente che la divisione non abbia effetto nei suoi confronti, ma non anche l'invalidità della sentenza pronunciata in sua assenza".

[40] Cfr. S. PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. dir*., II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 1 ss.

[41] Cfr., per tutti, BONILINI, *Retratto successorio*, cit., p. 427 il quale evidenzia che le alienazioni a titolo gratuito, in quanto fondate sulla spontaneità, non tollerano vincolo di sorta.



rimenti a titolo oneroso, oltre alla vendita, che ne costituisce il prototipo, devono ritenersi riconducibili alla fattispecie della alienazione.

Al riguardo va evidenziato che, come si è accennato, l'istituto, secondo il meccanismo realizzato dal codice del 1942, tende a operare un bilanciamento tra gli interessi proprietari di tutti i soggetti coinvolti, garantendo il pieno soddisfacimento di quelli del coerede titolare del diritto di prelazione senza che ciò determini un sacrificio, quantomeno sul piano economico, di quello del coerede alienante. Ciò che rileva ai fini della configurabilità dell'alienazione che obbliga al rispetto della precedenza del coerede rispetto ai terzi estranei, non è, allora, tanto lo specifico schema contrattuale utilizzato, quanto piuttosto la parità di condizioni – alle quali viene accordata la precedenza – che, come si è detto, costituisce il connotato essenziale della prelazione c.d. propria (e quindi della prelazione ereditaria), e che presuppone non solo che l'alienazione avvenga a titolo oneroso, ma anche che la controprestazione sia fungibile [42]. Solo la assoluta fungibilità della controprestazione, infatti, garantisce all'alienante il pieno soddisfacimento dell'interesse programmato con l'atto di disposizione, restando indifferenti l'identità e le qualità della controparte [43].

In questa logica devono ritenersi alienazioni ai sensi della norma in discorso, oltre alla vendita (anche con patto di riscatto e a rate con riserva di proprietà) [44], la vendita forzata [45], la permuta con corrispettivo fungibile [46], la *datio in solutum* per l'estinzione di un

---

[42] Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 170 ss. i quali, rilevato il rischio che una interpretazione restrittiva della disposizione in discorso, che individui nella sola compravendita l'alienazione che obbliga il coerede al rispetto del diritto di prelazione degli altri, si converta in un facile espediente per eludere la norma, concludono che il criterio della perfetta fungibilità della prestazione rappresenti la scriminante idonea per stabilire quando le alienazioni onerose di quota siano soggette a prelazione, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato.

[43] Come la dottrina precisa, l'assenza della fungibilità "non consente di per sé il rispetto della parità di condizioni tra coerede ed estraneo unanimemente assunto a presupposto fondamentale della prelazione legale a salvaguardia, anche, dell'interesse dell'alienante": LOI, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 27.

[44] Così, GIULIANI, *Il retratto successorio*, cit., p. 568.

[45] In tal senso, da ultimo vedi VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 158 il quale evidenzia che la *ratio* della disposizione contenuta nell'art. 732 cod. civ. prescinde totalmente dal carattere volontario o meno dell'alienazione e, pertanto, deve ritenersi assolutamente ininfluente, ai fini della individuazione delle forme di alienazione che impongono il rispetto del diritto di prelazione, il dato letterale che utilizza una formula sintattica ("vuole alienare") che parrebbe rinviare ad alienazioni solo volontarie (in questo senso, invece, BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 60); l'Autore precisa inoltre che la norma si applica senz'altro alla vendita all'asta in quanto neppure osta alla sua applicabilità il meccanismo dell'incanto (così, invece, COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 198), in quanto dopo l'aggiudicazione provvisoria della quota al miglior offerente l'organo procedente potrebbe ben eseguire la *denuntiatio* e, in difetto, i coeredi possono senz'altro esercitare il retratto nei confronti degli aggiudica-



debito avente a oggetto una prestazione fungibile di ammontare certo e determinato [47] e l'alienazione con corrispettivo una rendita vitalizia [48]. Restano viceversa estranei la permuta con corrispettivo infungibile [49], la transazione [50], la cessione dei beni ai creditori, il *negotium mixtum cum donatione,* il conferimento della quota ereditaria in società o in comunione convenzionale con il coniuge [51].

Può allora sinteticamente concludersi che il diritto di prelazione si configuri come un diritto di credito di cui è titolare ciascun coerede, in quanto tale, e, quindi, fin dall'apertura della successione. Frontistante a esso si configura in capo a tutti gli altri coeredi un obbligo, funzionale alla realizzazione dell'interesse del soggetto attivo del rapporto, che ha a oggetto una prestazione di fare consistente nella formulazione di una proposta contrattuale da destinare, appunto, al titolare del diritto di prelazione, relativa all'eventuale programmato trasferimento (con contratto di alienazione a titolo oneroso

---

tari. Nello stesso senso si era espressa anche la Suprema Corte secondo la quale "Non è nulla, per violazione dell'art. 732 cod. civ., la vendita all'asta della quota ereditaria indivisa del fallito – disposta dal giudice delegato al fallimento, senza previa notifica ai coeredi – poiché il diritto di prelazione che questi ultimi non sono stati posti in condizione di esercitare, si converte nel diritto di riscatto della quota alienata nei confronti dell'acquirente": Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 1986, n. 596, in *Fall.*, 1986, p. 748.

[46] Sulla assoggettabilità della permuta alla prelazione del coerede il dibattito è stato assai acceso in dottrina. Sul tema vedi N. CORBO, *Retratto successorio e permuta: una prospettiva di soluzione intermedia*, in G. BENEDETTI-L.V. MOSCARINI (a cura di), *Prelazione e retratto,* Giuffrè, Milano, 1988, p. 103 ss. La dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che quando il corrispettivo della permuta sia fungibile diverrebbe illogico e arbitrario adottare un regime diverso da quello della compravendita. Vedi, per tutti, FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 172; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 59; Loi, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 28.

[47] Cfr. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 59; nello stesso senso MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 989 s. il quale precisa che l'applicabilità della prelazione alle ipotesi di *datio in solutum* vale esclusivamente "per i casi in cui la prestazione dovuta dall'alienate abbia a oggetto una somma di denaro o comunque abbia carattere di fungibilità, apparendo altrimenti non formulabile la valutazione di parità tra la prestazione del terzo e quella dell'avente dirtitto a prelazione". *Contra* COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 197 s. la quale esclude la *datio in solutum* dal novero delle alienazioni soggette al diritto di prelazione, in ragione dell'infungibilità del corrispettivo, assunta come elemento caratterizzante la figura.

[48] Cfr. MOSCARINI, op. loc. ult. cit., il quale precisa che le medesime considerazioni che inducono a ritenere applicabile la prelazione ereditaria alla *datio in solutum* dovrebbero confermare anche l'applicabilità alle alienazioni dietro corrispettivo costituito da una rendita vitalizia.

[49] Cfr. MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 990 il quale argomenta l'esclusione della permuta dall'ambito oggettivo di applicazione della prelazione ereditaria proprio insistendo sul carattere (secondo la sua ricostruzione intrinsecamente) infungibile dell'oggetto della permuta.

[50] Cfr., per tutti, LOI, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 28 la quale evidenzia come la transazione, stipulata per comporre una lite tra un coerede e un estraneo, è un contratto di scambio che in sé esclude il prospettarsi della parità delle condizioni richiesta perché possa operare il diritto di prelazione ereditaria.

[51] Cfr. ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 198 s.



con controprestazione fungibile) della propria quota o di parte di essa. Gli obbligati, perché l'adempimento sia esatto, comunicata la proposta contrattuale sono tenuti ad attendere il decorso dello *spatium deliberandi* di due mesi, concesso al titolare del diritto di prelazione per esercitarlo, prima di poter concludere, nell'ipotesi di mancato esercizio, il contratto con il terzo alle condizioni dichiarate nella proposta. Ove dovessero mutare le condizioni del trasferimento, ricorrerà l'obbligo in capo all'alienante di eseguire una nuova *denuntiatio*.

2.2. Segue – Il diritto di riscatto è anch'esso una situazione strumentale, ma di natura diversa, in quanto attribuisce al titolare un potere, che a differenza del potere creditorio, è idoneo a garantire, attraverso un comportamento dello stesso titolare, l'acquisto della proprietà della (o della porzione di) quota che altro coerede abbia trasferito a terzi in violazione del diritto di prelazione ereditaria.

Tale diritto, evidentemente connesso al diritto di prelazione in quanto volto a garantire l'effettività della tutela apprestata dal primo e, quindi, funzionale al soddisfacimento del medesimo interesse, costituisce uno strumento autonomo e strutturalmente differente rispetto a quello.

Innanzitutto diversa è la fattispecie che determina l'insorgere del diritto in capo al coerede. Il diritto al retratto, infatti, non si acquista unitamente alla qualità di coerede al momento dell'apertura della successione, ma successivamente, solo in seguito alla violazione del diritto di prelazione che non si esaurisce nell'inadempimento all'obbligo di *denuntiatio* [52], ma si completa con l'effettiva alienazione al terzo. Solo l'alienazione al terzo, infatti, determina l'inadempimento con la conseguente lesione dell'interesse protetto dagli istituti in discorso [53] e, pertanto, comporta l'attribuzione al coerede del diritto al riscatto del bene contro il terzo acquirente e i suoi aventi causa.

Da ciò consegue che mentre il diritto di prelazione compete a tutti i coeredi in quanto tali, il diritto di riscatto è attribuito esclusivamente al coerede che ha subito la lesione del

---

[52] Al riguardo va evidenziato, come rilevato in dottrina, che alla notifica, da intendersi quale sinonimo di comunicazione, "non può equivalere … la conoscenza indiretta che i coeredi eventualmente posseggano della trattativa in corso con l'estraneo, giacché questa non li mette in condizione di accettare la proposta (che non esiste) e di esercitare … il proprio diritto di prelazione": FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione,* cit., p. 176 s.

[53] Cfr. G. BONILINI, *Il retratto successorio,* in BONILINI-BASINI-PROTO-COPPOLA-ALBANESE-BARELA, *La comunione ereditaria*, cit., p. 219.



suo diritto di prelazione. Non ne diviene quindi titolare né colui che, ricevuta la *denuntiatio*, abbia lasciato decorrere infruttuosamente il termine decadenziale per l'esercizio del diritto di prelazione, né colui che abbia rinunciato all'esercizio del diritto o abbia rifiutato la proposta di acquisto [54]. Emerge quindi la funzione assegnata al retratto dall'art. 732 cod. civ. che, come si è detto, ha innovato l'istituto introducendo il meccanismo prelatizio, assente nella formulazione del codice napoleonico e in taluni altri ordinamenti, compreso quello spagnolo. Il retratto non opera più in modo automatico e non si acquista con la qualità di erede, ma solo in seguito e a condizione che l'alienante si sia reso inadempiente all'obbligo di rispettare il diritto di prelazione del coerede [55].

Anche sotto il profilo soggettivo il diritto al retratto si distingue, nella sua struttura, dal diritto di prelazione in quanto a differenza di quello, che vede come soggetti passivi gli altri coeredi, questo si esercita contro il terzo estraneo acquirente (oppure contro ogni suo successivo avente causa) mentre rimane del tutto estraneo il coerede alienante [56], che può eventualmente essere convocato in giudizio in garanzia dal convenuto [57].

Il diritto al retratto configura quindi un diritto potestativo che si esercita con una dichiarazione negoziale recettizia [58], che deve essere redatta in forma scritta se l'oggetto

---

[54] Per l'ammissibilità della rinuncia preventiva ai diritti di prelazione e retratto, si rinvia al prosieguo della trattazione ove al tema, con riguardo al quale il dibattito è ancora acceso in dottrina e giurisprudenza, sarà dedicato un apposito spazio.

[55] Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione,* cit., p. 168 i quali evidenziano come "il diritto di prelazione è un mezzo di prevenzione e di attenuazione degli effetti del riscatto".

[56] La posizione di terzietà che il coerede alienante riveste con riguardo all'esercizio del diritto di riscatto è confermata, sul piano processuale, dalla carenza di litisconsorzio necessario nei suoi confronti. Cfr. VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 170.

[57] Come la Suprema Corte ha evidenziato, il coerede che abbia alienato a favore di terzo estraneo in violazione del diritto di prelazione dei coeredi è tenuto nei confronti dell'acquirente, e dei suoi aventi causa, secondo le norme della garanzia per evizione. Cfr. Cass. civ., sez. II, 3 maggio 2016, n. 8692, cit., secondo la quale "In tema di compravendita immobiliare, effettuata da un coerede, di un bene caduto in successione la domanda con la quale l'acquirente chieda all'alienante di garantirlo dalle conseguenze della pronuncia di riscatto va ricondotta alla fattispecie della garanzia per evizione, i cui effetti conseguono al mero fatto obiettivo della perdita del diritto acquistato, che, facendo venire meno la ragione giustificatrice della controprestazione, altera l'equilibrio del sinallagma funzionale e fa sorgere la necessità di porvi rimedio con il ripristino della situazione economica dell'acquirente anteriore all'acquisto. Ne consegue che, ai fini della responsabilità dell'alienante, è irrilevante che l'acquirente abbia avuto conoscenza della possibile causa dell'evizione".

[58] La giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'atto di esercizio del diritto potestativo di retratto integri una dichiarazione di volontà negoziale recettizia e precisa che essa può essere espressa anche con l'atto introduttivo del giudizio. Cfr. Cass. civ., sez. II, 28 maggio 2019, n. 14515, in *Gius. civ. Mass.*, 2019, secondo la quale "La dichiarazione unilaterale recettizia di carattere negoziale che esprime la volontà di esercitare il diritto potestativo di riscatto nei confronti dell'acquirente di quota ereditaria, previ-



dell'alienazione comprenda beni immobili [59], comunicata alla controparte, ossia al terzo acquirente oppure al suo avente causa, titolare della soggezione che quindi non può che subire gli effetti del retratto, non potendoli evitare in nessun modo. Esso può essere esercitato dal momento in cui si è compiuta la violazione del diritto di prelazione e finché dura lo stato di comunione ereditaria [60], salvo che il diritto si estingua *medio tempore* per il decorso dell'ordinario termine prescrizionale decennale [61].

L'esercizio del retratto successorio, che, in ossequio al principio della parità delle condizioni, funzionale a garantire il pieno soddisfacimento delle ragioni proprietarie del-

---

sto dall'art. 732 cod. civ. a favore dei coeredi, può essere espressa anche con l'atto introduttivo del giudizio ed è in esso validamente manifestata quando sia riconducibile al titolare del potere attraverso la sottoscrizione di tale atto o il conferimento della procura speciale al difensore, tale dovendosi ritenere anche quella apposta a margine dell'atto o in calce allo stesso, dal momento che in tal caso, per effetto di siffatta procura, l'atto introduttivo del giudizio è direttamente riferibile alla parte, anche nel punto in cui contenga la suddetta manifestazione di volontà negoziale"; conforme, Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2010, n. 3470, in *Giust. civ. Mass*., p. 206. Sul tema della trascrizione della domanda giudiziale di retratto successorio si rinvia alle riflessioni di P. Sirena, *Il problema della trascrivibilità della domanda di riscatto legale*, in *Riv. dir. civ*., 2014, I, p. 627 ss.

[59] Cfr. BONILINI, *Il retratto successorio,* cit., p. 225. Ancorché la forma scritta debba ritenersi richiesta *ad substantiam* esclusivamente quando l'oggetto dell'alienazione comprenda beni immobili, essa è tuttavia utile al fine di facilitare l'eventuale trascrizione della dichiarazione di riscatto che, in considerazione della sua efficacia reale, dovrebbe ritenersi possibile. Sul tema si rinvia alle riflessioni di Trimarchi, *Prelazione e retratto successorio*, cit., p. 333 ss. e spec. 341 ss.

[60] Al riguardo la giurisprudenza ha precisato che lo stato di comunione ereditaria cessa soltanto con la divisione tramite la trasformazione dei diritti dei singoli partecipanti su quote ideali dell'eredità in diritti di proprietà individuali su singoli beni. Pertanto, lo scioglimento della comunione ereditaria nei confronti di uno solo dei coeredi, perché abbia già ceduto, nel pieno rispetto del diritto di prelazione degli altri coeredi, la propria quota, non ne modifica la natura e non fa venir meno il diritto di prelazione a favore dei coeredi per ulteriori alienazioni, giacché la comunione residuale sui beni ereditari si trasforma in comunione ordinaria, con la conseguente inapplicabilità dell'art. 732 cod. civ., soltanto quando siano state compiute le operazioni divisionali dirette a eliminare la maggior parte delle varie componenti dell'asse ereditario indiviso al momento dell'apertura della successione. Cfr. App. Roma, sez. III, 13 ottobre 2016, n. 6075, in *Riv. not*., 2017, II, p. 155; Cass. civ., sez. II, 12 ottobre 2007, n. 21491, in *Riv. not*., 2008, p. 941. La Suprema Corte ha altresì precisato che in considerazione dell'effetto retroattivo del retratto successorio, neppure l'eventuale azione di divisione giudiziale della comunione ereditaria proposta anche nei confronti degli acquirenti di una quota osta alla proposizione nei confronti di costoro, nelle more del primo giudizio, anche della domanda di retratto *ex* art. 732 cod. civ. Cfr. Cass. civ., sez. II, 2 settembre 2016, n. 17520, *Giust. civ. Mass*., 2016.

[61] Cfr. Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 2013, n. 3465, in *Giust. civ. Mass*., 2013, secondo la quale "Il retratto successorio di cui all'art. 732 cod. civ. è soggetto al termine di prescrizione di dieci anni, decorrenti dalla data della vendita della quota ereditaria compiuta in violazione del diritto di prelazione spettante ai coeredi, ancorché permanga lo stato di comunione ereditaria". Nello stesso senso già Cass. civ., sez. II, 23 gennaio 1988, n. 519, in *Giust. civ. Mass*., 1988, fasc. 1. In dottrina, *ex multis*, cfr. Moscarini, *Prelazione*, cit., p. 993; Loi, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 30; Venosta, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 171.



l'alienante, deve escludersi possa essere parziale [62], determina la surrogazione immediata del retraente nella posizione contrattuale del retrattato, con effetto retroattivo fino alla prima alienazione (anche nelle ipotesi di retratto presso gli aventi causa dell'acquirente) [63], lasciando inalterata la validità del contratto di alienazione a suo tempo stipulato, ma deviandone retroattivamente gli effetti sul retraente che acquista, quindi, direttamente dal coerede alienante. L'effetto traslativo del diritto di proprietà sulla (o su parte della) quota ereditaria a suo tempo alienata nella sfera giuridica del retraente si verifica per effetto della sua dichiarazione, nel momento in cui questa giunge a conoscenza del

[62] Cfr. Cass. civ., sez. II, 19 gennaio 2017, n. 1358, cit., secondo la quale "L'esercizio del retratto successorio comporta l'integrale sostituzione all'acquirente del coerede che lo abbia esercitato, sicché non è consentito a quest'ultimo il riscatto parziale, non essendogli permesso di modificare il contenuto della compravendita"; conforme Cass. civ., sez. II, 11 maggio 1993, n. 5374, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1993, I, p. 901.

[63] Come precisato in dottrina, il retratto "è un diritto potestativo *ex lege,* che assicura al coerede il potere di sostituirsi *ex tunc*, al terzo acquirente, nell'alienazione in violazione della prelazione": Bonilini, *Il retratto successorio,* cit., p. 219. L'Autore precisa altresì che l'esercizio del retratto non compromette la validità del contratto di alienazione a suo tempo stipulato in violazione del diritto di prelazione del coerede, ma incide sul suo effetto traslativo in quanto la titolarità della quota alienata viene perduta dall'acquirente e dai suoi aventi causa per passare in capo al coerede retraente il quale acquista direttamente in base all'originario contratto come se sin dall'inizio ne fosse stato parte in luogo dell'estraneo (*ibidem*, p. 229 s.). Critica su questa ricostruzione, condivisa dalla dottrina maggioritaria, si dimostra Loi, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 32 la quale ritiene la retroattività estranea al dato positivo dal quale potrebbe dedursi esclusivamente l'efficacia *erga omnes* del retratto e non anche la sua efficacia retroattiva. Tuttavia è, viceversa, da rilevarsi che proprio l'efficacia *erga omnes* prescritta dalla norma è direttamente consequenziale al carattere retroattivo del retratto, in quanto proprio in conseguenza di questo il retraente è surrogato nella posizione del primo acquirente e di conseguenza tutte le successive alienazioni perdono la loro efficacia secondo il principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis.*

La giurisprudenza sul punto si dimostra invece, pare inconsapevolmente, ondivaga in quanto, pronunciandosi in ordine all'obbligo del retraente di rimborsare il prezzo al retrattato, sostiene che "L'effetto utile dell'esercizio dell'azione di retratto consiste in un trasferimento "*ex nunc*" della quota dal retrattario al retraente", così negando l'efficacia retroattiva al retratto e, quindi, discostandosi dall'orientamento fino ad allora costante, la circostanza che il retraente acquisti direttamente dal coerede alienante (Cass. civ., sez. II, 14 maggio 2003, n. 7404, in *Vita not*., 2003, p. 1429); successivamente, invece, di nuovo in conformità all'orientamento costante, pronunciandosi sui rapporti tra azione di retratto e azione di divisione giudiziale, dispone che "l'eventuale giudicato formatosi sulla domanda divisoria non preclude l'esame dell'istanza del retrattante, il cui accoglimento determina un fenomeno di surrogazione soggettiva legale, con efficacia *ex tunc*, assimilabile *quoad effectum*, rispetto agli esiti del giudizio divisionale, a una sorta di confusione, appartenendo i beni da dividere, in ragione dell'accoglimento della domanda di retratto, a un unico soggetto" (Cass. civ., sez. II, 2 settembre 2016, n. 17520, cit.), così confermando l'effetto retroattivo del retratto. Sostenevano già l'efficacia *ex tunc* del retratto, comportante la sostituzione del retraente al terzo acquirente nel contratto di alienazione stipulato dal coerede alienante, Cass. civ., sez. II, 12 maggio 1999, n. 4703, in *Not.*, 2000, p. 20; Trib. Campobasso, 24 maggio 2000, in *Giur. mer*., 2001, p. 991; Cass. civ., sez. II, 16 marzo 1984, n. 1809, in *Foro it*., 1984, I, p.1569; App. Venezia, 12 marzo 1977, in *Giur. mer*., 1980, p. 584.



destinatario, pertanto l'eventuale pronuncia giudiziaria è di mero accertamento [64].

Il particolare meccanismo di surrogazione determinato dal retratto fa sì che il pagamento del prezzo, cui il retraente è tenuto nei confronti del retrattato, non costituisca oggetto di un onere e, quindi, condizione per l'esercizio del retratto [65], bensì oggetto dell'obbligo di pagare il corrispettivo nascente dal contratto di alienazione di cui il retraente è parte, per effetto della surrogazione, in luogo del terzo. Di conseguenza il prezzo da corrispondere va sempre rapportato al primo atto di alienazione, in tal modo garantendo anche la parità delle condizioni [66]. L'obbligo di pagare il prezzo costituisce, quindi, un debito di valuta, soggetto al principio nominalistico; deve tuttavia ritenersi che il retrattato abbia diritto alla corresponsione degli interessi legali maturati [67].

---

[64] Cfr. VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 170.

[65] Cfr. Cass. civ., sez. II, 14 maggio 2003, n. 7404, cit., la quale precisa che "Il retratto successorio si esercita mediante dichiarazione recettizia dal retraente al retrattato, e pertanto non rileva la circostanza che il pagamento o l'offerta reale della somma dovuta al retrattato non sia contemporanea alla dichiarazione di retratto". Nello stesso senso, già, Cass. civ., sez. II, 28 aprile 1992, n. 5066, in *Fall.,* 1992, p. 998 secondo la quale "La dichiarazione recettizia di riscatto, ai sensi dell'art. 732 cod. civ., produce i suoi effetti reali nel momento in cui perviene a conoscenza del destinatario senza necessità di un atto di retrocessione e anche se non sia stato contestualmente pagato il prezzo (e le eventuali spese), la cui obbligazione, non essendo in funzione casuale al retratto, (al quale è inapplicabile la decadenza prevista dall'art. 1503 cod. civ., che si riferisce al riscatto convenzionale), può anche essere eseguita in un momento successivo a quello in cui viene resa la dichiarazione di riscatto"; conforme Cass. civ., sez. II, 16 agosto 1990, n. 8304, in *Giust. civ. Mass*., 1990, fasc. 8.

[66] Per garantire la parità di condizioni, infatti, tutte le eventuali variazioni di prezzo intervenute nella successiva circolazione della (o della porzione della) quota devono rimanere estranee all'acquisto da parte del coerede. Cfr. BONILINI, *Il retratto successorio,* cit., p. 222; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 67. Per garantire in modo sostanziale e non solo formale la parità di condizioni deve ritenersi opponibile al retraente l'eventuale simulazione di prezzo operata nell'originario contratto di alienazione, in quanto è senz'altro da ritenersi che il retraente, in quanto parte di quel contratto, per effetto della surrogazione conseguente all'esercizio del diritto di riscatto, è tenuto a pagare il prezzo effettivo e non quello apparente. Sul punto cfr. VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 171 e bibliografia e giurisprudenza ivi citate *sub* nota 67. In giurisprudenza, si segnala la posizione ragionevolmente assunta dalla Suprema Corte con riguardo alla simulazione assoluta del contratto di alienazione, ove si afferma che "il coerede retraente, esercitando un diritto direttamente conferito dalla legge, il quale implica una sostituzione con effetti *ex tunc* nella posizione del retrattato, non è qualificabile come avente causa di quest'ultimo, e, quindi, non può invocare l'inopponibilità della simulazione prevista dall'art. 1415 comma 1 cod. civ. nei confronti di chi abbia in buona fede acquistato dal titolare apparente" (Cass. civ., sez. II, 16 marzo 1984, n. 1809, cit.) così confermando la surrogazione del retraente nel contratto di alienazione rispetto al quale egli non può ritenersi terzo, ma parte a tutti gli effetti; si segnala altresì la discutibile successiva pronuncia in cui, con evidente incoerenza, la medesima Corte dispone che "In tema di retratto successorio, la simulazione della vendita della quota ereditaria non può essere opposta, ai sensi dell'art. 1415 cod. civ., ai retraenti, essendo costoro terzi rispetto al contratto stesso" (Cass. civ., sez. II, 29 aprile 1992, n. 5181, in *Vita not*., 1993, p. 252).

[67]Secondo la Suprema Corte, infatti, "L'accoglimento della domanda di retratto successorio, togliendo causa, con effetto retroattivo, alle attribuzioni patrimoniali del contratto, comporta, per effetto naturale del suo



L'efficacia *ex tunc* del retratto successorio e la conseguente surrogazione del retraente al primo acquirente della (o di una porzione della) quota del coerede, comporta la perdita di efficacia di tutte le eventuali successive alienazioni *medio tempore* intervenute. Tale perdita di efficacia, come la giurisprudenza ha precisato, interviene "*ipso iure* … indipendentemente dalla trascrizione del primo atto dispositivo della quota o dalla priorità dell'eventuale trascrizione dei successivi atti di trasferimento" [68].

3. – Il meccanismo preventivo della prelazione garantisce la realizzazione dell'interesse del coerede senza sostanziale sacrificio di quello del coerede alienante consentendogli, anzi, di mettere se stesso e il terzo acquirente al riparo da un eventuale futuro retratto, certamente maggiormente lesivo della posizione di entrambi, che si verificherà solo a causa di un suo eventuale comportamento inadempiente [69]. Così congegnato l'istituto si manifesta più equilibrato nell'operare il bilanciamento tra tutti gli interessi in conflitto, in quanto, pur confermando di ritenere *potiore* l'interesse del partecipante alla comunione ereditaria a essere interpellato e preferito, a parità di condizioni, a terzi estranei per l'acquisto di quote che altri si determinino eventualmente ad alienare, appresta piena garanzia anche alle ragioni proprietarie del coerede alienante nonché all'affidamento del terzo estraneo che programmi o ponga in essere l'acquisto di una quota o di parte di essa.

La struttura del meccanismo, operante tramite prelazione e riscatto, palesa il mutamento della funzione assiologica assolta dall'istituto, tradizionalmente noto come retratto successorio [70]. Come emerge dall'analisi svolta, tutto il congegno è assai meno invasi-

---

carattere restitutorio, che il retrattato ha diritto a ottenere, anche se non li ha richiesti, gli interessi legali sul prezzo che il retraente deve corrispondergli, sebbene il relativo obbligo abbia per oggetto un debito di valuta, soggetto al principio nominalistico": Cass. civ., sez. III, 24 febbraio 2010, n. 4497, in *Giust. civ*., 2010, I, p. 1339. Nello stesso senso, già, Cass. civ., sez. II, 9 aprile 1997, n. 3049, *Giust. civ. Mass*., 1997, p. 557.

[68] Così Cass. civ., sez. II, 12 maggio 1999, n. 4703, cit.

[69] FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione,* cit., p. 166 secondo i quali, nel sistema attuale, la prelazione costituisce un "mezzo di prevenzione e attenuazione degli effetti del retratto" (*ibidem*, p. 168). Cfr. anche AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 696, dove l'Autore evidenzia che, nel meccanismo di retratto successorio delineato dall'art. 732 cod. civ., se l'avente causa dal coerede "può … essere talora esposto al riscatto, ciò non può esser dovuto che alla omessa notifica agli altri coeredi della proposta di alienazione da parte di chi abbia venduto la quota", e rileva che ciò attenua notevolmente la minaccia al principio della libertà delle contrattazioni che aveva indotto il legislatore a sopprimere l'istituto nel codice anteriore.

[70] Come evidenziato in dottrina il retratto, nella sua veste tradizionale, operava in modo automatico e probabilmente anche nel caso in cui il retraente avesse a suo tempo rifiutato la prelazione spontaneamente offertagli dal coerede alienante. Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 168.



vo di quanto non fosse in passato e la sua operatività è lasciata interamente all'iniziativa privata [71]. Deve allora ritenersi, anche in ragione della mera constatazione che, giusta l'attuale diritto successorio, tra i coeredi non necessariamente ricorrono vincoli di parentela, che il fondamento assiologico della figura non possa assolutamente assumersi correlato alla protezione del legame familiare, avvertita quale esigenza sociale, come tradizionalmente si sosteneva [72]. La natura squisitamente privata dell'interesse protetto [73] contraddistingue la prelazione ereditaria, e, come si è accennato nelle premesse dell'indagine, la connota sul piano assiologico differenziandola dalle altre prelazioni legali in cui la tutela dell'interesse individuale è meramente strumentale in quanto funzionale alla

[71] Ciascun coerede rimane libero di determinarsi in ordine al proposito di disporre della propria quota e di programmare insieme alla controparte da lui prescelta le modalità e le condizioni del trasferimento. Solo se sceglie un trasferimento a titolo oneroso con controprestazione fungibile è obbligato a preferire a parità di condizioni gli altri coeredi e, quindi, a rivolgere loro la proposta contrattuale riportante le condizioni del trasferimento. L'esercizio del diritto di prelazione è nella disponibilità del suo titolare il quale, se ritiene di esercitarlo, deve farlo entro un termine che la legge impone, così garantendo sia l'interesse dell'alienante a non ritardare il soddisfacimento del suo interesse, sia l'affidamento del terzo eventualmente interessato all'acquisto, sia l'interesse generale alla rapida e sicura circolazione dei beni. Il titolare è tuttavia libero di non esercitare il diritto di prelazione, lasciando decorrere il termine per il suo esercizio o rinunciandovi, così lasciando riespandere la libertà contrattuale dell'alienante che rimane libero di scegliere l'acquirente. Anche il diritto di riscatto, che sorge in capo al coerede nell'ipotesi in cui sia stato violato il suo diritto di prelazione, rimane nella sua piena disponibilità in quanto egli può lasciare decorrere il termine prescrizionale ordinario (che deve ritenersi operare) o rinunciarvi espressamente, così consolidando l'acquisto compiuto dal terzo in violazione del suo diritto di essere preferito. Evidenzia la circostanza che tutto il congegno è rimesso all'iniziativa privata Vitucci, *Sul fondamento della prelazione successoria*, cit., p. 55 s. secondo il quale tale meccanismo fa della prelazione, e non solo di quella successoria, "uno strumento di riforma, non di conservazione".

[72] Sulla ricostruzione tradizionale del fondamento assiologico del retratto successorio e sul suo mutamento vedi, per tutti, M. D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 206 ss. il quale sottolinea la natura privata e non pubblica degli interessi protetti tramite l'istituto della prelazione ereditaria e del correlato riscatto, tuttavia opta per la rilevanza superindividuale dei detti interessi, in quanto ascrivibili ai coeredi come gruppo. Per le obiezioni all'impostazione che poneva a fondamento della prelazione ereditaria la salvaguardia dell'interesse della famiglia, vedi VITUCCI, *Sul fondamento della prelazione successoria*, cit., p. 49 ss. Anche la giurisprudenza esclude la tutela della famiglia dalle finalità della prelazione ereditaria. Cfr. Cass. civ., sez. II, 12 marzo 2010, n. 6142, in *Giust. civ. Mass*., 2010, 3, 366 secondo la quale "È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 732 cod. civ., prospettata in riferimento agli art. 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui consente al coerede di esperire il retratto successorio anche nei confronti dell'erede del coerede. La finalità del diritto di prelazione e di retratto, infatti, è quella di assicurare la persistenza e l'eventuale concentrazione della titolarità dei beni comuni in capo ai primi successori, facilitando la formazione delle porzioni e impedendo che nei rapporti tra coeredi si inseriscano estranei, tali dovendosi ritenere quelli che non sono compartecipi della comunione ereditaria; è pertanto da escludere che l'art. 732 cod. civ. abbia tra le sue finalità quella di tutelare la famiglia come intesa dai citati parametri costituzionali".

[73] Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 164.



protezione di un interesse generale che costituisce l'obiettivo assiologico finale del congegno [74].

Non pare di poter ritenere neppure che la *ratio* dell'istituto possa rinvenirsi nella tutela di un interesse sì privato, ma superindividuale in quanto ascrivibile ai coeredi come gruppo. Tale ricostruzione, pur autorevolmente sostenuta in dottrina [75] e in una qualche misura evocata dalla giurisprudenza, che tralaticiamente continua a ribadire che lo scopo dell'articolo 732 cod. civ. sia quello di evitare l'ingresso di un estraneo nella comunione ereditaria [76] e ciò asseritamente sul presupposto che la coesione propria dei rapporti tra i coeredi faciliti le operazioni divisorie [77], non pare pienamente coerente. Al riguardo basta infatti osservare che la comunione ereditaria, a differenza di quella ordinaria, intercorre tra soggetti che non hanno scelto di trovarsi in questa situazione di comproprietà, pertan-

---

[74] Il riferimento è alla prelazione agraria, *ex* art. 8 l. n. 590 del 1965, volta a favorire lo sviluppo dell'impresa agricola, alla prelazione urbana, *ex* artt. 38 e 39 l. n. 392 del 1978, funzionale alla tutela dell'interesse pubblico alla conservazione e allo sviluppo dell'attività d'impresa (sulla *ratio* di queste figure di prelazione si rinvia, da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali a TRIOLA, *La prelazione legale e volontaria*, cit., p. 55 s., 155 ss.), la prelazione dello Stato nell'acquisto di beni culturali *ex* artt. 60 ss. d.lgs. n. 42 del 2004, porta a tutela dell'interesse generale alla conservazione del patrimonio artistico nazionale (sul tema si veda, da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, G.F. BASINI, *La prelazione artistica*, in *Contr.*, 2019, p. 462 ss.), e, financo, la prelazione *ex* art. 230 *bis* che, sia pur diretta a operare in un contesto familiare, è infine preposta alla realizzazione dell'esigenza sociale di promozione della funzionalità dell'azienda (sul tema si veda, da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, M.S. Esposito, *Impresa familiare, trasferimento d'azienda e diritto di prelazione,* in *Corr. giur*., 2017, p. 215 ss.).

[75] Cfr. D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, loc. ult. cit.; DE CUPIS, *Sul fondamento giustificativo della prelazione ereditaria*, cit., p. 327 ss.; LOI, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 25; MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, cit., p. 443 ss.; BUSNELLI, *Retratto successorio*, cit., p. 424.

[76] Individuano la *ratio* della prelazione ereditaria nello scopo di "impedire l'ingresso dell'estraneo nella comunione ereditaria" e, così, "assicurare la persistenza della titolarità dei beni ereditari in capo ai primi successori" Cass. civ., sez. VI, 12 giugno 2018, n. 15271, in *www.iusexplorer.it*, 2019; Cass. civ., sez. II, 21 maggio 2018, n. 12504, cit.; Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2015, n. 6293, in *Giust. civ. Mass*., 2015; Cass. civ., sez. II, 12 marzo 2010, n. 6142, cit.; App. Roma, sez. III, 13 gennaio 2009, n. 116, in *Giur. mer.,* 2009, p. 1813; Cass. civ., sez. II, 29 luglio 2008, n. 20561, cit.; Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 2007, n. 4224, in *Giust. civ*., 2008, p. 2581; Trib. Avellino, 16 giugno 2007, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2009, p. 65; Cass. civ., sez. II, 13 luglio 1983, n. 4777, in *Giur. it*., 1983, I, p. 1786; Cass. civ., sez. II, 8 gennaio 1981, n. 156, in *Giust. civ. Mass*., 1981, f. 1; Cass. civ., sez. II, 13 agosto 1980, n. 4925, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 8; Cass. civ., sez. II, 6 maggio 1980, n. 2978, *Giust. civ. Mass*., 1980, f. 5.

[77] Cfr. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 708 secondo il quale "La finalità dell'istituto ... è nell'interesse di evitare che in una comunione ereditaria, da dividersi tra vari coeredi, subentrino al posto di qualcuno di essi degli estranei alla successione che turberebbero la serenità dei rapporti necessaria, anzi essenziale, alla conservazione di quello stato di comunione e poi alla serena e obiettiva attuazione della divisione dei beni tra i vari aventi diritto".



to tale comunione non presuppone affatto coesione tra i membri del gruppo; a ciò si aggiunga che, come si è detto, è possibile che tra essi non intercorrano rapporti di parentela e che, anche quando vi siano, ciò non esclude, anzi statisticamente comporta, una fisiologica conflittualità interna al gruppo. D'altro canto proprio la differenza tra la comunione ordinaria e quella ereditaria, in ordine alla mancanza in quest'ultima di una scelta di autodeterminazione dei membri del gruppo in ordine alla sua costituzione, determina la inapplicabilità dell'art. 732 cod. civ. alla comunione ordinaria, in quanto istituto che giustifica la sua funzione proprio ed esclusivamente in materia successoria [78] e specificamente in ragione della natura squisitamente incidentale della comunione ereditaria.

Il valore protetto in via diretta e immediata dall'istituto, nella sua formulazione attuale, pare invece doversi rinvenirsi proprio e specificamente nell'interesse individuale di ciascun coerede, non già a evitare un eccessivo frazionamento della massa ereditaria, che comunque l'alienazione di una quota non determinerebbe [79], ma viceversa alla riduzione del numero di partecipanti alla comunione da realizzarsi mediante la concentrazione di più quote nella stessa sfera giuridica [80]; tale concentrazione favorisce, infatti, la riaggre-

---

[78] La giurisprudenza è costante nell'escludere l'applicabilità alla comunione ordinaria dell'art. 732 cod. civ. in quanto ritenuta norma eccezionale, quindi insuscettibile di applicazione analogica, che si pone come deroga alla regola della libera disponibilità della quota, propria della comunione ordinaria. Cfr. *ex multis*, tra le più recenti, Cass. civ., sez. II, 21 maggio 2018, n. 12504, cit.; Cass. civ., sez. II, 7 marzo 2017, n. 5754, in *Giust. civ. Mass*., 2017; Cass. civ., sez. II, 17 luglio 2015, n. 15032, in *Giust. civ. Mass*., 2015; Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2015, n. 6293, cit.; Cass. civ., Sez. II, 23 febbraio 2007, n. 4224, cit. Anche la dottrina è concorde nel rilevare che deve ritenersi inapplicabile all'art. 732 cod. civ. l'estensione alla comunione ordinaria delle norme sulla divisione ereditaria operata dall'art. 1160 cod. civ., in quanto innanzitutto l'art. 732 cod. civ., a dispetto della sua ubicazione, tecnicamente non è norma sulla divisione (in quanto la vendita della quota ereditaria non determina scioglimento della comunione) e comunque in quanto la norma si pone in letterale contrasto con la disposizione dell'art. 1113 cod. civ. che proclama il principio di libera disponibilità della quota della cosa comune da parte del singolo comunista. Cfr., per tutti, BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 53; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 167.

[79] Al riguardo va rilevato che la vendita della quota non comporta affatto un ulteriore frazionamento della massa ereditaria, ma, di regola la semplice sostituzione di un terzo a uno dei coeredi, il che non altera minimamente il frazionamento originario. D'altro canto è stato osservato come l'alienazione in discorso possa viceversa determinare addirittura una riduzione del frazionamento nell'ipotesi in cui più coeredi alienassero le rispettive quote a un unico estraneo (cfr. D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 207; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 166) e tale alienazione non si sottrarrebbe per questo all'applicazione dell'art. 732 cod. civ. che, quindi, evidentemente assolve altra funzione.

[80] Invero la giurisprudenza di merito, ribadendo tralaticiamente che l'istituto della prelazione ereditaria sia funzionale a impedire l'ingresso di un estraneo nella comunione, in talune pronunce, pur confermando la medesima *ratio*, non manca di evidenziare che l'istituto favorisce anche la concentrazione dei beni oggetto della comunione ereditaria nelle mani di pochi soggetti. Cfr. App. Cagliari, 24 febbraio 2015, n. 138, in *Riv. not*., 2016, p. 116; Trib. Salerno, sez. II, 24 gennaio 2008, n.238, in *Il merito,* 2008, n. spec. 3, p. 28; Trib. Verona, 7 marzo 2000, in *Giur. it*., 2001, p. 950.



gazione del patrimonio disaggregato consentendo una più agile assegnazione di proprietà esclusive in sede di divisione, che costituisce senz'altro la soluzione che maggiormente realizza le ragioni proprietarie di ciascun coerede [81]. La tutela di tali interessi individuali, secondo la fisiologica eterogenesi dei fini insita nel fondamento assiologico di qualunque norma, è funzionale anche alla tutela di istanze sociali e quindi di interessi anche generali; attraverso la ricompattazione delle forme proprietarie disaggregate, infatti, si realizza una garanzia di maggiore certezza ed efficienza nella circolazione proprietaria, [82] nonché una migliore tutela delle ragioni creditorie sia dei creditori del *de cuius* sia di quelli degli eredi [83]. Come si è sopra evidenziato, l'istituto, con la morfologia attribuitagli dal legislatore del 1942 e sorretto dal fondamento assiologico così ricostruito, si conferma senz'altro coerente con il sistema di valori che emerge dal diritto successorio attuale, anche in considerazione delle linee evolutive che emergono in prospettiva *de iure condendo.*

4. – Il carattere disponibile dei diritti di prelazione e di retratto emerge dalla stessa modalità operativa congegnata che, come si è detto, lascia l'intero esplicarsi del meccanismo atto a garantire al coerede di essere preferito a parità di condizioni al terzo estraneo nell'acquisto delle altre quote ereditarie, all'iniziativa individuale del soggetto interessato. È pertanto evidente che i diritti in discorso siano intrinsecamente rinunciabili in quanto posti a specifica e diretta tutela dell'interesse del titolare che, come è libero di non esercitarli, deve ritenersi sia libero di dismetterli [84]. Occorre tuttavia verificare quan-

[81] Naturalmente, infatti, della prelazione, che è posta a tutela dell'interesse di ciascun coerede, si avvantaggia in via indiretta anche il gruppo, in quanto, com'è stato osservato, una volta che siano stati esercitati la prelazione o il retratto, le operazioni divisorie ne risultano agevolate. Cfr. VITUCCI, *Sul fondamento della prelazione successoria*, cit., p. 53 s.

[82] Come la dottrina non manca di evidenziare, "la ricompattazione delle forme di appartenenza disaggregate ... ha sicuramente una valenza positiva dato che una proprietà compatta è più snella di una proprietà frammentata, può circolare con maggior facilità e pone minori problemi gestionali": Gallo, *Prelazione*, cit., p. 170 s.

[83] Evidenzia, tra gli obiettivi assiologici indiretti dell'istituto in discorso, la tutela degli interessi dei creditori del *de cuius* a vedere favorito un più rapido esercizio dei propri crediti nei confronti di un numero chiuso e certo di debitori, ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 192.

[84] Cfr. BONILINI, *La rinunzia al diritto di prelazione ereditaria*, cit., p. 164 secondo il quale la rinunciabilità dei diritti in questione pare addirittura ovvia. Nello stesso senso TRIMARCHI, *Prelazione e retratto successorio: profili applicativi*, cit., p. 337 secondo il quale "la derogabilità del diritto di prelazione è immanente la norma in commento, la quale ne riconosce, esplicitamente, la libera disponibilità". La dottrina maggioritaria conviene sulla rinunciabilità dei diritti in discorso, cfr. COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il*



do e come può essere espressa la rinuncia e quali effetti produca, in quanto sul tema il dibattito è ancora aperto sia in dottrina sia in giurisprudenza.

Preliminarmente occorre evidenziare che, poiché, come si è rilevato, i diritti di prelazione e di riscatto sono autonomi, ciascuno di essi può essere oggetto di rinuncia e, quindi, in linea di principio il titolare può rinunciare a entrambi o a uno solo di essi. Tuttavia, considerato che il diritto di riscatto nasce solo in seguito alla violazione del diritto di prelazione, la rinuncia al diritto di prelazione non può non comportare, implicitamente e inevitabilmente sia sul piano logico che sul piano ontologico, la rinuncia al riscatto; rinunciando al diritto di prelazione, infatti, si rende impossibile il verificarsi del fatto (inadempimento al diritto medesimo) che fa sorgere in capo al titolare il diritto al riscatto [85]. L'eventuale rinuncia al diritto di riscatto, viceversa, non importa rinuncia al diritto di prelazione, poiché il soggetto che ha subito la violazione del proprio diritto di prelazione può non avere interesse a surrogarsi all'acquirente e limitarsi a chiedere il risarcimento del danno subito a causa dell'inadempimento che ha comunque determinato la violazione del suo interesse a essere interpellato prima che il trasferimento venisse eseguito a favore di terzi [86].

Al fine di individuare il momento dal quale è possibile porre in essere una valida rinuncia occorre avere riguardo al tempo in cui il diritto oggetto di rinuncia sorge in capo al titolare.

a) Con riguardo al diritto di prelazione, la giurisprudenza, accogliendo l'orientamento già maggioritario in dottrina, è ormai costante nel riconoscere che la rinuncia possa precedere la *denuntiatio,* in quanto l'eventuale rifiuto della stessa, oppure l'inerzia del titolare fino alla scadenza del termine concesso per l'esercizio della prelazione, deve ritenersi che non integrino una vera e propria rinuncia al diritto, ma piuttosto il mancato esercizio dello stesso [87]. Pertanto, superato il precedente orientamento che, individuando nella

---

diritto di prelazione del coerede, cit., p. 207 e bibliografia ivi citata sub nota 603. *Contra* DE MARTINIS, *Rinunzia «preventiva» alla prelazione legale e nullità «virtuale»*, cit., p. 715 ss. il quale dalla natura cogente dell'art. 732 cod. civ. desume la nullità della rinuncia dei diritti a esso attribuiti da parte del titolare.

Pur convenendosi sulla natura imperativa della norma, sulla quale ci si soffermerà nel prosieguo, non pare viceversa potersi condividere la conseguenza che l'Autore ne trae in ordine alla indisponibilità dei diritti, in quanto, come sarà precisato nel testo, occorre tenere distinta la natura disponibile dei diritti assegnati e la natura cogente della norma che sottrae alla disponibilità dei privati l'attribuzione dei diritti medesimi e non la loro attuazione.

[85] Cfr. BONILINI, *Il retratto successorio*, cit., p. 230.

[86] Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione,* cit., p. 283.

[87] Cfr. Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2016, n. 16314, cit., secondo la quale "Il coerede può rinunciare alla



denuntiatio il momento di acquisto del diritto di prelazione, negava la legittimità della rinuncia precedente, la Suprema Corte conferma che il diritto di prelazione di acquista con la qualità di erede, altrimenti non si individuerebbe la fonte dell'obbligo di eseguire la *denuntiatio*, e ne desume che la rinuncia vera e propria è esclusivamente quella espressa prima della *denuntiatio* [88]. Essa è tuttavia incline a ritenere che, poiché il diritto di prelazione è il diritto di essere preferito a parità di condizioni, perché la rinuncia sia valida è necessario che il coerede, pur non avendo ricevuto la proposta contrattuale, sia comunque a conoscenza delle condizioni della programmata alienazione; in assenza di tale cognizione la rinuncia sarebbe nulla per indeterminatezza dell'oggetto [89]. Secondo un successivo arresto, che ha fornito un'interpretazione della norma significativamente più elastica, la rinuncia sarebbe tuttavia valida in presenza di un progetto di alienazione pur genericamente programmato [90].

---

prelazione *ex* art. 732 cod. civ. non solo dopo la *denuntiatio*, che si traduce, più propriamente, nel mancato esercizio del diritto rispetto a una specifica proposta notificatagli, ma anche preventivamente e, dunque, in epoca precedente rispetto a un'alienazione solo genericamente progettata"; Conformi: Cass. civ., sez. II, 31 gennaio 2014, n. 2159, in *Giust. civ. Mass*., 2014; Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 1999, n. 310, cit.; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1994, n. 624, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1994, I, p. 498.

[88] Tale arresto della Suprema Corte si ha con la sentenza da ultimo citata (Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1994, n. 624, cit.) la quale, come si legge in motivazione, si discosta dall'orientamento formatosi invero, non già nella materia che ci occupa, bensì in tema di prelazione agraria, secondo il quale, sul presupposto che il diritto di prelazione sorgesse in capo al coerede per effetto della *denuntiatio*, la rinuncia intervenuta in un tempo precedente doveva ritenersi nulla in quanto avente a oggetto diritti futuri (cfr. S. UTTIERI, *L'ammissibilità della preventiva rinuncia alla prelazione ereditaria*, in *Not.*, 2017, p. 37 ss. e bibliografia ivi citata *sub* nota 10). Al riguardo la pronuncia in discorso precisa che un siffatto orientamento "non può essere condiviso, in quanto intimamente contraddittorio. Se, infatti, il diritto di prelazione non esistesse prima della *denuntiatio*, non si comprenderebbe quale sarebbe il fondamento dell'obbligo (e del corrispondente diritto) di tale *denuntiatio*" e aggiunge che "Nel caso in cui vi sia stata la notifica della *denuntiatio*, poi, la "rinunzia" all'esercizio della prelazione va più correttamente qualificata "rifiuto"".

[89] Secondo la pronuncia da ultimo citata (Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1994, n. 624, cit.), infatti, "Se la prelazione è il diritto di essere preferito al terzo a parità di condizioni, non vi può essere rinunzia all'esercizio di tale diritto se non si conoscono le condizioni pattuite tra il soggetto passivo e il terzo eventuale acquirente", pertanto, "Ad avviso del collegio tale rinunzia (non al diritto di prelazione in quanto tale, ma al solo diritto di esercitare la prelazione) deve ritenersi nulla per indeterminatezza del suo oggetto". A commento, critico, F. REGINE, *Sulla rinunzia alla prelazione ereditaria*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1994, II, p. 500 ss.

[90] Un rilevante ampliamento dei limiti di disponibilità del diritto di prelazione e, quindi, delle ipotesi di validità della rinuncia preventiva allo stesso da parte del titolare è compiuto con la pronuncia Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 1999, n. 310, cit. (pedissequamente confermata poi da Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2016, n. 16314, cit.) la quale, superando il limite segnato dalla precedente pronuncia, ammette la validità della rinuncia al diritto di prelazione intervenuta prima della *denuntiatio* anche nell'ipotesi in cui manchi un progetto di alienazione definito e quindi non siano ancora note le condizioni del trasferimento. L'ampliamento operato da tale pronuncia, sicuramente condivisibile, non pare tuttavia risolutivo. Parte della dottrina vi ha invero intravisto una



La posizione assunta dalla giurisprudenza, pur notevolmente temperata dall'ammissione della validità di una rinuncia fatta in vista di un'alienazione genericamente programmata [91], non pare, così formulata, riflettere ancora la integrale portata della rinunciabilità del diritto in discorso.

Se, infatti il diritto di prelazione sorge in capo al coerede in quanto tale, esso costituisce già al momento dell'accettazione dell'eredità un diritto attuale e concreto [92], in quan-

---

tendenza ad ammettere anche la "dismissione immediata del diritto di prelazione da parte dal coerede, sin dall'apertura della successione, a prescindere da qualsiasi progetto (generale o specifico) di alienazione": S. BARTOLUCCI, *La rinuncia preventiva alla prelazione ereditaria*, in *Not.*, 2000, p. 253 ss. spec. 254. Nonostante tale auspicio fosse sicuramente condivisibile non può sottovalutarsi la propensione della Suprema Corte, forse in ragione dei limiti impostile del *petitum*, a confermare nelle sue pronunzie una formula sintattica che, inequivocabilmente, subordina la validità della rinuncia intervenuta prima della *denuntiatio* a un progetto, sia pur generico, di alienazione già in atto. In particolare, Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 1999, n. 310, cit. aveva disposto che "Nell'ambito della comunione ereditaria il coerede acquista il diritto di prelazione insieme con la qualità di erede e non al momento della *denuntiatio*, con la conseguenza che la rinunzia a tale diritto può essere compiuta non solo con riferimento a una specifica proposta di alienazione ma anche con riguardo a un'alienazione progettata genericamente" e Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2016, n. 16314, cit., ribadisce che "Il coerede può rinunciare alla prelazione *ex* art. 732 cod. civ. non solo dopo la *denuntiatio*, che si traduce, più propriamente, nel mancato esercizio del diritto rispetto a una specifica proposta notificatagli, ma anche preventivamente e, dunque, in epoca precedente rispetto a un'alienazione solo genericamente progettata, giacché egli acquisisce il diritto di retratto unitamente alla qualità di erede".

[91] La dottrina ha evidenziato la rilevanza sistematica di quest'arresto della Suprema Corte che, seppur inidoeno, secondo l'argomentazione sviluppata nel testo, a concludere il dibattito sulla portata che la rinuncia può avere, ha senz'altro il merito di aver fissato il principio, secondo il quale l'ammissibilità della rinuncia dipende dal momento genetico del diritto, che può essere assunto quale "criterio guida da utilizzare in ogni caso di prelazione". In questi termini UTTIERI, *L'ammissibilità della preventiva rinuncia alla prelazione ereditaria*, cit., p. 44, il quale, applicando il detto criterio guida alla prelazione agraria (del coltivatore diretto e del proprietario confinante), alla prelazione urbana (commerciale e abitativa), alla prelazione dello Stato sui beni pubblici, alla prelazione artistica e alla prelazione del partecipante all'impresa familiare, conclude per l'ammissibilità della rinuncia alla prelazione prima della *denuntiatio* nelle ipotesi considerate (*ibidem*, p. 44 ss.).

[92] Non pare potersi condividere la ricostruzione secondo la quale andrebbero individuate, in capo al coerede, due distinte situazioni giuridiche e, cioè, "il diritto, per così dire «astratto» a essere preferiti", rinunciabile in qualunque momento e fin dall'acquisto della qualità di coerede, e "un diritto «concreto» di prelazione" che integra "il diritto ad essere preferiti in relazione ad una singola e specifica alienazione" da esercitarsi in presenza di un programma preciso di alienazione e la cui "dismissione non incide sulla permanenza del diritto astratto a essere preferiti": REGINE, *Sulla rinunzia alla prelazione ereditaria*, cit., p. 501. Pur convenendo sulla soluzione proposta dall'Autore, secondo il quale la rinuncia a un acquisto determinato non pregiudica il diritto a essere preferito in relazione a condizioni d'acquisto diverse, non pare correttamente impostata la ricostruzione teorica del diritto di prelazione come situazione giuridica doppia in cui scindere un diritto astratto e uno concreto. Si ritiene viceversa maggiormente conforme al dato testuale e aderente al fondamento assiologico dell'istituto, individuare una singola situazione giuridica, attuale e concreta, di natura strumentale, in cui, come specificato nel testo, il comportamento realizzativo dell'interesse, consistente nella *denuntiatio,* è (deve essere) tenuto dall'obbligato, e il comportamento del titolare di accettazione si configura come futuro ed eventuale atto di esercizio del diritto. Per le medesime ragioni non si ritiene di poter convenire neppure con quanti (cfr.



to il comportamento realizzativo dell'interesse dallo stesso protetto non è da individuarsi nell'esercizio della prelazione da parte del titolare, che è solo successivo ed eventuale, ma nella *denuntiatio* da parte dei soggetti passivi (gli altri coeredi) che sono tenuti a eseguirla nell'ipotesi in cui programmino l'alienazione della propria quota (o di parte di essa). Dal momento il cui il diritto viene acquistato deve allora ritenersi senz'altro rinunciabile a prescindere da qualsiasi concreto programma di alienazione da parte degli altri coeredi e, quindi, anche con riferimento a una futura alienazione che si configuri come meramente eventuale.

Deve piuttosto ritenersi che la presenza o meno di un'alienazione già programmata incide non sulla validità della rinuncia al diritto di prelazione, ma sull'oggetto e quindi sugli effetti della rinuncia medesima. Come evidenziato in dottrina occorre, cioè, di volta in volta verificare quale sia l'oggetto della rinuncia [93]. Se, infatti, la rinuncia riguarda qualsiasi eventuale futura alienazione, essa ha a oggetto il diritto di prelazione nella sua interezza e, quindi, il diritto di essere interpellato prima del trasferimento a terzi ed eventualmente preferito a questi. Una rinuncia di tal fatta, che può essere destinata a uno o a tutti i coeredi, comporta la completa riespansione dell'autonomia contrattuale del destinatario (o dei destinatari) che da quel momento è libero (o sono liberi) di alienare la propria quota a terzi (salvo il diritto di prelazione degli altri coeredi non rinuncianti) senza che rilevino le condizioni del trasferimento. Se, invece, la rinuncia riguarda un'alienazione genericamente progettata essa ha a oggetto il diritto di essere preferito a terzi in quel trasferimento, pertanto essa lascia libero il singolo coerede di porre in essere quel trasferimento programmato a favore di terzi senza che rilevino le condizioni (che non erano note al rinunciante e che quindi non hanno inciso sulla volontà manifestata con la rinuncia), ma non esonera i coeredi dall'obbligo di eseguire la *denuntiatio* e di rispettare il suo diritto di prelazione in relazione ad altre alienazioni successivamente programmate. Se, infine, la rinuncia riguarda un'alienazione specificamente programmata di cui il soggetto conosce anche le condizioni, essa legittima il coerede a eseguire il trasferimento a favore del terzo, ma solo alle condizioni suddette (che evidentemente hanno influenzato, se non determinato, la volontà espressa con la rinuncia), rimanendo viceversa questi tenuto al rispetto del diritto di prelazione e, quindi, a eseguire apposita *denuntiatio* ove decida di operare il trasferimento a condizioni diverse da quelle originariamente pro-

---

BARTOLUCCI, *La rinuncia preventiva alla prelazione ereditaria*, cit., p. 254) contestano la configurabilità all'interno della prelazione di due diritti, uno astratto e uno concreto, tuttavia ritengono che il diritto di prelazione sia sì uno solo, ma che esso prima della *denuntiatio* si trovi in uno stato di quiescenza.

[93] Cfr. VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 172.



grammate [94]. Anche in questa ipotesi resta ovviamente fermo l'obbligo dei coeredi al rispetto del diritto di prelazione dell'erede che ha operato tale tipo di rinuncia, con riguardo ad altre alienazioni successivamente pianificate.

Deve ritenersi che la rinuncia possa essere espressa in qualunque forma [95], anche tacita, in quanto ha a oggetto un diritto di credito e non la titolarità della quota [96]. Perché operi la rinuncia tacita occorre, naturalmente, che i fatti concludenti siano tali da manifestare inequivocabilmente l'assenza dell'interesse protetto attraverso il diritto in discorso e, quindi, la volontà di rinunziarvi [97].

b) Il diritto di riscatto, come si è detto, sorge in capo all'erede solo in un momento successivo e cioè nel momento in cui il suo diritto di prelazione sia stato violato trasferendo a terzi una quota ereditaria (o parte di essa) senza prima interpellare il coerede oppure, pur avendolo fatto, senza attendere lo *spatium deliberandi* a questi concesso dalla legge, o, infine, ignorando la volontà da questi espressa di essere preferito a parità di condizioni. Dal momento della suddetta violazione il titolare può validamente rinunciare al diritto di riscatto e può farlo sia dismettendo contestualmente anche il diritto di prelazione, così abdicando qualunque pretesa nei confronti del coerede che ha perpetrato la violazione, sia circoscrivendo la rinuncia al riscatto, così conservando il diritto alla tutela risarcitoria. La rinuncia eseguita in un momento precedente alla violazione del diritto di prelazione, ossia dopo l'instaurarsi della comunione ma prima del momento genetico,

---

[94] Cfr. COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 208.

[95] Cfr. VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 172; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione,* cit., p. 182; nello stesso senso Regine, *Sulla rinunzia alla prelazione ereditaria*, cit., p. 502 il quale evidenzia che in qualche datata pronuncia la Suprema Corte aveva ritenuto necessaria la forma scritta nell'ipotesi in cui l'oggetto dell'alienazione comprendesse beni immobili, e condivisibilmente sottolinea che tale ragionamento muove dalla confusione tra la rinunzia a diritti reali su immobili, che richiede la forma scritta, e la rinuncia a una semplice eventualità di acquisto, che rimane assolutamente estranea all'ambito applicativo dell'art. 1350 cod. civ. *Contra* GIULIANI, *Il retratto successorio*, cit., p. 575.

[96] Cfr. COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 209.

[97] Così, la Suprema Corte ha precisato che "l'alienazione onerosa di una porzione della quota ereditaria, di per sé, non implica rinuncia" ai diritti di prelazione e riscatto e che questi diritti "che l'art. 732 cod. civ. accorda a ciascun coerede … sono senz'altro disponibili; che, nondimeno, la duplice circostanza per cui taluno dei coeredi abbia atteso all'alienazione onerosa di porzione pur significativa della propria quota e gli altri coeredi, che pur avrebbero potuto far valere le facoltà *de quibus*, si siano astenuti dal farlo, per nulla importa che il coerede alienante, in dipendenza dell'operata onerosa parziale alienazione, abbia dismesso per suo conto le suddette medesime facoltà": Cass. civ., sez. II, 31 gennaio 2014, n. 2159, cit. La dottrina ha precisato che si ha invece senz'altro rinuncia tacita nel caso in cui il coerede, congiuntamente al cessionario di quota ereditaria, doni a un terzo un bene indiviso, e, ancora, nel caso in cui il coerede presti il proprio assenso all'alienazione all'estraneo già posta in essere o al relativo preliminare. Cfr. BONILINI, *La rinunzia al diritto di prelazione ereditaria*, cit., p. 164 s.



deve ritenersi concretare una rinuncia a un diritto futuro, in quanto tale da ritenersi in linea di principio inammissibile [98].

4.1. – Segue – Assunta la piena disponibilità dei diritti in discorso e, quindi, la validità della rinuncia da parte del titolare che ne impedisca il funzionamento rendendoli non più esercitabili, occorre verificare se il potenziale destinatario e il testatore possano inibirne addirittura l'attribuzione. A tal fine appare necessario verificare la natura dispositiva o cogente della norma che li attribuisce.

La giurisprudenza, che si è pronunciata in merito alla validità della rinuncia ai diritti di prelazione e riscatto da parte del titolare, ha tralaticiamente ribadito che l'art. 732 cod. civ. non possa qualificarsi quale norma inderogabile [99], ma a ben vedere l'affermazione

[98] Secondo la dottrina maggioritaria va esclusa la possibilità di rinunciare a situazioni che non siano già nel patrimonio del rinunciante e che configurino quindi diritti futuri. Poiché la rinuncia è un atto di esercizio del diritto (in particolare un atto negoziale abdicativo in cui la disposizione è caratterizzata dall'abbandono della titolarità del diritto: F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., XL, Giuffrè Milano, 1989, p. 928), solo i diritti già presenti nella sfera giuridica del soggetto possono essere da questo rinunciati. Sul tema vedi da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici essenziali, G. SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XVII, Utet, Torino, 1998, p. 652 ss., spec. 658 s. Tuttavia parte della dottrina, con specifico riguardo al diritto di riscatto, ammette la valida rinuncia anche nel momento in cui il diritto non è ancora entrato nel patrimonio del coerede e rileva la necessità di rivestire tale tipo di rinuncia con la forma scritta, pur in assenza di indicazioni normative in tal senso e in deroga alla regola della libertà della forma della rinuncia ai diritti di cui si discute quando siano attuali. Cfr. Bonilini, *Il retratto successorio*, cit., p. 231. Anche VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 172 ammette la rinuncia al diritto di riscatto in qualunque momento successivo all'acquisto della qualità di erede, non in quanto diritto futuro, ma in quanto già attuale, sul presupposto che questo, unitamente al diritto di prelazione, si acquisti al momento della costituzione della comunione ereditaria.

Invero, come argomentato nell'indagine sin qui svolta, si ritiene che il momento genetico del diritto di riscatto sia da individuarsi nella violazione del diritto di prelazione e che prima di allora il diritto non sia esercitabile e, quindi, non sia rinunciabile. D'altro canto potrebbe ammettersene la rinuncia preventiva ove questa si configurasse non già come atto di esercizio del diritto, ma come opposizione a che quella situazione giuridica entri nel patrimonio del soggetto. Tale possibilità è tuttavia da escludere, in quanto, anche in tal caso la rinuncia è nulla ove aggiri norme imperative (cfr. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 659). Come sarà chiarito nel prosieguo, l'art. 732 cod. civ. è da ritenersi norma imperativa che, pur non determinando la indisponibilità dei diritti da essa attribuiti a tutela dell'interesse del titolare, sottrae all'autonomia dei privati specificamente la produzione degli effetti in essa prescritti e, quindi, proprio l'acquisto in capo al coerede (in tempi diversi) del diritto di prelazione e del diritto di riscatto, dei quali egli potrà poi disporre anche rinunciandovi.

[99] Cfr. Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1994, n. 624, cit. secondo la quale il coerede può validamente rinunziare al diritto di prelazione *ex* art. 732 cod. civ. "non avendo la citata norma carattere inderogabile". In altre pronunzie, meno recenti, la Suprema Corte, pronunziandosi sull'ambito applicativo della norma e in particolare sulla sua non retroattività, ne ha esclusa la qualificazione come norma di ordine pubblico. Cfr. Cass. civ., sez. II, 23 luglio 1983, n. 5083, in *Giust. civ. Mass*., 1983, fasc. 7, secondo la quale "l'art. 732 cod. civ. vigente … non è né norma processuale, attinendo a un istituto di natura sostanziale, né disposizio-



viene utilizzata esclusivamente al fine di affermare, preliminarmente, la natura privata e degli interessi da essa tutelati e, conseguentemente, la piena disponibilità dei diritti funzionali alla loro tutela.

Tuttavia la natura privata degli interessi protetti e la conseguente disponibilità dei diritti a questi correlati, non escludono affatto il carattere imperativo della norma che li prevede in quanto possono ben ricorrere norme cogenti poste a tutela di interessi privati la cui violazione determini la nullità del contratto che si ponga in violazione delle stesse *ex* art. 1418 cod. civ. comma 1, anche virtuale in assenza di espressa previsione legislativa [100].

Invero la natura cogente della norma non si evince dalla natura pubblica o privata dell'interesse protetto dagli effetti in essa previsti, ma dal fatto che la produzione di tali effetti sia sottratta all'autonomia delle parti, sicché l'eventuale atto di autonomia che ne inibisca la produzione sarà colpito da nullità [101].

---

ne di ordine pubblico, mirando solo a evitare l'ingresso nella comunione ereditaria di soggetti diversi dai primi successori"; negli stessi termini dispongono Cass. civ., sez. II, 22 ottobre 1992, n. 11551, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1993, I, p. 687 e Cass. civ., sez. II, 24 giugno 1996, n. 5823, in *Giust. civ. Mass*., 1996, p. 913. Al riguardo va rilevato che la giurisprudenza tende a utilizzare impropriamente il sintagma ordine pubblico, dovendosi piuttosto, nel caso di specie, far riferimento alla categoria delle norme imperative, trattandosi non già dell'"espressione di principi dell'ordine sociale che regolano i rapporti tra individui" e quindi di uno dei "valori fondamentali che caratterizzano la posizione dell'individuo in una data società" (secondo la definizione di ordine pubblico elaborata dalla migliore dottrina: G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buoncostume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 60), bensì proprio di una norma che tutela un interesse privato in modo rafforzato, cioè sottraendo l'attribuzione dello strumento funzionale alla tutela alla disponibilità dei privati. Sul rapporto tra norme imperative e ordine pubblico si rinvia, anche per i puntuali riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, ad A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim* e spec. p. 89 ss.

[100] Specificatamente sulla configurabilità di ipotesi di nullità virtuale in presenza di norme cogenti che, volte alla tutela dell'interesse di uno dei soggetti coinvolti, siano sprovviste di espressa comminatoria di nullità come conseguenza della violazione, vedi G. Passagnoli, *Le nullità speciali*, Giuffrè, Milano, *passim* e in particolare p. 41 ss., p. 235 ss. Sulla crisi del criterio che fa leva sulla natura (pubblica) dell'interesse, quale indice di nullità, vedi L. Ferroni, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 625 ss.; G. D'Amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 15 ss.; ID., *Nullità non testuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 798 ss.; G.R. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 122 ss. Sul tema sia inoltre consentito il rinvio a A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Giuffrè, Milano, *passim* e spec. p. 215 ss.

[101] Per il superamento dell'impostazione tradizionale che faceva discendere l'imperatività della norma dalla natura pubblica degli interessi, si rinvia, anche per la bibliografia essenziale all'attenta ricostruzione di A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene editore, Napoli, 2003, *passim*. L'Autore osserva che "l'imperatività non dipende ... da elementi estrinseci e preesistenti alla norma stessa, ma è una qualificazione che questa riceve proprio in considerazione della nullità e delle altre conseguenze che dispone in caso di sua violazione, ponendosi come limite invalicabile per l'autonomia privata" (*ibidem*, p. 22), e aggiunge che "il fondamento delle norme imperative non consiste necessariamente in valori



Da parte della dottrina si è pure rilevato che l'impossibilità di qualificare la norma come cogente risulterebbe proprio dal fatto che per il negozio concluso in spregio della stessa non sia prescritta la nullità, bensì il diritto di riscatto [102]. Al riguardo va, preliminarmente, evidenziato che la previsione espressa di un rimedio diverso dalla nullità del contatto per la violazione della norma non è affatto indice del suo carattere dispositivo, come dimostra la mera constatazione che l'art. 1418 cod. civ. condiziona espressamente la nullità del contratto, quale risposta dell'ordinamento alla violazione delle norme imperative, alla mancanza di una contraria previsione da parte del legislatore [103]. Pertanto l'attribuzione del diritto di riscatto come rimedio offerto al titolare del diritto di prelazione per il caso di alienazione posta in essere dal suo coerede in violazione del suo diritto di prelazione, nulla dice in ordine al carattere cogente o dispositivo della norma che gli attribuisce il diritto violato. Va inoltre rilevato che il contratto considerato, ossia il trasferimento al terzo estraneo di una quota ereditaria in spregio del diritto di prelazione dei coeredi, non è specificamente l'atto di autonomia privata che la norma in commento avversa, sottraendo la disponibilità dei suoi effetti. Come si è sopra rilevato, infatti, ciò che è sottratto all'autonomia privata mediante una norma imperativa è il prodursi degli effetti previsti, non il loro esplicarsi.

Invero l'art. 732 cod. civ. deve senz'altro considerarsi una norma cogente, in quanto è sì funzionale alla tutela di interessi individuali, ma predispone per tali interessi una tutela decisamente forte attribuendo al coerede non solo il diritto relativo di prelazione, ma anche un diritto potestativo, che sorge nel caso in cui il primo venga violato, che gli garantisce la piena realizzazione dell'interesse protetto. E tale strumento, alternativo al mero giudizio di disvalore eventualmente conseguente alla violazione della norma, cioè la nullità del contratto di alienazione stipulato in violazione del diritto di prelazione, garantisce al titolare una tutela molto più forte e immediata consentendogli, non solo di paralizzare gli effetti dell'alienazione, ma addirittura di deviarli nella propria sfera giuridica.

Occorre invece verificare la cogenza della norma sotto un'altra prospettiva. Come si è detto, la norma imperativa sottrae all'autonomia privata la produzione degli effetti in essa previsti e, quindi, l'attribuzione delle situazioni giuridiche da essa disposta. Ora, l'art. 732 cod. civ., prevede, tra gli effetti successori, l'insorgenza in capo ai coeredi dei diritti

---

dell'intera collettività" e "Tale considerazione acquista peraltro importanza decisiva nelle ipotesi in cui la specifica disposizione violata non prevede espressamente l'invalidità in questione" (*ibidem*, p. 45).

[102] Cfr. REGINE, *Sulla rinunzia alla prelazione ereditaria*, cit., p. 501.

[103] Sul meccanismo operativo dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. si rinvia, per tutti, a VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., *passim* e spec. p. 22 ss., 142 ss.



di prelazione e retratto. E allora deve ritenersi che il carattere cogente della norma determini senz'altro la nullità dell'eventuale negozio che inibisca la produzione degli effetti prescritti. In particolare, posto che la disposizione correli, con norma inderogabile, alla costituzione di una comunione ereditaria l'insorgenza del diritto di prelazione e, successivamente, del diritto di riscatto in capo ai coeredi, essa impedisce, colpendola con il giudizio di disvalore della nullità, la programmazione volta a inibire l'attribuzione dei diritti medesimi, salva la possibilità di rinunciarvi una volta che siano sorti. Deve allora senz'altro ritenersi nulla qualunque programmazione posta in essere prima dell'apertura della successione e volta a inibire la produzione degli effetti prescritti dalla norma e quindi l'attribuzione in capo ai coeredi dei diritti di prelazione e riscatto.

Al riguardo occorre distinguere l'atto negoziale eventualmente posto in essere dal futuro erede, dalla disposizione testamentaria predisposta dal *de cuius*.

Con riferimento alla rinuncia posta in essere dal futuro coerede, la nullità *ex* art. 1418 comma 1 per violazione dell'art. 732 cod. civ. si configura come residuale, in quanto essa ha a oggetto diritti futuri ed è quindi per ciò stesso da ritenersi inammissibile. Ove poi sia oggetto di un accordo tra i futuri coeredi o tra questi e il *de cuius,* rimarrebbe travolta dalla nullità del patto per violazione del divieto di patti successori. Anche nell'ipotesi in cui, *de iure condendo*, secondo la tendenza legislativa confermata dal citato progetto di riforma [104], dovesse essere espunto dal sistema il divieto suddetto con specifico riguardo ai patti rinunciativi [105], non pare che la rinuncia preventiva (anticipata a un momento antecedente l'apertura della successione) ai diritti di prelazione e riscatto possa sfuggire alla comminatoria di nullità *ex* art. 1418 comma 1 cod. civ. Com'è stato già evidenziato, infatti, il superamento del divieto di patti successori, cominciato con l'introduzione nel sistema del patto di famiglia, è funzionale a evitare la disgregazione dei beni e i diritti di prelazione e riscatto assolvono proprio la funzione di facilitare la riaggregazione di forme proprietarie disaggregate. Pertanto sarebbe intimamente contraddittorio che dall'introduzione di un ulteriore strumento (i patti successori rinunciativi) utile a evitare la disgregazione si facesse derivare l'ammissibilità di accordi volti a inibire strumenti funzionali alla riaggregazione.

L'eventuale disposizione testamentaria con la quale di *de cuius* escluda o limiti il di-

---

[104] Vedi sopra *sub* nota 10.

[105] In particolare nel testo del Disegno di legge in discorso si prevede "la possibilità di stipulare patti sulle successioni future che consentano di... rinunciare irrevocabilmente, da parte di soggetti successibili, alla successione generale o a particolari beni, ferma restando l'inderogabilità della quota di riserva prevista dal codice civile ... Si vuole quindi ... eliminare il divieto di patti successori rinunciativi ...".



ritto di prelazione o il diritto di riscatto in capo ai coeredi deve ritenersi nulla *ex* art. 1418 co. 1 cod. civ. per contrarietà a norme imperative, cioè appunto per violazione dell'art. 732 cod. civ. [106].

Tale carattere cogente, funzionale a garantire la produzione dell'effetto, non incide sulla piena disponibilità delle situazioni giuridiche che, poste a tutela dell'interesse del titolare, possono da questo essere rinunciate in qualunque momento sin dal loro acquisto con le modalità e con gli effetti sopra evidenziati. La rinuncia, infatti, non inibisce la produzione dell'effetto, già avvenuta, ma costituisce solo una forma di esercizio del potere che esso attribuisce che ne determina il mancato esplicarsi.

5. – Prelazione e retratto sono correlati non già alla titolarità della quota ereditaria, bensì essenzialmente alla qualità di coerede che, in quanto partecipante alla comunione ereditaria, è titolare del diritto di prelazione, la cui violazione farà successivamente sorgere in capo al medesimo il diritto al riscatto.

Come sì è evidenziato, tale prerogativa è assegnata ai coeredi in ragione del meccanismo, del tutto indipendente da atti di autodeterminazione, che determina l'instaurarsi della comunione e, quindi, della natura essenzialmente incidentale della comunione ereditaria.

Da ciò discende la sicura intrasmissibilità dei diritti in questione per atto *inter vivos*, in quanto l'ingresso in comunione dell'eventuale acquirente della quota ereditaria (o di parte di essa) è determinato da un'operazione negoziale che esprime sia la volontà di colui ha concluso l'acquisto con uno dei coeredi, sia la volontà degli altri coeredi che (rinunciando al diritto di prelazione oppure non esercitandolo) non hanno impedito il tra-

---

[106] Sostiene invece, in virtù dell'asserito carattere dispositivo della norma, da evincersi dalla disponibilità dei diritti dalla stessa attribuiti, che il testatore possa escludere o limitare preventivamente l'operatività dell'istituto della prelazione ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 193 il quale trae tale conclusione argomentando dal disposto dell'art. 713 cod. civ. che consente al testatore di prevedere entro determinati limiti temporali il protrarsi dello stato di divisione e, quindi, dovrebbe autorizzarlo anche a escludere o limitare l'operatività dell'art. 732 cod. civ. ; nello stesso senso D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 210 s. *Contra* DE MARTINIS, *Rinunzia «preventiva» alla prelazione legale e nullità «virtuale»*, cit., p. 720 il quale rileva come altra dottrina (*ibidem sub* nota 28), condivisibilmente evidenzi che l'art. 713 cod. civ. riguardi un'ipotesi che nulla ha in comune con la prelazione; nello stesso senso COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 190 e BONILINI, *Retratto successorio*, cit., p. 425 il quale rileva che l'impostazione che, invocando l'art. 713 cod. civ. , sostiene la legittimità dell'esclusione da parte del testatore dei diritti di prelazione e retratto, non è convincente in quanto "prelazione e retratto sono prerogative dei coeredi, ai quali soltanto è consentito di non avvalersene, vuoi non esercitandole, vuoi rinunziando alle stesse". Nello stesso senso A. ARFANI, *Prelazione ereditaria e retratto successorio*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 662.



sferimento. Sicché il terzo acquirente della quota ha diritto di partecipare alla divisione ereditaria, ma resta del tutto estraneo ai diritti prescritti dall'art. 732 cod. civ. non acquistando il potere di pretendere la notifica della *denuntiatio*, nel caso di eventuale alienazione di diritti successori da parte di uno degli originari coeredi, e non rimanendo obbligato a preferire questi a terzi estranei nell'ipotesi di successivi trasferimenti della (o di parte della) quota acquistata.

Occorre piuttosto verificare se i diritti in discorso si trasmettano in seguito a vicende strettamente successorie e, al riguardo, occorre distinguere tra le vicende relative alla successione da cui traggono origine i diritti in questione e quelle viceversa attinenti alla successione di uno dei coeredi.

In relazione alla successione che ha determinato l'insorgere del diritto di prelazione in capo ai coeredi istituiti, deve senz'altro ritenersi che tale diritto segua la transizione della qualità di erede in capo al soggetto che subentra all'originario chiamato in forza dei meccanismi di sostituzione e rappresentazione [107]. Il sostituto e il rappresentante, infatti, subentrano in luogo del sostituito e del rappresentato, in qualità di successori diretti del *de cuius* e quindi, nell'ipotesi in cui si fosse instaurata una comunione ereditaria, acquistano la qualità di coeredi e il correlato diritto di prelazione (nonché il corrispondente obbligo di eseguire la *denuntiatio* a favore degli altri coeredi e rispettare il loro diritto di essere preferiti ai terzi nell'acquisto della quota a parità di condizioni) [108].

In relazione alle vicende successorie relative al singolo coerede occorre verificare se l'erede del coerede, defunto *manente communione*, acquisti, unitamente alla quota ereditaria del suo dante causa, anche il correlato diritto di prelazione (e il conseguente obbligo di *denuntiatio* in caso di eventuale futura alienazione dei diritti successori acquistati).

Al riguardo va preliminarmente sottolineato che la configurabilità dell'acquisto in capo all'erede del coerede dei diritti in discorso prescinde totalmente dal suo legame fami-

---

[107] Cfr. Cass. civ., sez. II, 2 febbraio 2016, n. 1987, in *Guida al dir.*, 2016, 16, p. 91 la quale, confermato che "In tema di successione per rappresentazione il discendente rappresentante che subentri nel luogo e nel grado dell'ascendente rappresentato, che non possa o non voglia accettare l'eredità, succede direttamente al *de cuius*, con la conseguenza che la detta eredità è a lui devoluta nella identica misura che sarebbe spettata al rappresentato", precisa che l'acquisto in capo al rappresentante non è lesivo del diritto di prelazione dei coeredi in quanto egli "non può essere considerato un soggetto estraneo alla comunione ereditaria nei cui confronti sia possibile esercitare il diritto di riscatto".

[108] Come la Suprema Corte conferma, infatti, "In tema di successione per rappresentazione, il discendente legittimo o naturale (rappresentante), nel subentrare nel luogo e nel grado dell'ascendente (rappresentato) – che non possa o non voglia accettare l'eredità – succede direttamente al *de cuius*, sicché egli in qualità di successore *jure proprio* nell'eredità, è legittimato all'esercizio del retratto successorio": Cass. civ., sez. II, 15 gennaio 2015, n. 594, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.



liare con il *de cuius* o con il primo chiamato, in quanto la tutela del gruppo familiare in quanto tale e quindi dei correlati legami, come si è evidenziato, è del tutto estranea al fondamento assiologico degli istituti della prelazione ereditaria e del retratto. L'acquisto del diritto di prelazione unitamente alla quota ereditaria dipende esclusivamente dal titolo del trasferimento; pertanto il discendente del coerede che acquisti per atto *inter vivos* da altro coerede la quota ereditaria di questi si configura senz'altro come terzo ai sensi dell'art. 732 cod. civ. e, quindi, alla stregua di qualunque terzo, è potenziale legittimato passivo dell'azione di riscatto eventualmente proposta dagli altri coeredi che abbiano visto violato il loro diritto di prelazione [109]. Egli, di contro, non potrà vantare il diritto di prelazione sulle quote dei coeredi originari, né dovrà rispettare il loro diritto di prelazione nell'ipotesi che si determini ad alienare la quota acquistata.

In altra posizione pare invece trovarsi l'erede del coerede che acquista la quota per effetto della successione del primo chiamato, apertasi prima della divisione ereditaria; egli, infatti, al pari del primo chiamato, nonché del sostituto e del successore in rappresentazione [110], entra a far parte della comunione non in seguito a una scelta di autodeterminazione, ma in seguito a un fenomeno successorio e, quindi, partecipa a una comunione di carattere squisitamente incidentale.

Invero, anche con riguardo a tale ipotesi, la giurisprudenza e parte della dottrina sono, tuttavia, tendenzialmente contrarie ad ammettere l'acquisto in capo all'erede del coerede, unitamente alla quota ereditaria del suo dante causa, anche del correlato diritto di prelazione (e del conseguente diritto di riscatto) [111]. In particolare si sostiene che la intrasmissibilità

---

[109] Proprio con riguardo a un'alienazione per atto *inter vivos* compiuta da uno dei coeredi a favore dei discendenti di altro coerede, la Suprema Corte ha statuito che "È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 732 cod. civ., prospettata in riferimento agli art. 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui consente al coerede di esperire il retratto successorio anche nei confronti dell'erede del coerede. La finalità del diritto di prelazione e di retratto, infatti, è quella di assicurare la persistenza e l'eventuale concentrazione della titolarità dei beni comuni in capo ai primi successori, facilitando la formazione delle porzioni e impedendo che nei rapporti tra coeredi si inseriscano estranei, tali dovendosi ritenere quelli che non sono compartecipi della comunione ereditaria; è pertanto da escludere che l'art. 732 cod. civ. abbia tra le sue finalità quella di tutelare la famiglia come intesa dai citati parametri costituzionali": Cass. civ., sez. II, 12 marzo 2010, n. 6142, cit. A commento vedi L. GHIDONI, *La prelazione ereditaria tra profili di incostituzionalità,* secrets de famille*, tradizione e luoghi comuni*, in *Fam. pers*., 2011, p. 264 ss.

[110] Evidenzia la similitudine tra la situazione in cui si trova chi subentri al primo chiamato in rappresentazione o in sostituzione e chi vi subentri per successione, Loi, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 31 la quale rileva come la posizione della giurisprudenza, si cui subito si dirà nel testo, contraria a riconoscere il diritto di prelazione all'erede del coerede, crea una ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti che si trovano in condizioni analoghe.

[111] Sul tema, anche per i principali riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, e per un quadro delle posizioni assunte in dottrina e giurisprudenza, vedi TRIOLA, *La prelazione legale e volontaria*, cit., p. 41 ss.;



dei diritti in discorso discenda dal carattere personalissimo degli stessi [112], nonché dalla natura eccezionale dell'art. 732 cod. civ. che, ponendo una deroga al principio della libera disponibilità della quota *ex* art. 1103 cod. civ., non è suscettibile di interpretazione estensiva né analogica [113] e quindi trova applicazione solo con riguardo ai coeredi originari.

Quanto alla natura dei diritti in discorso, va evidenziato che la giurisprudenza, considerata la intrasmissibilità *mortis causa* dei diritti personali e dei rapporti basati sull'*intuitu personae*, ha tralaticiamente ribadito il loro carattere personalissimo al fine di negarne la titolarità in capo agli eredi del coerede. Al riguardo pare di poter obiettare che tale qualificazione è frutto di un anacronistico retaggio della tradizionale funzione assegnata all'istituto del retratto successorio correlata alla tutela del gruppo familiare e quindi a interessi propri della sfera personale dei soggetti coinvolti. L'assoluta estraneità, peraltro come si è detto confermata anche dalla stessa giurisprudenza, della tutela dei rapporti familiari e dei *secrets de famille* al fondamento assiologico dell'istituto, quale emerge dall'attuale sistema normativo, palesa la natura squisitamente patrimoniale degli interessi protetti [114],

---

Coppola, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 192 ss.

[112] Cfr. Cass. civ., sez. II, 26 novembre 2015, n. 24151, in *Dir. gius*., 2017, p. 27 secondo la quale "Ai sensi dell'art. 732 cod. civ. , atteso il carattere personale e intrasmissibile del diritto di prelazione in tema di divisione ereditaria, il soggetto che succede al coerede retraente può proseguire il giudizio già introdotto da o nei confronti di quest'ultimo, al fine di accertare l'avvenuto riscatto da parte del *de cuius*. Diversamente, non può esercitare, in proprio, alcun diritto di riscatto, non essendo titolare di analogo diritto di prelazione". Nello stesso senso, già, Cass. civ., sez. II, 4 novembre 1982, n. 5795, in *Giust. civ. Mass*., 1982, fasc. 10-11 e, quindi, Cass. civ., sez. II, 16 ottobre 2012, n. 17673, in *Giust. civ. Mass*., 2012, p. 1216 e Cass. civ., sez. VI, 16 marzo 2012, n. 4277, in *Giust. civ. Mass*., 2012, p. 356, la quale, ribadito il carattere personalissimo e intrasmissibile del diritto di prelazione, precisa che tale diritto "è inerente alla qualità di coerede ... e non una qualità intrinseca alla quota, o una situazione giuridica autonoma, che possa essere trasferita da sola. Ne consegue che tale diritto di prelazione non può circolare neppure per successione *mortis causa*, e non spetta, pertanto, all'erede del coerede".

[113] Cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. II 22 gennaio 2019, n. 1654, in *Giust. civ. Mass*., 2019, secondo la quale "L'alienazione di quota effettuata non dal coerede, compartecipe della comunione ereditaria, bensì dal suo successore a titolo universale, non è passibile di retratto successorio, giacché tale istituto costituisce una deroga alla libera disponibilità della quota in costanza di comunione e, pertanto, la relativa previsione va intesa in senso letterale, non potendo il diritto in questione essere esercitato da o verso soggetti diversi dai primi coeredi". Conforme Cass. civ., sez. II, 22 ottobre 1992, n. 11551, cit. Nello stesso senso, per la giurisprudenza di merito, vedi Trib. Salerno, sez. II, 11 gennaio 2016, n. 89, in *www.iusexplorer.it*, 2016, secondo il quale "In tema di successioni, il diritto di prelazione tra i coeredi, in costanza di comunione ereditaria, non è trasmissibile a favore dei successori del coerede perché la norma di cui all'art. 732 cod. civ. (che eccezionalmente lo prevede solo per il coerede), in deroga al generale principio della libertà e autonomia negoziale e della libera circolazione dei beni e al più specifico principio di libertà di alienazione della propria quota dei beni comuni prima della divisione, non è suscettibile di applicazione estensiva ed analogica". Conformi Trib. Salerno, 24 gennaio 2008, n.238, cit.; Trib. Verona, 7 marzo 2000, in *Giur. it*., 2001, p. 950.

[114] La natura essenzialmente patrimoniale dei diritti in discorso è autorevolmente sostenuta in dottrina



correlati, lo si ribadisce, alle ragioni proprietarie. Pertanto i diritti di prelazione e di riscatto non presentano natura personale, né sono caratterizzati dall'*intuitu personae* [115] in quanto sono attribuiti al coerede non in ragione del suo rapporto con il *de cuius,* ma a cagione del carattere incidentale della comunione ereditaria e della matrice non volontaria della sua costituzione. Sotto questi profili pertanto non pare che sussistano ragioni ostative al trasferimento *mortis causa* dei diritti in discorso.

Quanto al carattere eccezionale dell'art. 732 cod. civ., pur convenendo sulla impossibilità di estensione analogica della norma, pare di poter ritenere che essa trovi applicazione diretta nelle ipotesi di cui si discute. A ben vedere, infatti, il dato letterale della disposizione, che individua il titolare dei diritti da essa attribuiti nel coerede, non pare doversi riferire, come parte della dottrina ritiene [116], esclusivamente ai primi chiamati. Vero è che, a differenza di chi succede in rappresentazione o in sostituzione, l'erede del coerede non succede in modo diretto al *de cuius*, ma non va sottovalutato, come autorevole dottrina evidenzia, che sul piano sistematico il sostantivo coerede è utilizzato nella disciplina codicistica della divisione ereditaria per individuare genericamente i partecipanti alla comunione [117] e, quindi, in assenza di un'univoca indicazione, non può escludersi che l'art. 732 cod. civ. possa riferirsi, oltre che ai primi chiamati, anche all'erede del coerede che subentri *iure successionis* nella sua posizione di partecipante alla comunione ereditaria [118].

---

come "pacifica": IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, cit., p.471 e 478. Conferma il sicuro contenuto patrimoniale dei diritti di prelazione e retratto Loi, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 31.

[115] Anche la dottrina tradizionale nega che i diritti di prelazione e riscatto siano costituiti *intuitu personae*. Cfr. per tutti, AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 715.

[116] Cfr., da ultimo, GHIDONI, *La prelazione ereditaria tra profili di incostituzionalità,* secrets de famille*, tradizione e luoghi comuni*, cit., p. 270 secondo il quale alla "schiera dei coeredi" appartengono solo coloro che succedono direttamente al *de cuius*, mentre ne restano estranei "i successori di secondo grado, ossia quei soggetti che succedano agli originari coeredi" che non possono essere qualificati come eredi del *de cuius.* Nello stesso senso VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 164 ss.; Arfani, *Prelazione ereditaria e retratto successorio*, cit., p. 661; P. DE MARTINIS, *Sulla intrasmissibilità all'erede del coerede del diritto alla prelazione ereditaria*, in *Giur. it*., 2016, p. 2379 ss. Rileva che gli argomenti addotti a sostegno della intrasmissibilità, a causa di morte, delle situazioni giuridiche in discorso non siano affatto decisivi, tra gli altri, COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 193 s.

[117] Cfr. IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, cit., p. 472 ove l'Autore, premesso, che "l'argomento letterale non è mai rassicurante, e che, nel nostro caso non lo è certamente" rileva che "il legislatore, dall'art. 713 in poi, adopera sempre l'espressione «coerede» facendo riferimento al partecipante alla comunione ereditaria e non già, sempre ed esclusivamente, al comunista che sia *originario* successore a titolo universale del *de cuius*". *Contra* VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 164.

[118] Cfr. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 54 secondo il quale "è da considerarsi «coerede», o rispettivamente «estraneo», ai sensi dell'art. 732 cod. civ., colui che è, o meno, compartecipe alla comunione



Sotto il profilo sostanziale, inoltre, va evidenziato che, se la premessa assiologica individua il valore protetto dai diritti di prelazione e riscatto nell'interesse individuale dei partecipanti alla comunione ereditaria (in quanto tale, incidentale) a ridurre il numero dei comunisti per favorire la riaggregazione, in sede divisoria, di forme proprietarie disaggregate per effetto successorio, non pare che tale interesse, in capo ai coeredi superstiti, possa ritenersi modificato o estinto a causa della sostituzione di uno dei coeredi con i suoi eredi. Posto che tale alterazione soggettiva dell'originario assetto non può dagli stessi essere evitata mediante l'esercizio del diritto di prelazione, come invece può esserlo quella determinata dal trasferimento *inter vivos* della quota, non pare potersi dubitare che permanga in capo a essi l'interesse a esercitare la prelazione anche contro gli eredi del coerede (ove questi si determinassero a programmare un trasferimento) e sorga in capo a questi, entrati a far parte di una comunione incidentale per effetto successorio e non per atto di autodeterminazione, il medesimo interesse [119].

L'intrasmissibilità agli eredi del coerede del diritto di prelazione e del corrispondente obbligo di *denuntiatio* si rivela, quindi, non solo infondata sul piano formale, in quanto non direttamente evincibile dal dato normativo, ma anche incoerente sul piano assiologico, in quanto si risolverebbe in un'ingiustificata limitazione della tutela garantita all'interesse, rimasto invariato dopo il decesso e la sostituzione di uno dei coeredi con i

---

ereditaria ... Ciò significa che non soltanto sarà coerede chi succede per rappresentazione o per sostituzione al *de cuius* ... ma altresì l'erede ... del coerede, talché il diritto di prelazione e di riscatto varrà non solo tra i coeredi del medesimo *de cuius*, ma anche tra costoro e l'erede o gli eredi di uno di essi... sempreché ... sia ancora perdurante lo stato di comunione dell'eredità del primo *de cuius*". Com'è stato altresì rilevato, non pare sussistano adeguate giustificazioni sostanziali per negare agli eredi del coerede il diritto di prelazione similmente a quanto avvenga con riguardo al successore per rappresentazione. Se infatti, si osserva, la sostituzione testamentaria, non determina sul piano sostanziale un'alterazione della struttura soggettiva originaria della comunione, in quanto vi sarebbe a monte una determinazione volitiva del *de cuius*, non può sostenersi lo stesso in caso di successione per rappresentazione che ha luogo anche quando l'erede designato dal testatore, e perciò facente parte della struttura soggettiva originaria della comunione ereditaria, non voglia accettare l'eredità, così creando una sostituzione non prevista dal testatore, non dissimile dall'alterazione che avviene in seguito alla successione dell'erede del coerede nella sua quota ereditaria. Cfr. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 709 s. Nello stesso senso LOI, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 31; Bonilini, *Retratto successorio*, cit., p. 426.

[119] Al riguardo va segnalato che la rilevanza, ai fini della configurabilità del rapporto di prelazione tra i coeredi originari e il soggetto sopravvenuto in sostituzione di uno di questi, della matrice successoria di tale sostituzione, veniva rilevata, seppur in pronunce rimaste isolate, anche dalla giurisprudenza. Cfr. Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 2000, n. 981, cit., secondo la quale "Poiché sia la comunione che si instaura fra i coeredi del *de cuius* in ordine ai beni dallo stesso relitti, sia quella che si instaura, a seguito del decesso di uno di tali coeredi, fra i coeredi superstiti e gli eredi del coerede defunto, trovano il loro titolo nella morte di un ascendente e in una pluralità di chiamate all'eredità, entrambe si sciolgono solo con la divisione dei beni e fino a quel momento persiste il diritto di ciascun coerede di esercitare il retratto successorio".



suoi eredi, dei superstiti comunisti, che verrebbero privati, come la giurisprudenza conferma [120], del diritto di essere preferiti a terzi estranei alla comunione nell'ipotesi in cui l'erede del coerede programmasse l'alienazione della quota in cui è subentrato.

E, allora, se ciò che caratterizza il gruppo di comunisti a cui l'art. 732 cod. civ. attribuisce i diritti di prelazione e riscatto, è il meccanismo non volontario di formazione della comunione ereditaria, nonché la conseguente la natura incidentale della stessa, non può non constatarsi che tali condizioni mutano in presenza di un trasferimento della quota per atto *inter vivos*, che i coeredi possono evitare esercitando la loro prerogativa, ma restano inalterate in occasione della trasmissione della quota per effetto successorio, che i coeredi non possono in alcun modo impedire [121].

Pare pertanto potersi concludere che il diritto di prelazione e il conseguente di diritto di riscatto non si trasmettano a chi acquisti una quota ereditaria per atto *inter vivos* da uno dei coeredi, sia che l'acquirente sia un terzo estraneo in senso lato sia che si tratti di discendenti o eventuali successibili di uno dei coeredi; viceversa, contrariamente a quanto reiteratamente confermato dalla giurisprudenza, deve ritenersi che i diritti in questione si trasmettano all'erede del coerede, defunto *manente communione*, che acquisti la quota *iure successionis* [122].

---

[120] Cfr. Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2019, n. 1654, cit., la quale, assunto il carattere eccezionale e derogatorio dell'art. 732 cod. civ., nega ai coeredi originari la possibilità di esperire il retratto successorio contro l'alienazione di quota compiuta dall'erede del coerede.

[121] *Contra* VENOSTA, *Commento* sub *art. 732*, cit., p. 166 secondo il quale la circolazione della quota per successione non giustifica soluzioni differenti rispetto a quelle adottate in caso di alienazione della stessa.

[122] Sotto questo profilo appare assolutamente condivisibile l'intuizione di autorevole dottrina secondo la quale l'erede del coerede, ai fini dell'applicazione dell'art. 732 cod. civ., deve "esser considerato partecipante *pleno iure* alla comunione ereditaria": IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, cit., p. 481. Nello stesso senso A. TULLIO, *Le disposizioni aventi ad oggetto diritti di credito*, in *Le disposizioni testamentarie*, diretto da G. Bonilini, coordinato da V. Barba, Utet, Milano, 2012, p. 261 secondo il quale l'erede del coerede deve ritenersi erede e non estraneo ai sensi per gli effetti dell'art. 732 cod. civ. Così ragionando, e cioè assimilando sotto il profilo squisitamente assiologico l'erede del coerede ai coeredi originari, risulta del tutto inconducente l'obiezione mossa a questa dottrina da quanti (cfr., F. GIARDINI, *In tema di trasmissibilità della prelazione ereditaria ex art. 732 cod. civ. agli eredi dei coeredi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 690 e bibliografia ivi citata a p. 694), aderendo all'impostazione giurisprudenziale (e, quindi, negando la configurabilità del diritto di prelazione nei rapporti tra i coeredi superstiti e gli eredi del coerede *medio tempore* deceduto), rilevano come la relazione intercorrente tra soggetti che si succedano *mortis causa* l'uno all'altro, in modo che il secondo sia erede del primo e il terzo erede del secondo, non consente giuridicamente di considerare il terzo soggetto erede del primo.

JUS CIVILE



BARBARA SALVATORE

Professore associato di Diritto privato – Università di Napoli Federico II

IL MINORE E LA PERSONA INCAPACE NELLA L. N. 219/2017: LA RILEVANZA DELLA VOLONTÀ DEL SOGGETTO VULNERABILE NELLE SCELTE SANITARIE

SOMMARIO: *1. La nuova disciplina tra impostazioni tradizionali e valorizzazione di istanze personalistiche. – 2. Il diritto di ricevere informazioni e la rilevanza della salute identitaria. – 3. La decisione circa il rifiuto della terapia e le possibili ipotesi di conflitto.*

1. – La scelta di indagare in ambito sanitario il ruolo e la rilevanza della volontà espressa da coloro i quali, in quanto minori o maggiori di età in una condizione di disagio e/o menomazione psico-fisica, siano in tutto o in parte limitati nella capacità di agire è dovuta alla previsione legislativa che si occupa di definire il consenso al trattamento sanitario per minori e incapaci.

La tutela della salute di soggetti che si trovino in situazioni di incapacità richiede particolare attenzione e cautela poiché emerge la necessità di conciliare le esigenze di protezione del malato, che versa in una situazione di particolare vulnerabilità a causa della patologia sofferta, con la necessità di garantire anche per i soggetti non dotati di una piena capacità di agire spazi di autonomia nelle scelte esistenziali [1]. La capacità inclusiva della società nei confronti dei soggetti più deboli e l'effettività della tutela dei loro diritti fondamentali nonché il rispetto della dignità in condizioni di disagio – quali possono essere le ipotesi in cui per diverse ragioni il soggetto non sia dotato di una piena capacità di agire ed in cui lo stesso necessiti di un intervento terapeutico – è testimoniata anche dalla considerazione data alle volontà del soggetto nelle scelte sanitarie [2].

[1] In termini generali sul concetto di vulnerabilità si veda A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale,* in *Riv. crit. dir. priv.,*2019, 41 ss.

[2] L'art 1, II comma della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ratifi-



In questa prospettiva può evidenziarsi come la disabilità stessa dell'individuo non sia più circoscritta alla menomazione fisica e psichica dell'incapace ma sia tesa a valorizzarne la portata relazionale e sociale incentrata sulla necessità di includere il soggetto per la piena esplicazione della propria personalità [3]. La scelta legislativa di trattare congiuntamente la minore età e le ipotesi di disabilità può essere, quindi, ricostruita sulla base della necessità di inclusione e di valorizzazione della personalità di soggetti privati in tutto o in parte della capacità di agire [4].

Si tratta, infatti, di riconoscere valore all'esplicazione dell'autodeterminazione del soggetto incapace di agire che si trova in una situazione di particolare debolezza attraverso la valorizzazione della sua capacità di discernimento in ordine al trattamento medico proposto [5].

La l. n. 219/2017 *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* [6] dedica l'art. 3 alla necessità che il soggetto incapace – perché minore o

---

cata in Italia con l. 3 marzo 2009, n. 18 definisce le persone con disabilità come "coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri", nonché il Preambolo lett. e) che riconosce nella disabilità un concetto in evoluzione, in quanto risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri. La prospettiva di valorizzazione ed inclusione dei soggetti deboli è evidenziata in P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status,* in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Antonio Cicu-Francesco Messineo-Luigi Mengoni, continuato da Piero Schlesinger, Milano, 2017, 74 ss., ma già S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, 7 ss. Cfr. M. NOCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, istituti di tutela ed organizzazione del servizio sanitario,* in *federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario 25 luglio 2018, 2 ss.

[3] Cfr. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che all'art. 26 riconosce il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure tese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

[4] Per una critica all'art. 3 si veda M. PICCINNI, *Decidere per il paziente rappresentanza e cura della persona dopo la legge 219/2017,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 7-8, 1118. L'A. sottolinea come: "La stessa rubrica – «Minori ed incapaci» – rimasta invariata nelle diverse versioni che si sono succedute nel dibattito parlamentare denuncia, come già si è notato in apertura, un approccio riduzionistico, o almeno superficiale, al problema delle scelte che riguardano la persona minore o maggiore di età che sia priva in tutto o in parte di autonomia".

[5] Cfr. G. RECINTO-F. DELL'AVERSANA, *I rapporti personali del minore,* in *Capacità e incapacità* a cura di F. Rossi, Napoli, ESI, 2018, 45 e 63 ss. Si interroga sul concetto di debolezza specie con riferimento alla situazione di fragilità del malato S. VICIANI, *I confini labili del fine-vita nella tutela dei "nuovi soggetti deboli"*, in *giustiziacivile.com* approfondimento del 17.10.2019.

[6] Per un primo commento alla legge si veda A.A. *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare,* a cura di M. Foglia, Pacini Editore, 2019; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona. DDL recante Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento,* in *Riv. it. Med. Leg.,* 2017, 3, 975; M. MANTOVANI, *Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 2019, 1, 188; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella*



perché beneficiario di uno strumento di protezione – esprima le proprie volontà in merito ai trattamenti sanitari cui dovrà essere sottoposto. La norma prevede il diritto dell'incapace alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione nel rispetto dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione. Il minore o la persona incapace hanno, inoltre e in ragione di ciò, diritto di ricevere informazioni sulle proprie condizioni di salute, in modo adeguato alle specifiche capacità di comprensione.

A queste premesse segue, però, la disciplina applicativa che assegna al rappresentante legale il ruolo di esprimere le volontà in merito ai trattamenti sanitari. La disposizione, infatti, prevede che il consenso informato al trattamento sanitario del minore sia espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità. Nella medesima ottica, per le ipotesi di interdizione o amministrazione di sostegno, è previsto che il consenso informato della persona interdetta ai sensi dell'articolo 414 cod. civ. sia espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità.

Nel caso in cui, invece, sia stato nominato un amministratore di sostegno per garantire l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.

Quanto alla posizione del minore, è stato rilevato come la categoria della capacità di agire non riesca a fornire una adeguata tutela all'autodeterminazione individuale anche nel campo dei trattamenti terapeutici [7]. La legislazione sia nazionale che sovranazionale

---

recente legge, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 67; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e le DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 247; S. CACACE, *La nuova legge in materia di consenso informato e DAT: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 935.

[7] P. ZATTI, *Oltre la capacità,* in ID., *Maschere del diritto volti della vita,* Milano, 2009, 113 ove l'A. sottolinea come il diritto scopre l'inettitudine del modello della capacità legale di agire e della sua gemella, la potestà e rappresentanza legale, a governare i problemi dell'autodeterminazione nelle zone in cui emerge l'applicazione diretta degli interessi personali: dal contratto di lavoro, agli atti di disposizione del proprio corpo, al consenso al trattamento medico, ai consensi familiari, agli atti di disposizione degli interessi personali. Si veda altresì l'impostazione dottrinaria e giurisprudenziale che, valorizzando la centralità della persona alla luce della Costituzione, rilegge e reinterpreta le norme codicistiche ove, specie nel campo per-



è espressione della necessità di garantire l'esplicazione della personalità del minore specie nel campo dei diritti fondamentali; basti, in questa sede, ricordare la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 ovvero la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 o ancora l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che sottolinea l'importanza dell'opinione del minore, in funzione della sua età e maturità [8].

In questa stessa prospettiva già la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina [9] all'art. 6 si preoccupava della protezione delle persone prive della capacità di prestare il consenso prevedendo, sia per il minore che per il maggiorenne, che a causa di un handicap mentale, di una malattia o di un motivo similare non avesse la capacità di dare consenso ad un intervento, la necessità del consenso del rappresentante legale. La stessa norma al contempo sottolineava, però, che il parere del minore dovesse essere preso in considerazione come un fattore sempre più determinante in funzione della sua età e del suo grado di maturità.

In prima battuta non può, quindi, sottacersi come la scelta legislativa di trattare congiuntamente le ipotesi di incapacità legale dovute alla minore età e quelle derivanti da una condizione psicofisica che abbia determinato l'attivarsi della protezione giuridica – attraverso misure di tutela *ad hoc* quali l'interdizione o l'amministrazione di sostegno – svilisce la autonoma rilevanza della volontà del soggetto che, sebbene minore di età, abbia raggiunto quel grado di maturità e di consapevolezza che possa consentire l'esplicazione autonoma dell'autodeterminazione in una ampia gamma di settori della vita quotidiana sia di stampo personale che patrimoniale [10]. L'evoluzione sia normativa

---

sonale ed esistenziale, non ha senso la distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire o meglio il riconoscimento della titolarità dei diritti senza la possibilità di esercizio. P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica ella persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, 249; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico,* Napoli, 1972, 183 ss.

[8] L'art. 24 della Carta è rubricato "Diritti del bambino" e stabilisce al I comma: "i bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse".

[9] La Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 è stata ratificata in Italia con la l. 28 marzo 2001, n. 145.

[10] P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico,* cit., P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana,* Napoli, 1975, 306; F. LONGOBUCCO, *Interesse del mino-*



che giurisprudenziale che ha interessato i diritti e la posizione giuridica del minore, tesa ad evidenziare il suo ruolo nel tessuto familiare e sociale, rifugge una interpretazione quale soggetto debole, semplice destinatario della protezione giuridica, per evidenziarne e valorizzarne, al contrario, la posizione di soggetto-protagonista della propria vita [11].

Proprio nel campo delle scelte sanitarie, infatti, si sono via via riconosciuti al minore capace di discernimento sempre maggiori spazi di autonomia circa le scelte che riguardano la sua salute in linea con la visione sovranazionale dei diritti del minore [12]. L'art. 2 ult. co., l. n. 194/1978 prevede che le minorenni possano rivolgersi autonomamente ad un consultorio familiare per ottenere la prescrizione di farmaci con efficacia contraccettiva. Così come è data la possibilità alla partoriente minorenne di decidere di donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale (l. n. 219/2005) ovvero di decidere di accedere a strutture per la cura della tossicodipendenza in assoluta riservatezza (l. n. 685/1975 così come modificata dalla l. n. 162/1990) [13]. Anche la giurisprudenza ha dato in alcune ipotesi valore al rifiuto al trattamento terapeutico espresso dal minore capace di discernimento in ossequio alla esigenza di garantire la sua libertà di autodeterminazione e rimarcando l'impossibilità di qualsiasi forma di esecuzione coattiva sul corpo del paziente minorenne "maturo" [14].

La scelta del legislatore del 2017 segue in linea generale una impostazione, se si vuole, più tradizionale [15], segnando una presunzione di incapacità di autodeterminarsi per il

---

re e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi, in *Dir. fam. pers.,* 2014, 1642 ss. Quanto alla sfera patrimoniale si veda D. DI SABATO, *Le relazioni economiche del minore,* in *Dir. succ. fam.,* 2015, 701 ss.; ID., *Gli atti a contenuto patrimoniale del minore,* in *Capacità e incapacità,* a cura di F. Rossi, Napoli Esi, 2018, 70 ss.

[11] Si veda G. RECINTO-F. DELL'AVERSANA, *La minore età – I rapporti personali del minore*, in *Capacità e incapacità,* cit., 29 ss. (spec. 33) ss.; G. RECINTO, *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno,* Napoli, 2016, 11, ss.; GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile,* in CINQUE (a cura di) *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei "giovani adulti",* in suppl. di *Nuova giur. civ. comm.,* 2004, 3, 95-101; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore,* Padova, 2007, 136 ss. e 303-304; C. PERLINGIERI, *sub art. 2,* in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza,* 3ª ed., a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010, 264.

[12] L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni,* in *I diritti in medicina. Tratt. Biodiritto,* diretto da S. Rodotà-P. Zatti, II, Milano, 2011, 417 e ss.; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore,* cit.

[13] Si veda anche l'art. 4, comma I, d.lgs n. 211/2003 sulle sperimentazioni stabilisce che il consenso informato alla sperimentazione dato dai genitori deve "rispecchiare la volontà del minore".

[14] Trib. Brescia 22 maggio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2000, I, 204 ss.; Trib. Venezia, 2 giugno 1998, in *Dir. fam. pers.,* 1999, II, 689 ss.

[15] L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni,* cit., 417 il quale evidenzia come si tratta di un principio consolidato nella tradizione che qualifica il consenso come atto civile (art. 320



minore che necessita, quindi, sempre dell'ausilio e dell'intervento del rappresentante legale. Allo stesso tempo, tuttavia, il Legislatore si mostra attento a prevedere il diritto del minore all'informazione e alla valorizzazione delle sue capacità di decisione in merito alla propria sfera personale e corporea, in relazione alla sua età e al grado di maturità raggiunto [16].

Nella medesima prospettiva, per l'ipotesi di interdizione sarà il tutore ad esprimere le volontà per l'interdetto, richiedendo pur sempre la norma la necessità di indagare, ove possibile, anche la volontà dell'interdetto. Rispetto alla posizione dell'interdetto, non si è mancato di rilevare come l'incapacità di agire non coincida necessariamente con un'inidoneità assoluta del soggetto a comprendere la propria condizione di salute, poiché costui potrebbe, al contrario, trovarsi in una situazione di sufficiente capacità di discernimento tale da richiedere un suo coinvolgimento attivo nella decisione che lo riguarda [17]. Del resto, con specifico riferimento ai trattamenti sanitari la legislazione speciale aveva già rimarcato la necessità, in alcune ipotesi, di verificare in concreto la situazione del paziente interdetto [18].

Nel caso, ancora, di nomina dell'amministrazione di sostegno che preveda proprio tra

---

I comma) cioè come "manifestazione di volontà che esprime l'autonomia della persona, avente contenuto non patrimoniale e richiede la capacità di agire del soggetto oppure, in mancanza, l'intervento del rappresentante legale.

[16] Si interroga sulle diverse opzioni che il legislatore avrebbe potuto percorrere S. CACACE, *Il trattamento sanitario su minore o incapace: il miglior interesse del paziente vulnerabile fra (più) volontà e scienza,* in A.A.V.V., *La relazione di cura dopo la legge 219/2017,* a cura di M. Foglia, Pacini Giuridica, 2019, 72 s.s.

[17] Cfr. U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia Germania e Italia,* Milano, 1989, 427 ss. ove l'A. sostiene che occorra fare pur sempre riferimento alla capacità di fatto del soggetto rimarcando come il potere di sostituzione del tutore vada escluso quando il soggetto interdetto sia provvisto della capacità di fatto adeguata alla natura della decisione che egli è chiamato ad assumere. Quanto alla possibilità che l'interdetto compia atti di natura patrimoniale e non patrimoniale si veda già R. PESCARA, *I provvedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci,* in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 4, *Persone e famiglia,* III, Torino, 1982,738 ss;

[18] La l. n. 194/1978 prevede all'art. 13 che se la donna è interdetta per infermità di mente, la richiesta di interruzione della gravidanza può essere presentata, da lei personalmente oltre che dal tutore o dal marito non tutore, che non sia legalmente separato. Inoltre, se la richiesta è presentata dal tutore o dal marito è necessario che sia confermata dalla donna. Nell'ipotesi di sperimentazione clinica l'art. 5, d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 prevede che la partecipazione da parte di adulti incapaci è possibile solo a condizione, tra le altre, che il consenso così come espresso dal rappresentante legale rappresenti la presunta volontà del soggetto, che costui abbia ricevuto informazioni adeguate alla sua capacità di comprensione e che lo sperimentatore tenga conto del desiderio esplicito del soggetto, in grado di formarsi una opinione propria e di valutare tali informazioni, di rifiutare la partecipazione o di ritirarsi dalla sperimentazione in qualsiasi momento. Inoltre, l'istituto dell'interdizione così come modificato dalla l. n. 6/2004 prevede oggi *ex* art. 427 c.c. che la sentenza che pronuncia l'interdizione o provvedimenti successivi possano prevedere per taluni atti di ordinaria amministrazione l'esercizio autonomo dell'interdetto senza l'intervento del tutore.



i suoi compiti la salvaguardia della salute del paziente, la legge in esame mostra una più attenta lettura delle concrete situazioni di fatto, in linea con la normativa in tema di amministrazione di sostegno. Ciò in quanto, pur affidando il consenso ovvero il rifiuto del trattamento proposto all'amministratore, tiene conto della necessità di adeguare la protezione alla situazione del caso concreto. La norma, infatti, si riferisce in maniera distinta al soggetto totalmente e sicuramente privo della sua autonomia decisionale e, quindi, non in grado di partecipare alla decisione medica che lo riguarda e per il quale si parla di sostituzione nell'atto di consenso, rispetto all'ipotesi in cui il soggetto sia non completamente autonomo ma in grado di provvedere anche parzialmente ai propri interessi, per il quale la norma prevede un concorso del consenso del paziente e del rappresentante [19].

L'art. 3 della l. 219 può dunque inserirsi, pur con i rilievi critici appena formulati, nel solco già percorso da parte della normativa speciale in tema di trattamenti sanitari. Si pensi al codice di deontologia medica che impone al medico di comunicare con l'interessato, anche minore o maggiorenne infermo di mente, al fine di promuovere, in relazione alle singole capacità di comprensione, la partecipazione alle scelte [20]. Ancora, la normativa in tema di sperimentazioni disciplina il consenso del minore e del soggetto incapace, prevedendo che esso sia fornito dai genitori o dal rappresentante legale sulla base della volontà del minore o del soggetto incapace [21].

Al contrario ed in linea di discontinuità con la precedente legislazione, il legislatore del 2017 sceglie di considerare l'inabilitato un soggetto pienamente capace di poter adeguatamente ponderare ed esprimere le proprie volontà circa i trattamenti sanitari, quand'anche si tratti di un rifiuto che possa portare a conseguenze fatali, senza prevedere nessuna forma di controllo o verifica da parte del curatore o del giudice alla luce della specifica situazione del caso concreto.

---

[19] L'art. 3, l. n. 219 si presenta così espressione di quella flessibilità propria dell'istituto che prevede come scopo principale la cura della persona del beneficiario. L'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto con la l. 9 gennaio 2004, n. 6, ha profondamente modificato il sistema di protezione previsto dal codice civile per i soggetti incapaci. La *ratio* della disciplina tende a spostare la prospettiva e l'attenzione da ragioni di conservazione del patrimonio alla tutela e alla protezione della persona, graduando i poteri dell'amministratore in relazione al caso concreto ed alla menomazione o patologia sofferta dal beneficiario. La bibliografia in tema è vastissima cfr. P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli – L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 2005, 13; G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno una nuova forma di protezione dei soggetti deboli,* Milano, 2005: F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia,* in *Jus,* 2005, 165.

[20] Si veda l'art. 33 e ss. del Codice di deontologia medica del 2014 come aggiornato al 2020 consultabile al sito *https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2020/04/CODICE-DEONTOLOGIA-MEDICA-2014-e-aggiornamenti.pdf*

[21] Si veda l'art. 4 e 5, d.lgs 24 giugno 2003, n. 211



Risulta chiaro, quindi, che il legislatore è rimasto fedele all'impostazione tradizionale ritenendo i minori e gli incapaci, ad eccezione dell'inabilitato, privi della possibilità in ogni caso di esprimere le proprie volontà in ordine alla propria salute e allo stesso tempo ha considerato tale atto di consenso alla stregua di un atto di ordinaria amministrazione consentendo all'inabilitato la sua completa autonomia indipendentemente dalla verifica del singolo caso, della patologia sofferta nonché delle conseguenze della scelta da intraprendere [22].

Non vi è chi non abbia sottolineato come questa scelta si mostri generalizzante e astratta e che possa finire per rendere irrilevanti le volontà del paziente. Il Legislatore sembra aver assecondato esigenze di celerità, che una verifica del caso concreto – tesa a dare una rilevanza autonoma alle volontà di coloro i quali, in particolare minori capaci di discernimento, fossero in grado di esprimere consapevolmente le proprie volontà – avrebbe in parte frustrato, piuttosto che assicurare una piena valorizzazione dell'autodeterminazione del singolo paziente, quando capace di discernimento [23]. Eppure, occorre meglio chiarire il significato della previsione che impone la valorizzazione della volontà del soggetto proprio nella prospettiva di offrire alla fattispecie una maggiore aderenza rispetto alla specificità del caso concreto. Nasce quindi l'interesse ad indagare il ruolo e il valore delle volontà espresse dall'incapace, nonché le conseguenze nell'ipotesi di conflitto. Incerto, infatti, si mostra l'esatto ruolo di queste volontà nonché le modalità per il coinvolgimento del paziente ed e, ancora, se possa essergli imposto un trattamento anche contro la sua volontà.

2. – Necessario presupposto per l'espressione della volontà del paziente è il diritto a ricevere informazioni e spiegazioni che, specie nei confronti di un soggetto vulnerabile, risultano essenziali. Infatti, sia che si tratti di un adolescente in grado di comprendere la sua condizione di salute attuale e le prospettive di guarigione prospettate, sia che si tratti di un bambino non ancora capace di discernimento [24] sia ancora che si tratti di un sogget-

[22] In campo non patrimoniale la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione risulta poco significativa tuttavia potrebbe essere necessaria in relazione alle scelte terapeutico-sanitarie una distinzione tra scelte maggiormente delicate ed importanti anche rispetto alle eventuali conseguenze come nell'ipotesi di rifiuto della terapia.

[23] Cfr. F. ROSSI, *Note introduttive allo studio delle cause limitative della capacità di agire,* in *Capacità ed incapacità* a cura di F. Rossi, Napoli, Esi, 2018, 22 il quale ricorda come la difficoltà di verificare il livello di maturazione psichica della persona oltre che l'esigenza di tutela dei terzi per il campo patrimoniale giustifica la fissazione della maggiore età al compimento del diciottesimo anno di età per tutti i soggetti.

[24] Si veda il parere del Comitato Nazionale di Bioetica *Bioetica con l'infanzia* del 22 gennaio 1994. M.



to ancor più fragile a causa di una menomazione fisica o psichica e che richieda la necessità dell'intervento del tutore o amministratore, costoro hanno tutti diritto di ricevere, in modo adeguato alle specifiche capacità di comprensione, spiegazioni sul trattamento che si riceverà, sulle conseguenze da esso attendibili ovvero sul comportamento da tenere successivamente.

Il diritto a ricevere informazioni sembra quindi inscindibilmente legato alle modalità di comunicazione delle informazioni o, se si preferisce alla adeguatezza delle spiegazioni che non possono non definirsi in relazione al caso concreto e che devono prevedere la necessaria collaborazione del medico e del rappresentante stesso.

Del resto, in linea generale, l'art. 1, l. n. 219 si preoccupa di precisare all'ottavo comma che "Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura", riprendendo le parole del codice di deontologia medica [25]. Anche la scelta terminologica operata dal Legislatore – "tempo della comunicazione" e non tempo dell'informazione testimonia come l'informazione da fornire, seppur specifica e comprendente la diagnosi, la prognosi, i benefici, i rischi connessi ad accertamenti diagnostici o interventi terapeutici nonché le possibili alternative e le conseguenze del trattamento o del rifiuto (cfr. art. 1, comma 3), non debba essere scientificamente ineccepibile, ma idonea ad una corretta comunicazione. Il diritto del paziente di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informato deve essere soddisfatto in modo completo, aggiornato e *comprensibile*.

Questo tempo dedicato alla comunicazione tra paziente, medico e rappresentante, il quale si faccia interprete di adeguare il tecnicismo insito nelle informazioni diagnostico terapeutiche alla possibilità di comprensione e di accettazione del paziente e che, per espressa disposizione normativa viene definito "tempo di cura", rappresenta certamente la prima e più incisiva tappa del percorso che porta alla valorizzazione della volontà dell'incapace e al suo pieno e attivo coinvolgimento nella decisione terapeutica [26].

In questa prospettiva la legge privilegia un approccio che si faccia carico di riprodurre l'alleanza terapeutica, che, in questa ipotesi, vede il coinvolgimento di tre soggetti quali il rappresentante, il paziente ed il medico, nell'obiettivo di assicurare la salvaguardia del

---

BERTOLOTTI-P. MASSAGLIA, *La comunicazione nel percorso terapeutico del minore malato* in *Minorigiustizia,* 2005, 2, 80.

[25] Cfr. Codice di deontologia medica approvato dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri nel 2016, art. 20.

[26] Sul punto si vedano già le riflessioni di M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno,* in *Trattato di biodiritto* a cura di S. Rodotà-P. Zatti, *I diritti in medicina* a cura di L. Lenti-E. Palermo Fabris-P. Zatti, Milano, 2011, 381.



miglior interesse del paziente vulnerabile. Del resto, siffatta impostazione emerge dal codice di deontologia medica (2014) ove all'art. 38 si prevede che il medico deve cooperare con il rappresentante legale perseguendo il migliore interesse del paziente e, in caso di contrasto, "si avvale del dirimente giudizio previsto dall'ordinamento e, in relazione alle condizioni cliniche, procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili".

D'altra parte, la decisione adottata dai rappresentanti legali non viene presa in assenza di direttive, la legge infatti fissa gli obiettivi a cui essa è rivolta nella tutela della salute e della vita dell'incapace. Ciò evidenzia, infatti, la necessità che nella determinazione del rappresentante costui non possa scegliere in base al suo personale convincimento ma debba pur sempre perseguire il miglior interesse del paziente vulnerabile [27].

È proprio attraverso l'evoluzione che ha interessato il concetto stesso di salute che, dottrina e giurisprudenza hanno valorizzato il benessere [28] dell'individuo non più considerato nella mera assenza della malattia, nel pieno rispetto dei principi di dignità, libertà ed identità personale ed in modo da realizzare nella maniera più piena e completa la tutela della persona [29]. Una visione della salute che è stata definita identitaria in quanto capace di ricomprendere anche, in una accezione soggettiva, la percezione del sé e della malattia stessa sofferta dal paziente [30]. L'obiettivo della cura viene, insomma, ad ampliarsi:

---

[27] Cfr. M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico,* Torino, 2018, 98 ss. Sia consentito il rinvio a B. SALVATORE, *Principio di autodeterminazione e decisioni di fine vita,* in *Riv. dir. priv.,* 2013, 125 ss. e a ID., *Informazione e consenso nella relazione terapeutica,* Napoli Esi, 2012, 55. È proprio la valutazione del miglior interesse del paziente su cui la giurisprudenza ha via via sostituito astratte valutazioni oggettive in relazione a standard medico scientifici che possono prescindere dalla volontà del paziente o addirittura esserne in contrasto (si veda Trib. Modena 15 settembre 2004; Trib. Bologna 3 ottobre 2006; Trib. Modena 28 giugno 2004 in *www.dejure.giuffrè.it*) alla ricostruzione della volontà presunta del paziente sulla base di una valutazione specifica e dell'identità personale del paziente (si veda Trib. Bologna 4 giugno 2008; Trib. Parma 2 aprile 2004; Trib. Roma 19 marzo 2004 in *www.dejure.giuffrè.it*).

[28] Dal Preambolo della Costituzione OMS-WHO (22.7.1946-7.4.1948) "*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*".

[29] P. ZATTI, *IL diritto a scegliere della propria salute, (in margine al caso S. Raffaele),* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2000, II, 1 ss. ed ora in *Maschere del diritto volti della vita,* Milano, 2009, 229, ove l'A. sottolinea il passaggio da un concetto di salute risultato della comparazione tra lo stato psicofisico della persona e uno *standard* psicofisico predefinito, ad un concetto diverso che si apre agli aspetti interiori della vita come sentiti e vissuti dal soggetto concreto.

In questa prospettiva in relazione al diritto alla salute del minore G. RECINTO, *Il diritto alla salute della persona di età minore e il suo superiore interesse,* in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1233 evidenzia nel contesto europeo e sovranazionale "il progressivo e costante affermarsi di una declinazione del diritto alla salute dei minori sempre più lontana dalla mera assenza di malattia e di patologia, e sempre più sinonimo di salvaguardia di un armonico, corretto, completo sviluppo del minore".

[30] P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente ed integrità della persona,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2008, II,



la comparazione con gli standard scientifici deve coordinarsi con la concezione personale che il paziente ha e che, in linea con la sua identità personale, deve interessare l'agire del medico [31].

Quanto ai poteri del rappresentante la giurisprudenza nel noto caso Englaro del 2007 ebbe modo di chiarire che l'agire del rappresentante legale e le sue decisioni devono essere prese non "al posto dell'incapace né per l'incapace", precisando che la richiesta di sospensione di trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale effettuata dal rappresentante legale "deve essere realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona" [32].

Il perseguimento dell'interesse dell'incapace, o se si vuole del suo *best interest*, avviene oggi in linea con la recente l. n. 219, attraverso la valorizzazione del suo apporto volitivo, sulla base della impostazione per cui solo ove si cerchi il coinvolgimento del paziente attraverso l'informazione e attraverso l'ascolto può esercitarsi la rappresentanza in tale delicatissimo settore nel pieno rispetto della dignità del singolo individuo [33].

---

405 ove l'A. sottolinea come l'ingresso al paradigma dell'identità riesca a risolvere i problemi di conflitto possibile tra i valori salute/vita e volontà/libertà.; R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura,* Milano, 2010, 69.

[31] Si veda Corte Costituzionale 438/2008 in *www.dejure.giuffrè.it*, la quale sottolineò che "la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute".

[32] Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748 in *Foro it.,* 2007, I, 3025 ss., con nota di Casaburi e in *Nuova giur. civ. comm.,* 2008, I, 100 con nota di Venchiarutti. La Corte riconosce che il consenso informato deve essere ispirato alle istanze personaliste che animano il nostro ordinamento il quale anche in caso di incapacità del soggetto impone di ricreare quel dualismo insito nella relazione di cura tra il medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche e paziente che, attraverso il rappresentante possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati. Del resto, non si è mancato di rilevare come senza un rappresentante il soggetto sarebbe nell'impossibilità di esercitare il diritto si veda A. SANTOSUOSSO-G.C. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro,* nota a Cass. 20 aprile 2005, n. 8291, in *Nuova giur. civ. comm*., 2006, I, 482.

[33] Circa le perplessità ad ammettere poteri rappresentativi e la sostituzione nel campo dei diritti e degli atti personalissimi si veda M. PICCINI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace",* cit., 378 ss.; quanto al problema in relazione ai poteri dell'amministratore di sostegno G. DI MARTINO, *L'amministrazione di sostegno – Inquadramento, disciplina ed effetti,* in *Capacità e incapacità,* cit., 166 ss.; A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari, in Europa e dir. priv.,* 2012, 547; sia consentito il rinvio a B. SALVATORE, *il diritto all'autodeterminazione e le decisioni di fine vita in Italia: il ruolo dell'amministrazione di sostegno,* in *Le criticità della medicina di fine vita: riflessioni etico-deontologiche e giuridico-economiche* a cura di C. Buccelli, 2013, Napoli, 2013, 107.



3. – Di recente la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi circa i poteri dell'amministratore di sostegno in ambito sanitario [34]. La questione riguardava la supposta illegittimità dell'art. 3 commi 4 e 5, l. n. 219/2017 nella parte in cui non richiede, nell'ipotesi in cui all'amministratore di sostegno sia stata attribuita la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario ed in assenza di direttive anticipate di trattamento, la verifica puntuale da parte del giudice tutelare delle volontà del beneficiario in merito al rifiuto del trattamento salvavita [35]. Il giudice delle leggi ha rigettato il quesito ritenendolo non fondato sulla base di una corretta interpretazione delle norme in materia di amministrazione di sostegno. Il decreto di nomina rappresenta il momento in cui il giudice, infatti, valuta il caso concreto e può autorizzare, laddove ne ricorra in concreto l'esigenza in relazione alle condizioni di salute del beneficiario, una decisione sul se prestare o no il consenso a trattamenti di sostegno vitale. La Corte ricorda che anche in sede di revisione del decreto, nel caso si assista ad un mutamento delle condizioni di salute del beneficiario, quando l'evolversi della patologia possa comportare la necessità di effettuare questa scelta, i compiti dell'amministratore possono estendersi anche al rifiuto della terapia, quand'anche essa possa comportare conseguenze fatali.

Ciò appare conforme alla *ratio* dell'istituto dell'amministrazione di sostegno che richiede al giudice di modellare l'istituto in relazione alle specificità del caso concreto e alle necessità del beneficiario anche in ambito sanitario [36], consentendo al giudice tutelare di adeguare la misura alla situazione concreta della persona e di variarla nel tempo in modo tale da assicurare all'amministrato la massima tutela possibile a fronte del minor sacrificio della sua capacità di autodeterminazione [37].

La Corte ha affermato, quindi, che anche il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario all'amministratore di sostegno non necessariamente deve recare in sé il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita, richiedendosi pur sempre una verifica del caso concreto e dei compiti dell'amministratore [38]. Sul punto è di recente intervenuta la giurisprudenza di merito che, in un caso analogo, ha

---

[34] Corte Costituzionale 13 giugno 2019, n. 144, in *Foro it.,* 2019, 3024.

[35] Cfr. Trib di Pavia ord. 23 marzo 2018 in *Nuova giur. civ. comm.,* 2018, 7-8, 1118 con nota di M Piccinni.

[36] Si vedano i riferimenti in nota n. 20.

[37] Cass. 11 maggio 2017, n.11536; Cass. 26 ottobre 2011, n. 22332; Cass. 29 novembre 2006, n. 25366 e 12 giugno 2006, n. 13584 in *www.dejure.giuffre.it.*

[38] Del resto, l'amministratore in base all'art. 410 c.c. nello svolgimento dei suoi compiti deve sempre tener conto "dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario".



però ritenuto che l'amministratore di sostegno dotato della rappresentanza esclusiva in ordine alle scelte sanitarie – accertata la volontà della persona amministrata anche in via presuntiva alla luce delle dichiarazioni rese in passato all'amministrata, anche alla presenza dello stesso amministratore in merito al trattamento sanitario in questione – sia pienamente abilitato a rifiutare le cure preposte [39].

Del resto, la stessa l. 219 prevede all'art. 4 la nomina di un amministratore di sostegno per il caso, eventuale, in cui le dichiarazioni anticipate di trattamento pur valide non contengano un fiduciario ovvero in caso di morte, rinuncia o incapacità di questi. Ciò a conferma che la nomina del rappresentante ha senso proprio per dare attuazione alle volontà del paziente in precedenza espresse, sia quando esse siano espresse formalmente in una dichiarazione anticipata di trattamento ovvero quando possano essere desunte da dichiarazioni in precedenza espresse [40].

In caso di contrasto tra le determinazioni del rappresentante, il quale rifiuti le cure proposte, e il medico che, al contrario, ritenga che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 ss. cod. civ. o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria [41], sempre qualora non siano presenti dichiarazioni anticipate di trattamento.

La norma si preoccupa, quindi, di risolvere, demandandone la valutazione al giudice tutelare, il conflitto tra la posizione assunta dal rappresentante e la valutazione tecnico professionale del medico nell'ipotesi in cui la volontà del paziente non sia chiaramente espressa e la situazione patologica possa essere curata con cure appropriate e necessarie [42]. In tutte quelle ipotesi in cui la decisione di rifiuto della terapia non trovasse riscon-

---

[39] Trib. Roma 23 settembre 2019 il quale ha dichiarato il non luogo a provvedere sull'istanza presentata dall'amministratore di sostegno circa l'autorizzazione a disporre la sospensione della terapia riservandosi ogni provvedimento di merito, qualora emergesse il contrasto di cui all'art. 3, comma 5, l. 22 dicembre 2017, n. 219, su ricorso delle persone legittimate ai sensi della richiamata disposizione.

[40] È questo il punto più delicato dovendosi ricostruire la volontà dell'incapace. Sul punto si vedano le critiche alla legge espresse dall'ordinanza di rimessione dal Tribunale di Pavia 23 marzo 2018, cit., nonché le critiche di parte della dottrina. Cfr. D. CARUSI, *Legge 219/2017, amministrazione di sostegno e rifiuto di cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta,* in *Corr. giur.,* 2020, 17 ss.

[41] È questa la disciplina prevista dal comma 5 dell'art. 3, l. n. 219/2017.

[42] Nell'ipotesi in cui ci siano dichiarazioni anticipate di trattamento il medico è vincolato in base all'art. 4 al rispetto delle stesse, salvo il caso in cui, in accordo con il fiduciario, esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.



tro nella valutazione tecnico-professionale del medico è consentito ai soggetti legittimati di rivolgersi al giudice perché in concreto indaghi le volontà del paziente e la concreta situazione patologica sofferta [43]. La norma tende proprio ad evitare che possano esserci abusi da parte dell'amministratore in assenza di indicazioni precise del beneficiario nell'espressione del rifiuto del trattamento, specie se salvavita [44].

Meno frequenti sono invece i giudizi che riguardano casi di un conflitto tra il paziente incapace ed il suo rappresentante. Il punto però deve essere oggetto di riflessione in quanto il valore effettivo della volontà del minore, dell'interdetto o del beneficiario dell'a.d.s. può valutarsi proprio quando e se essa si mostri difforme da quella del soggetto incaricato della sua cura.

La disciplina in esame deve essere quindi essere necessariamente coordinata con il codice civile dove, per ciascuna ipotesi, sono previste soluzioni e rimedi per i possibili contrasti [45].

Nell'ipotesi in cui sia il minore capace di discernimento a esprimere una posizione di disaccordo rispetto ai suoi genitori la problematica sembra acuirsi e manifestare tutta l'incertezza che ancora la legislazione dischiude. Secondo una impostazione che sembra doversi accogliere non potrebbe negarsi, sulla base della considerazione che nessun trattamento sanitario può essere imposto contro la volontà del soggetto salve le ipotesi previste dalla legge, al minorenne capace di discernimento il potere di impedire l'esecuzione di un trattamento sanitario coattivo sul proprio corpo [46]. In tali ipotesi il ruolo dei

---

[43] Cfr. M. PICCINNI, *Decidere per il paziente rappresentanza e cura della persona dopo la legge 219/2017,* cit., 1118 la quale sottolinea come: "la disposizione normativa di cui all'art. 3, comma 5°, che prevede un intervento solo residuale del giudice tutelare sembra opportuna nella misura in cui prende atto del fatto che, *di regola*, il problema dell'appropriatezza/utilità delle cure e della proporzionalità/accettabilità per il paziente, così nel corso, come nella fase finale, dell'esistenza e della malattia, si risolve nell'ambito della relazione di cura, in base ai criteri di buona pratica clinica".

[44] Non vi è chi non rilevi l'inadeguatezza della disposizione nella parte in cui rimette al solo contrasto con l'opinione del medico la richiesta di intervento del giudice tutelare cfr. D CARUSI, *Legge 219/2017, amministrazione di sostegno e rifiuto di cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta,* cit., 17 ss.

[45] In particolare, nell'ipotesi in cui il conflitto riguardi i genitori del minore deve trovare applicazione la disciplina generale, la quale prevede il ricorso al giudice per i casi di "contrasto su questioni di particolare importanza" per il minore, di cui all'art. 316 cod. civ. Cfr. Trib. Roma 16 febbraio 2017, con commento di M. DE PAMPHILIS, *La tutela della salute del minore tra autonomia dei genitori e intervento pubblico,* in *Fam. e diritto,* 2017, 1106.

[46] L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni,* cit., 453. Sottolinea l'A. come la questione in tali ipotesi possa essere duplice da un lato individuare in caso di rifiuto della terapia da parte dei genitori con l'accordo del minore il provvedimento giudiziario che possa, al contrario ed in virtù di una attenta valutazione del caso concreto, imporlo, dall'altro immaginare una coercizione sul corpo del minore, stante il suo perdurante rifiuto (spec. 457 ss.). Cfr. Trib. Brescia 22 maggio 1999, cit., 204 ss.; Trib. Venezia, 2 giugno 1998, cit., 689 ss.



genitori, difronte ad una opposizione tenace del minore capace nei confronti di un trattamento magari con prospettive di guarigione poco certe e fortemente invasivo, deve necessariamente declinarsi in una attività di persuasione piuttosto che di imposizione, che nei fatti appare di difficile concretizzazione.

Quanto al ruolo dell'amministratore di sostegno interessante si presenta il caso esaminato dal Tribunale di Vercelli ove, contrariamente all'impostazione che preferisce lasciare margini di autonomia al beneficiario, il giudice ha previsto la assoluta sostituzione nelle scelte sanitarie con il compito di autorizzare per una paziente affetta da schizofrenia le cure di emodialisi a cui necessitava sottoporsi, cure che erano state rifiutate dalla paziente [47]. In tali casi sembra comunque che possa trovare applicazione l'art. 410, secondo comma, del codice civile, secondo cui in caso di contrasto l'assistito, il pubblico ministero o gli altri soggetti legittimati possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti, proprio sulla base di una attenta disamina delle concrete circostanze del caso concreto.

Del resto, questa impostazione è proprio quella che si ritrova nelle parole della Corte Costituzionale laddove chiarisce che la normativa in tema di consenso informato non ha disciplinato le modalità di conferimento e il conseguente esercizio dei poteri all'amministratore di sostegno le quali restano regolate dagli art. 404 e ss. del cod. civ. e che, pertanto, "l'esegesi dell'art. 3 commi 4 e 5 della legge 219 del 2017 deve essere condotta alla luce dell'istituto dell'amministrazione di sostegno richiamato dalle norme censurate: segnatamente è in base alla disciplina codicistica che devono essere individuati i poteri spettanti al giudice tutelare" [48].

Sarà quindi la corretta ponderazione del giudice prima e dell'amministratore e del medico poi a valutare adeguatamente le circostanze del caso concreto in relazione alla volontà del paziente per come espressa e ricostruita. Solo una visione "soggettiva" della patologia e della cura, che valuti il caso concreto, può infatti restituire valore alle volontà del soggetto che proprio in quanto non autonomo ne ha maggior bisogno.

---

[47] Trib. Vercelli 31 maggio 2018, in *Giur. it.,* 2019, 798 con nota critica di F. TROLLI, *Il diritto all'autodeterminazione medica del beneficiario di amministrazione di sostegno* il quale parla di "prospettiva che fatica ancora a liberarsi da quel paternalismo che caratterizzava alle origini la relazione di cura".

[48] Corte Costituzionale 13 giugno 2019, n. 144, cit.

JUS CIVILE



FEDERICA TESCIONE

Ricercatore di Diritto privato – Università Mediterranea di Reggio Calabria

LA DICHIARAZIONE DELLA MADRE DI NON VOLER ESSERE NOMINATA. VARIANTI E INVARIANTI DI UN DIRITTO SOGGETTIVO IN CRISI SISTEMICA

SOMMARIO: *1. Il caso (poco fortuito): la morte della madre anonima. – 2. L'evoluzione dell'anonimato materno in un quadro non più solo normativo. – 3. La ricerca di un (non) senso nell'attuale sistemica ordinamentale. – 4. Il diritto allo* status filiationis *quale componente dell'identità personale. – 5. I nuovi scenari in una dimensione non più solo identitaria.*

1. – La Suprema Corte è tornata ad occuparsi del tema, più volte arato negli ultimi anni [1], dell'anonimato materno con una sentenza [2] che sembra compiere un ulteriore passo in avanti verso l'annichilimento di un diritto oggi più che mai in crisi sistemica.

I Giudici di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi sul contemperamento tra il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e quello della madre (ormai deceduta) a rimanere ignota, ma poco è dato sapere in ordine ai particolari del caso concreto. Dalle pieghe della sentenza si evince che si discute del diritto di un figlio alla ricerca di uno *status* [3].

---

[1] *Ex pluris*, Cass. civ., sez. VI, 1 Ord. 7 febbraio 2018, n. 3004, in *Quot. giur*., 2018; Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2017, 1041 ss., con nota di S. STEFANELLI, *Anonimato materno e genitorialità dopo Cass., sez. un., 1946 del 2017*; Cass. 21 luglio 2016, n. 15024, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 1484 ss., con nota di M.G. STANZIONE, *Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti*; Cass. 9 novembre 2016, n. 22838, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 2, con nota di F. TESCIONE, *L'anonimato materno: un diritto al banco di prova.*

[2] Cass. 22 settembre 2020, n. 19824, in *pluris.it.*

[3] Il caso specifico par comunque presentare delle peculiarità essendo stato accertato, a mezzo testimoni, che la pretesa madre (pur rimasta anonima nell'arco dell'intera vita) aveva sin dalla tenera infanzia trattato il soggetto (che in sede giudiziale agiva per la costituzione del proprio *status filiationis*) come uno dei suoi figli, accogliendolo finanche in casa (il c.d. "*tractatus*" ai fini di un possesso di stato, forse di dubbia applicazione alla fattispecie in questione).



La decisione pur evidenziando la centralità "dell'interesse all'accertamento dello *status* di filiazione corrispondente alla verità biologica, in quanto componente essenziale del diritto all'identità personale, in ogni momento della vita di una persona e quindi anche in età adulta" [4], non esita a chiarire come "nel bilanciamento dei valori di rango costituzionale che si impone all'interprete, al cospetto del diritto al riconoscimento dello *status* di filiazione, quello della madre a mantenere l'anonimato al momento del parto si ponga comunque in posizione preminente" [5].

Fin qui nulla di nuovo rispetto a quanto già noto.

È pacifica l'idea per cui "La salvaguardia della vita e della salute sono (…) i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale" [6].

La sentenza che oggi merita queste brevi note aggiunge però un nuovo tassello –in un mosaico forse ormai quasi completo– quando punta il cono di luce non più solo sul desiderio (*rectius* diritto) del figlio di conoscere le proprie origini ma anche sul (complementare) diritto all'accertamento dello *status filiationis*.

La Cassazione nel caso dell'avvenuto decesso della madre anonima, sgombrando il campo da ogni equivoco [7], precisa che "venendo meno per effetto della morte della ma-

---

[4] Cass. 22 settembre 2020, n. 19824, cit.

[5] Cass. 22 settembre 2020, n. 19824, cit., che sposando le classiche argomentazioni a sostegno dell'anonimato materno ribadisce che "Quest'ultimo diritto (…) è finalizzato a tutelare i beni supremi della salute e della vita, oltre che del nascituro, della madre, la quale potrebbe essere indotta a scelte di natura diversa, fonte di possibile forte rischio per entrambi, ove, nel momento di estrema fragilità che caratterizza il parto, la donna che opta per l'anonimato avesse solo il dubbio di poter essere esposta, in seguito, ad un'azione di accertamento giudiziale della maternità". La dottrina evidenzia tuttavia come dal sistema normativo emerga con sufficiente chiarezza "che la protezione dell'anonimato non è destinata a resistere in eterno, per cui la preoccupazione che il futuro disvelamento dell'identità del genitore biologico possa incidere, retrospettivamente, sulle scelte della donna partoriente appare in certa misura già ponderata dal legislatore, avendone determinato una soluzione che tenta di contemperare (differendo nel tempo l'accesso) gli interessi (all'anonimato e alla verità) in conflitto": F. GIGLIOTTI, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma*)**,** in *Europa dir. priv*., 3, 2017, 940, nota 117.

[6] Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, in *Dir. fam. pers*., 2014, 1, 27 ss., con nota di G. LISELLA; in *Fam. e dir*., 2014, 11 ss., con nota di V. CARBONE; in *Nuova giuri civ. comm*., 2014, 1, 285 ss., con note di V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze* e di J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*; in *Guida dir*., 2013, fasc. 49-50, 20 ss., con nota di G. FINOCCHIARO; in *Giur. cost*., 2013, 4031 ss., con nota di S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*; in *Corr. giur*., 2014, 473 ss., con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*.

[7] La giurisprudenza di merito si attesta – seppur episodicamente – su posizioni ondivaghe per come emerge dal recente Trib. min. Milano 7 settembre 2020, in *Fam. dir.*, 2020, 12, per il quale: "Non è ammis-



dre, l'esigenza di tutela dei diritti alla vita ed alla salute, che era stata fondamentale nella scelta dell'anonimato, non vi sono più elementi ostativi non soltanto per la conoscenza del rapporto di filiazione (come affermato da Cass. 15024/2016 e Cass. 22838/2016), ma anche per la proposizione dell'azione volta all'accertamento dello status di figlio naturale, *ex* art. 269 cod. civ." [8].

Sembra ormai maturo il tempo per rovesciare la prospettiva di osservazione dell'anonimato materno, diritto eroso dalla nuova percezione della gerarchia valoriale del nostro ordinamento.

Ma la complessità degli interessi messi in gioco da una fattispecie che non esaurisce i suoi effetti nell'orbita delle sfere giuridiche direttamente coinvolte può forse meglio emergere dalla ricostruzione della cornice non solo normativa in cui queste pur incomplete riflessioni sono destinate ad incastonarsi.

2. – L'osservazione del fenomeno dell'anonimato materno deve esser condotta in una duplice direzione posto che il dato normativo è stato nel tempo intensamente integrato (se non a volte superato) da quello giurisprudenziale [9].

La cornice di riferimento è data in prima battuta dalle note norme sovranazionali che garantiscono e realizzano il diritto alla conoscenza delle origini biologiche [10].

È finanche scontato il richiamo all'art. 8 della CEDU, baluardo indiscusso del diritto al rispetto della vita privata e familiare [11], ma molteplici sono gli altri referenti normativi

---

sibile la richiesta ai sensi dell'art. 28, comma 5, l. adoz. da parte dell'adottato di accedere alle informazioni relative all'identità della madre, nel frattempo deceduta, che si sia avvalsa della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita". Nella stessa direzione va anche Trib. min. Venezia, 20 settembre 2016, n. 16, in *Corr. giur.*, 2017, 28, con nota di V. CARBONE, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto*, ove si legge che "Il diritto della madre all'anonimato non tutela solo costei, ma anche una possibile altra realtà familiare ed affettiva a lei connessa, con la conseguenza che il suo decesso non le consente di esprimere un'eventuale revoca".

[8] Cass. 22 settembre 2020, n. 19824, cit.

[9] Sulla problematicità della questione delle fonti si sofferma con raffinatezza F. MACARIO, *L'evoluzione del "genere istituzionale" nella manualistica per l'insegnamento del diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2, 2019, 273, per il quale il diritto vivente dei nostri giorni mostra "un'evoluzione della giurisprudenza che non nasconde la tendenza a far sempre più ricorso ai "principi", così da poter superare, in modo razionale e sistematicamente coerente, le strettoie dell'enunciato normativo, nel tentativo di indirizzare la funzione giurisdizionale (anche e, si direbbe, in primo luogo) verso le concrete esigenze della giustizia sostanziale".

[10] Per una dettagliata ricognizione delle esperienze giuridiche non solo europee sul tema della protezione dell'anonimato materno si veda F. GIGLIOTTI, *Parto,* cit., nota 40.

[11] Ai sensi dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fon-



indispensabili per una ricognizione del fenomeno oggi indagato [12].

Spostando lo sguardo al livello nazionale qualunque dibattuto sull'argomento si dipana dall'art. 28, comma 5, della l. 4 maggio 1983 n. 184, per il quale "L'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. L'istanza deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza" [13].

A tale prescrizione normativa va affiancata quella per cui "L'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396" [14].

Il quadro già così abbastanza complesso è infine arricchito da una ulteriore previsio-

---

damentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza" e "Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

[12] Si pensi anche solo all'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 ottobre 1989, secondo cui "Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi"; all'art. 30 della Convenzione sulla protezione dei minori firmata all'Aja il 29 maggio 1993 per il quale "Le autorità competenti di ciascuno Stato contraente conservano con cura le informazioni in loro possesso sulle origini del minore, in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre ed i dati sui precedenti sanitari del minore e della sua famiglia. Le medesime autorità assicurano l'accesso del minore o del suo rappresentante a tali informazioni, con l'assistenza appropriata, nella misura consentita dalla legge dello Stato"; alla raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1443 del 26 gennaio 2000 che invita gli Stati ad assicurare il diritto del bambino adottato di conoscere le proprie origini e a riformare le leggi nazionali confliggenti con tale principio. Per un quadro complessivo R. PREGLIASCO, *Introduzione. L'accesso alle informazioni sulle origini nel contesto internazionale di riferimento tra approccio normativo e istanze culturali*, in EAD. (a cura di), *Alla ricerca delle proprie origini. L'accesso alle informazioni tra norma e cultura*, Roma, 2013, 11 ss.

[13] Il testo vigente scaturisce dalle modifiche apportate nel 2001 dalla l. n. 149 del 28 marzo sulle "Modifiche alla l. 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile". Una completa analisi della norma in G. BALLARANI, *Modifiche all'art. 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184 e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita (ddl n. 1978)*, in *Dir. fam. pers*., 2017, 965 ss.

[14] Così recita il comma 7 dell'art. 28, l. 4 maggio 1983, n. 184, che richiama l'art. 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, per il quale: "La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata".



ne: "Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui all'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento" [15].

A fronte di questi dati normativi, non sempre coerenti con l'assetto sistematico ordinamentale, l'interprete deve confrontarsi con un percorso giurisprudenziale tutt'affatto parallelo [16].

Mi riferisco ai molteplici interventi con cui si è fino ai nostri giorni perpetuato il tentativo di salvare quanto appare ormai in stridente disarmonia con le moderne direttrici del diritto [17] e del diritto delle persone in special modo [18].

---

[15] Art. 93, comma 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali). Per M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, in *Fam. dir.*, 2015, 196, "la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in gioco: in assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto della ricorrente a conoscere le proprie origini con i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato, viene inevitabilmente data una preferenza incondizionata a questi ultimi" per come è ben rappresentato proprio dall'art. 93, comma 2 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, cit.

[16] Il percorso giurisprudenziale italiano par aver subito non pochi condizionamenti dalle censure della Corte EDU 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, in *Fam. dir.*, 2013, 537, con nota di G. CURRÒ, secondo cui "La legislazione italiana, vietando l'accesso alle informazioni sulla propria nascita nel caso di parto anonimo, viola l'art. 8 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, poiché, senza bilanciare i contrapposti interessi della madre (all'anonimato) e del figlio (alla conoscenza) impedisce alla persona di sapere da chi è nato".

[17] Già nel 2005 era stata sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., la questione di legittimità dell'art. 28, comma 7, della l. 4 maggio 1983, n. 184, "nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica". In quella sede Corte cost. 25 novembre 2005, n. 425, in *Giust. civ*., 2006, 3, I, 503, aveva però dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale considerando il fine della norma che coincide con la tutela "della gestante che – in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale – abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita". Solo nel 2013 un nuovo intervento imboccò altra strada dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della l. 4 maggio 1983, n. 184, "nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, d.P.R. 3 novembre 2000 n. 396 – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione". Così Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, cit., per la quale "La disposizione censurata prefigura una sorta di "cristallizzazione" o di "immobilizzazione" nelle modalità di esercizio della scelta della madre per l'anonimato, che assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad "espropriare" la persona titolare del diritto a conoscere le proprie origini ai fini



Il richiamo va a tutte quelle sentenze dalle quali è emersa la necessità di attenuare la rigidità della norma che impone per l'anonimato un vincolo temporale idealmente eccedente la durata della vita umana [19] ostacolando nei fatti la realizzazione del diritto a conoscere le proprie origini [20].

La ricerca di un *escamotage* ha condotto all'interpello della madre [21].

---

della tutela dei suoi diritti fondamentali da qualsiasi ulteriore opzione, ma, mentre può ritenersi ragionevole che la scelta per l'anonimato legittimamente impedisca l'insorgenza di una "genitorialità giuridica", con effetti inevitabilmente stabilizzati *pro futuro*, non appare invece ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla "genitorialità naturale", potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio), proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta (…)".

[18] Sul moderno compito del Giudice v. N. LIPARI, *Giudice legislatore*, in *Foro it.*, 2017, I, 492 ss., secondo cui "Il fulcro del procedimento interpretativo si è venuto ormai spostando dal momento di posizione di un enunciato ai modi della sua concretizzazione nell'esperienza giurisdizionale, inducendo l'interprete a collocarsi all'interno di un processo di ricreazione del diritto nella sua portata storica concreta, vincendo i vecchi postulati della sua positività formale. Dottrina e giurisprudenza riscoprono, in una rinnovata simbiosi (cfr. N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1153 ss.), la novità di un ruolo che le colloca entrambe sul versante della formazione del precetto, concorrendo a saldare l'orizzonte del passato (inteso nel riferimento alla legge e alle altre positivizzazioni giuridiche) con l'orizzonte del presente (assunto con riferimento alle esigenze e ai valori della comunità al momento dell'applicazione)". Sul punto significative anche le pagine critiche di R. PARDOLESI-G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla relatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, I, 113 ss.

[19] Il riferimento è allo sbarramento temporale imposto dall'art. 93, comma 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, cit.

[20] È stato già evidenziato che "L'assolutezza e l'irreversibilità del segreto sulle origini sono irrimediabilmente contrastanti con il diritto all'identità personale dell'adottato, nella declinazione costituita dal diritto a conoscere le proprie origini". Così Cass. 9 novembre 2016, n. 22838, cit.

[21] Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, cit. Nelle more di un atteso intervento legislativo si sono registrate posizioni per lo più omogenee nella giurisprudenza di merito. V. Corte d'Appello Salerno Decr. 8 febbraio 2017, in *Quot. giur*., 2017; Trib. Trieste 5 marzo 2015, in *Fam. dir*., 2015, 8-9, 830, con nota di A. CARRATTA; App. Catania 5 dicembre 2014, in *Foro it*., 2015, 2, 1, 697; Trib. min. Firenze 7 maggio 2014, in *Fam dir*., 2014. Per puntuali indicazioni sulle modalità del procedimento di interpello della madre *cfr*. Cass., sez. un. 25 gennaio 2017, n. 1946, cit., che richiama il procedimento di volontaria giurisdizione previsto dalla l. n. 184 del 1983, art. 2, commi 5 e 6, cit. Si dovrebbe trattare pertanto di un procedimento in camera di consiglio "che si svolge dinanzi al tribunale per i minorenni del luogo di residenza, dettato per la ricerca delle origini del figlio adottato, una volta che questi abbia raggiunto la maggiore età, nel caso in cui la madre non ha fatto la dichiarazione di anonimato. Questo procedimento camerale – previi i necessari adattamenti, necessari ad assicurare in termini rigorosi la riservatezza della madre, che si impongono in virtú delle indicazioni contenute nel principio esplicitato dalla sentenza di illegittimità costituzionale – ben può adattarsi al caso del figlio che richiede al giudice di autorizzare le ricerche e il successivo interpello della madre biologica circa la sua volontà di mantenere ancora fermo l'anonimato, e cosí rappresentare il "contenitore neutro" (cfr. Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629) di un'interrogazione riservata, esperibile una sola volta, con modalità pratiche nel concreto individuate dal giudice nel rispetto dei limiti imposti dalla natura dei diritti in gioco, reciprocamente implicati nei loro modi di realizzazione": Cass., sez. un., 25



Tale strumento è però apparso inutilizzabile per la madre non più in vita [22], ipotesi in cui l'assestamento tra i diversi interessi è stato desunto "dal sistema di protezione dei dati personali relativi all'identità della donna che ha esercitato il diritto all'anonimato (…) tenendo conto della rilevanza di tali dati anche per i discendenti familiari." [23].

In tal caso "cosí come l'interpello della madre naturale in vita deve avvenire in modo da «cautelare in termini rigorosi il diritto all'anonimato», deve ritenersi che l'accesso alla medesima informazione dopo la sua morte, debba essere circondata da analoghe cautele e l'utilizzo dell'informazione non possa eccedere la finalità, ancorché di primario rilievo costituzionale e convenzionale, per la quale il diritto è stato riconosciuto" [24].

Questi risultati faticosamente raggiunti rischiano però di infrangersi contro l'esistenza di eventuali figli della donna rimasta anonima [25].

Si avverte la preoccupazione che il superamento dell'anonimato materno possa travolgere non solo la persona ormai deceduta ma soprattutto la cerchia delle persone legate alla madre anonima e ignare di un così grande segreto nell'arco dell'intera vita [26].

Tale timore è destinato ad amplificarsi ove si consideri l'eventualità che il figlio possa esercitare le azioni, pur riconosciute dal diritto, per far valere uno *status* conforme alla verità biologica emersa non appena conosciuta l'identità della madre rimasta anonima [27].

---

gennaio 2017, n. 1946, cit. Un approfondimento del tema proviene da B. CHECCHINI, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo «istituto» dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1288 ss.

[22] Si veda al riguardo Cass. 21 luglio 2016, n. 15024, cit.; Cass. 9 novembre 2016, n. 22838, cit., ma già prima App. Catania 13 gennaio 2016, in *Fam. dir*., 2016, 8-9, 810.

[23] Cass. 9 novembre 2016, n. 22838, cit.

[24] Cass. 9 novembre 2016, n. 22838, cit.

[25] In questa dimensione Trib. Genova, Sez. minori, 13 maggio 2019, in *Fam. dir.*, 2020, 3, ha negato l'accesso alle informazioni sull'identità della madre poiché non desumibile da elementi certi che i fratelli fossero a conoscenza della vicenda adottiva. In tal caso – ha evidenziato il Tribunale – non sarebbe neanche ipotizzabile il loro interpello al solo fine di apprendere la conoscenza o meno di tale vicenda perché ciò comporterebbe inevitabilmente la comunicazione di tale dato particolarmente sensibile. *Contra* Cass. 20 marzo 2018, n. 6963, in *Foro it*., 2018, 4, 1, 1134, che riconosce all'adottato che abbia compiuto venticinque anni di età il diritto di conoscere le proprie origini "accedendo alle informazioni concernenti non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche a quelle di sorelle e fratelli biologici adulti, previo loro interpello mediante procedimento giurisdizionale, di cui non è parte il pubblico ministero, idoneo a garantire loro la massima sicurezza e rispetto della dignità, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, ostativo all'esercizio del diritto del richiedente".

[26] Per Trib. Genova, Sez. minori, 13 maggio 2019, cit., non sono necessarie eccessive dissertazioni per comprendere le gravi ricadute psicologiche derivanti dalla rivelazione ad un figlio che la propria madre ha tenuto celata una gravidanza.

[27] Su questo aspetto non sembra però rintracciabile un copioso materiale giurisprudenziale. Si veda comunque Trib. Bari 18 marzo 2016, n. 1586, in *pluris.it*, che si attesta su una posizione favorevole alla espe-



La conoscenza delle proprie origini e l'acquisto del conseguente *status* implica necessariamente un avvicinamento (se non uno scontro) tra sfere giuridiche fino a quel momento del tutto ignare della propria reciproca esistenza [28].

Questo è lo stato dell'arte, oltre vi sono le pagine ancora da scrivere nel silenzio di un legislatore non sempre solerte [29].

---

ribilità dell'azione di accertamento della maternità anche in caso di anonimato considerando la stessa finalità dell'istituto della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, preposto ad assicurare che per via contenziosa possa essere legalmente accertata una genitorialità biologica non spontaneamente assunta con il riconoscimento. Su tale premessa il Tribunale, facendo leva sulla reversibilità della scelta dell'anonimato della madre, ha ritenuto "controintuitivo", per non dire assurdo, concludere che l'anonimato "possa ritorcersi proprio contro il figlio, ossia, la persona la cui vita e la cui salute attraverso quella scelta consentita dall'ordinamento si voleva principalmente tutelare all'atto della nascita, e che senza limiti di tempo, in ragione dell'imprescrittibilità dell'azione *de qua*, e senza limiti di sorta quanto alla prova, può adire il giudice per vedere riconosciuta una determinata maternità". C. GRANELLI, *Il "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, in *Pers. merc.*, 2017, 50, avverte però che le più recenti prese di posizione della giurisprudenza non possono che ulteriormente depotenziare quell'efficacia dissuasiva da scelte abortive o di abbandono dei neonati, cui era finalizzato l'istituto del parto anonimo nell'originario intento del legislatore.

[28] Non è il caso, a dire il vero, all'attenzione dei Giudici della sentenza in commento che si sono pronunciati su una fattispecie in cui la madre aveva già in vita, nei fatti, superato l'originaria scelta dell'anonimato, trattando il soggetto come proprio figlio. Eppure nonostante tale evenienza la vicenda giudiziaria si è spinta sino in Cassazione, evidentemente per l'avversità di chi non ha comunque condiviso scelte non esplicitate nelle forme di legge dalla donna. La fattispecie evidenzia pertanto il turbamento suscitato anche quando la notizia svelata non sia del tutto sconosciuta. Su tale aspetto si veda Trib. min. Milano 7 settembre 2020, cit., che enfatizza l'esperienza maturata durante gli interpelli delle madri biologiche dai quali suol emergere un dato comune "rappresentato da un quadro personale e relazionale complesso, legato a storie passate estremamente dolorose, evocative di vissuti traumatici, i cui effetti spesso sono ancora latenti e non adeguatamente elaborati; a ciò si aggiunge la constatazione che laddove è stato mantenuto il segreto nel corso della loro vita, di fronte all'interpello, è prevalso un atteggiamento altamente protettivo nei confronti del loro attuale nucleo familiare e, in particolare, dei figli". È stato inoltre evidenziato che proprio l'esigenza di protezione si appalesa spesso determinante "sia nelle scelte di "non revoca" dell'anonimato, dettate principalmente da un senso di tradimento verso i figli nati successivamente e dal timore di destabilizzare il loro equilibrio psichico, sia nelle scelte di "revoca" dell'anonimato, allorché le madri hanno espresso comunque una forte preoccupazione ed il conseguente bisogno di ricevere indicazioni sul modo di comunicare l'evento rimasto segreto ai figli riconosciuti, unitamente alla necessità di essere loro in prima persona a rivelare ai figli non riconosciuti l'accadimento, del quale naturalmente non vi può essere traccia nella documentazione cartacea".

[29] Per Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, cit., è compito del legislatore "introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedimentali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della pertinente verifica (sent. n. 425 del 2005)". Già nel 2014 T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 486, auspicava un intervento legislativo di revisione dell'intera disciplina anche alla luce dei rilievi critici formulati dalla dottrina al fine di chiarirne i non pochi



Su tale sfondo si inserisce la sentenza in commento che, pur inserendosi in un solco già tacciato, sembra imboccare una strada non parallela a quelle sin qui seguite, valutando l'interesse filiale ad uno *status* come preminente rispetto a tutti gli altri interessi in ipotesi confliggenti almeno a seguito della morte della madre rimasta anonima [30].

3. – Il caso sottoposto all'esame dei giudicanti impone un assestamento tra interessi quanto quanto mai connessi alle sfere personali dei soggetti coinvolti [31].

Da una parte v'è il diritto del figlio a conoscere le origini [32], necessarie per il completamento della propria identità [33], diversamente priva di un tratto fondamentale alla ricostruzione del proprio io [34].

---

aspetti controversi. Sulle contraddizioni in tema di accesso alle informazioni sulle proprie origini si veda M. G. Stanzione, *Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 3, 326. Si occupa dell'inerzia del legislatore e dei conseguenti obblighi dei giudici A. CARRATTA, *Effettività del diritto alla ricerca della madre biologica e inerzia del legislatore*, in *Fam. dir*., 2015, 835 s., cit.

[30] *Contra* Trib. Milano 14 ottobre 2015, n. 11475, in *Fam. dir*., 2016, 476, con nota di M. N. BUGETTI, *Sull'esperibilità delle azioni ex art. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato*. Per il Tribunale "Non è ammissibile la dichiarazione giudiziale di maternità nei confronti di una donna che al momento del parto ha dichiarato di non voler essere nominata, poiché altrimenti verrebbe frustrata la *ratio* della intera disciplina, ravvisabile non solo nell'esigenza di salvaguardare la famiglia legittima e l'onore della madre, ma anche di impedire che onde evitare nascite indesiderate, si faccia ricorso ad alterazioni di stato o a soluzioni ben più gravi quali aborti o infanticidi".

[31] Fra tutti, sul valore della Persona nel fenomeno giuridico P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005.

[32] Sul diritto a conoscere le proprie origini si veda, *mutatis mutandis*, Trib. min. Caltanissetta 30 novembre 2018, in *Dir. fam. pers.,* Il, 2019, 2, I, 679, che chiamato a giudicare il caso di una madre che aveva sottaciuto al figlio l'esistenza del legame genitoriale con il padre biologico, facendogli credere, al contrario, di essere stato generato da altro soggetto, ha finanche ritenuto illegittima tale condotta "Alla luce del diritto all'identità personale e alla conoscenza delle proprie origini, tutelati dalla Costituzione, dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, così come ricavabili da fonti normative nazionali e da una conforme evoluzione giurisprudenziale".

[33] Sull'argomento F. MESSINEO, *Problemi dell'identità delle cose e delle persone nel diritto privato*, in *Annali del seminario giuridico. Università di Catania*, IV, Napoli, 1950, 64 ss.; G. BAVETTA, voce *Identità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 953 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, IV, Milano, 1982, 399 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Identità personale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 294 ss.; M. DOGLIOTTI, *L'identità personale*, in *Tratt. Rescigno*, II, *Persona e famiglia*, II, Torino, 1999, 145; G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 298 ss.; C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014; L. LONARDO, *Identità personale, metodi, diritti della personalità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, I, Napoli, 2017, 1077 ss.

[34] Riposa in uno stato di quiete l'idea per cui "L'informazione relativa all'identità dei genitori biologici



Dall'altra v'è il diritto della madre alla tutela della riservatezza [35], della "identità sociale" [36] o di quant'altro sopravviva alla sua morte [37].

Tra questi soggetti, purtroppo destinati ad esser contrapposti in un innaturale rapporto madre-figlio, si muovono i soggetti già legati alla madre e portatori di altrettanti e confliggenti interessi non privi di rilevanza per un diritto che aspiri ad esser giusto.

Al di sopra di tutto e di tutti v'è o dovrebbe esservi la Famiglia, valore primordiale da preservare [38] nonostante i fatti della vita e le evoluzioni che nel tempo hanno condotto ad una molteplicità di modelli non sempre fedeli al disegno costituzionale [39].

---

attiene all'attuazione dello sviluppo della personalità individuale (art. 2 Cost.), sotto il profilo del completamento dell'identità personale": Cass. 9 novembre 2016, n. 22838, cit.

[35] In punto di riservatezza si vedano le osservazioni di D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 150, che sottolinea la contraddizione ingiustificabile di predicare l'importanza della genetica per prevenire o curare problemi di salute salvo poi impedire ad un soggetto, solo perché abbandonato dai genitori biologici, di conoscere la sua identità genetica. Secondo l'Autore "l'interesse del singolo alla propria *privacy* e alla riservatezza, che giustifica il ricorso all'anonimato, non può costituire il contenuto di un diritto soggettivo che resta del tutto indipendente dal contesto relazionale in cui il diritto viene esercitato. Ciò in quanto, altrimenti, per salvaguardare l'identità del genitore biologico che ha partorito in forma anonima e non vuole essere riconosciuto, si finisce per sacrificare l'identità del figlio abbandonato alla nascita; mentre «il diritto della famiglia e delle persone» dei nostri giorni, proprio a tutela dei soggetti più deboli dovrebbe alzare la voce".

[36] Per Cass. 9 novembre 2016, n. 22838, cit., "Il diritto all'identità personale del figlio, da garantirsi con la conoscenza delle proprie origini, anche dopo la morte della madre biologica, non esclude la protezione dell'identità sociale costruita in vita da quest'ultima, in relazione al nucleo familiare e/o relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato. Il trattamento delle informazioni relativo alle proprie origini deve, in conclusione, essere eseguito in modo corretto e lecito senza cagionare danno anche non patrimoniale all'immagine, alla reputazione e ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari)".

[37] Del resto l'informazione relativa all'identità dei genitori biologici rientra nella nozione giuridica di "dato personale" così come definita dal d.lgs. n. 196 del 2003, cit., che all'art. 4, comma 1, lett. b) si riferisce a "qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale".

[38] Ossia quella società naturale, pur non fondata sul matrimonio, che lontana dalla esaltazione delle identità singolari, è teleologicamente orientata alla realizzazione di un inter-esse che da meramente individuale, diventa reciproco e poi si espande verso interessi comuni non distinguibili che necessitano di una nuova realtà soggettiva che può anche diventare persona giuridica: così A. GORASSINI, *Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore*, in *Riv. dir. civ*., 2017, 4, 872, spec. nota 74. Il concetto originario di famiglia, come comunità differente da tutte le altre, par emergere con linearità dall'idea per cui "si deve essere 1x1 (non 1+1), ed è per questo che la famiglia rappresenta sempre e solo una unità (fintanto che è famiglia, allargata o nucleare che sia): 1 x 1 = 1; ma anche 1 x 1 x 1 x 1 … x 1 = 1 e sempre 1; ma se nei fatti diventa 0 anche un solo 1, o questo fuoriesce dalla famiglia o tutto diventa 0 (1x0=0)": EAD., *Lo stato unico di genitore*, in *juscivile.it*, 2018, 6, 827 ss.

[39] Sul valore della famiglia nelle sue possibili moderne declinazioni non si può che rinviare alle pagine di F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ*., 2002, 509 ss. e di V. SCALISI, *Le*



Quanto mai arduo il compito di chi è chiamato a valutare l'interesse poziore, soprattutto nel caso specifico in cui il figlio non faccia sol valere il diritto alla conoscenza di una parte importante della propria storia di vita ma invochi anche il diritto all'accertamento del proprio *status* filiale [40].

Il risultato potrebbe apparire scontato [41], ma la questione è stata finora per lo più teorica [42] posto che i riflettori sono da sempre accesi su adozione e diritto a conoscere le proprie origini [43].

---

stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi, parte seconda, *«Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 1317, che evidenzia come "la diversità quale sinonimo di pluralismo costituisce un valore da preservare e anche la «famiglia fondata sul matrimonio» può continuare a beneficiare della posizione di particolare privilegio e favore a essa riservata dall'art. 29, comma 1, Cost., ma con l'avvertenza che le varie e molteplici realtà familiari non sono conseguentemente da trattare come deviazioni rispetto a un predefinito schema, bensì come situazioni dotate di eguale valore e legittimità e in quanto tali aventi titolo non già ad automatiche e aprioristiche estensioni di disciplina, sibbene all'attribuzione di corrispondenti e diversificati effetti a seconda della particolare e specifica situazione familiare di che trattasi, essendo evidente, ad esempio, che diverse, anche se non incommensurabili, risultano in fatto la situazione di una coppia eterosessuale non coniugata e quella di una coppia invece omosessuale, anche quando si dovesse ritenere di ammetterla al matrimonio".

[40] Sull'argomento si veda M. MANTOVANI, *Il primato della maternità nell'accertamento dello status di figlio*, in AA.VV. (a cura di), *Liber amicorum per Dieter Henrich*, I, *Parte generale e persone*, Torino, 2012, 138 ss.; A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008.

[41] La dottrina ammette la proponibilità dell'azione di accertamento dello stato solo se il figlio sia venuto a conoscenza dell'identità della madre. Secondo questa linea di pensiero "In tal caso la madre non potrebbe opporre il suo anonimato senza per ciò stesso ammettere la propria identità": C.M. BIANCA, *La famiglia*, 2.1, 2017, 427. In questa direzione anche L. BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Assago-Padova, 2015, 564. Per T. AULETTA, *Sul diritto,* cit., 480, il diritto all'acquisizione dello stato non può essere posto in discussione dalla volontà del genitore di non assumersi le proprie responsabilità e non risulta derogato dalla disposizione che consente il parto anonimo. In senso conforme si registra la voce di M.N. BUGETTI, *Sull'esperibilità*, cit., 493 ss.

[42] M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 8 ed., Milano, 2019, 384, avverte che "Benché la legge tratti alla stessa stregua l'azione di dichiarazione della genitorialità contro il padre o contro la madre, nella pratica l'azione di dichiarazione della maternità assume uno scarso rilievo, soprattutto perché il mancato riconoscimento della madre, in concreto, coincide con l'abbandono del figlio, tanto è vero che il citato art. 11, comma 2, della l. n. 184/1983 dispone che nel caso in cui non risulti l'esistenza di genitori che abbiano riconosciuto il minore, o la cui paternità o maternità sia stata dichiarata giudizialmente, il tribunale per i minorenni, senza eseguire ulteriori accertamenti, provvede immediatamente alla dichiarazione dello stato di adottabilità; intervenuta l'adozione, la dichiarazione di maternità è preclusa".

[43] Sull'argomento *ex pluris* S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2000, 571 ss; V. SCIARRINO, *Il diritto di conoscere le proprie origini biologiche, nella legge 4 maggio 1983, n. 184*, in *Rass. dir. civ*., 2002, 775 ss.; C. RESTIVO, *L'art. 28 legge adoz. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, in *Familia*, 2002, 691 ss.; S. CICCARELLO, *Adozione e informazione sullo status di figlio adottivo*, in M.F. TOMMASINI (a cura di), *La filiazione tra scelta e solida-*



È noto a tutti che il dibattito sulla questione ruoti intorno all'art. 28 della legge sull'adozione.

Nulla *quaestio* in quella sede posto che "Con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali" [44].

Con l'adozione il soggetto "acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome" [45] e non vi può essere spazio per l'accertamento di un ulteriore *status* oltre quello già conferito dalla legge [46].

L'originalità della decisione in commento si ravvisa allora nell'aver affrontato il tema da una prospettiva nuova perché nuovo è il caso sottoposto alle cure dei giudicanti.

Da quanto emerge dai pochi dettagli conosciuti sul fatto della controversia par di poter evincere che l'interesse al disvelamento delle origini materne fosse ascrivibile ad un soggetto privo di un precedente stato filiale [47].

---

rietà familiare, Torino, 2003, 155 ss.; M. PETRONE, *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Milano, 2004; L. LENTI, *Adozione e segreti*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2004, II, 229 ss.; J. LONG, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2006, I, 549 ss; L. FADIGA, *L'adozione legittimante dei minori*, in *Tratt. Zatti*, II, *Filiazione*, Milano, 2012, 947 s.; S. TACCINI, *Verità e segreto nella vicenda dell'adozione: il contributo della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2014, 405 ss.; E. ANDREOLA, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, in *Fam. dir*., 2017, 15 ss.; E. DE BELVIS, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini biologiche*, in *Fam. dir*., 2017, 935 ss.

[44] Art. 27 legge sull'adozione, ult. comma, cit.

[45] Art. 27 legge sull'adozione, comma 1, cit.

[46] Una eventuale e improvvida domanda giudiziale si scontrerebbe con l'art. 269, comma 1, cod. civ. ("La paternità e la maternità possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso") e, conseguentemente, con l'art. 253 cod. civ. che in nessun caso ammette un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio in cui la persona si trovi.

[47] Del resto ancor oggi la filiazione non riconoscibile o non riconosciuta resiste alla pur proclamata unificazione dello *status* di figlio di cui all'art. 315 cod. civ. che par essere, in più di una ipotesi, poco più che un anelito. Eppure è incontroverso il diritto di ogni figlio ad avere uno *status* identificativo del proprio io così come il diritto di ogni figlio a crescere nella propria famiglia (art. 315 *bis* cod. civ.) o quanto meno in una famiglia disposta ad amarlo e a prendersene cura (v. legge sull'adozione). Avverte circa il bisogno di una rinnovata riflessione critica sul perdurante canone della volontarietà del riconoscimento materno M. SESTA, voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 2015, 456, che ne evidenzia il contrasto "sia con l'incondizionato diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire, educare, nonché (ora) assistere moralmente i figli e assicurar loro il diritto a crescere in famiglia e di intrattenere rapporti significativi con i parenti — posto che in concreto i figli non riconosciuti sono privati proprio del diritto a crescere « in famiglia » (ovviamente quella dei loro genitori biologici) —, sia con il conclamato stato unico di filiazione". Anche M. COSTANZA, *A margine della riforma della filiazione (legge n. 219/2012),* in *Iustitia, 2013,* 126, rileva l'aporia insita in un sistema normativo che proclama l'identità della condizione di tutti i figli per poi mantenere libero il riconoscimento anche della madre, "principio ispirato dalla volontà di garantire una generazione senza l'assunzione delle responsabilità che la nuova disciplina pretende. Un ripensamento della filiazione in chiave di responsabilità della generazione non può pretermettere il momento della rivelazione, sul piano giuridico, della generazio-



Se così è non dovrebbe meravigliare il tentativo di dare attuazione coattiva ad un effetto non spontaneamente realizzatosi, restituendo al figlio maggiorenne il diritto ad essere il figlio di qualcuno, fossanche di una madre che non ha scelto di dargli una famiglia, possibilità esistente in un ordinamento pur moderno come il nostro [48].

Forte si appalesa ancora oggi la contraddizione della triplice possibilità giuridica riconosciuta alla donna: partorire, partorire restando anonima o abortire.

Di fronte a queste opzioni, tutte formalmente accettate dal diritto, si pone il figlio che paga spesso le scelte della madre non essendogli formalmente riconosciuta, per come invece avviene in altre realtà giuridiche, l'attribuzione automatica dello *status* filiale [49] per effetto della sola nascita [50].

---

ne, elevandola senza ulteriori condizioni a fonte di responsabilità di cui si permette il rifiuto". Nella stessa direzione le considerazioni di A. RENDA, *L'accertamento,* cit., 353, per il quale non appare giustificabile il diritto all'anonimato della donna non coniugata "nella prospettiva del superamento del principio volontaristico e dell'adesione ad un sistema di accertamento automatico ed obbligatorio".

[48] R. AMAGLIANI, *L'unicità dello stato giuridico di figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 564 ss., sottolinea come sia "difficile negare che, pure al di fuori della materia delle azioni di stato disciplinate dal codice riformato, l'interesse del figlio a conoscere le proprie origini ed a vederne affermato il rilievo giuridico sotto il profilo dello stato della persona, abbia, almeno al momento attuale dell'evoluzione dell'ordinamento, carattere non esclusivo né sempre preminente".

[49] La regola della attribuzione automatica sarebbe coerente con la Convenzione europea sullo stato giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio (Strasburgo, 1975), pur non ratificata dall'Italia, che all'art. 2 prevede che la maternità è attribuita per il «solo fatto della nascita». La diversa scelta del nostro ordinamento può comportare conseguenze pratiche significative. La dottrina evidenzia il caso raro ma non per questo impossibile della madre che non possa riconoscere il proprio figlio per l'incapacità naturale sopravvenuta al parto e che successivamente muoia senza aver riacquistato la propria capacità. In tale circostanza il rapporto di filiazione materna potrebbe sorgere solo a seguito di una dichiarazione giudiziale della maternità per come fa emergere M. MANTOVANI, *Questioni in tema di accertamento della maternità naturale e sistema dello stato civile*, in *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, a cura di G. FERRANDO-G. LAURINI, Atti dell'omonimo convegno (Genova, 2012), Ipsoa, 2013, 53; EAD., *Accertamento della maternità e stato civile*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2013, II, 337, che elenca una serie di situazioni concrete in cui "l'immediata costituzione del rapporto di filiazione materna potrebbe tradursi in uno strumento non «ostile» – o vissuto come una imposizione – bensì, al contrario, in una misura posta al servizio della partoriente che, lungi dal sottrarsi alla propria responsabilità nei confronti del nato, intenda anzi affermarla con forza, ma, proprio in ragione di situazioni contingenti o di particolari condizioni di fragilità, sia ostacolata nel realizzare il proprio disegno di maternità responsabile". Sull'argomento da ultimo M. DOSSETTI, *L'unicità dello stato di figlio e i modi diversi di accertamento dello* status, in EAD.-M. MORETTI-C. MORETTI, *La nuova filiazione. Accertamento e azioni di stato*, Bologna, 2017, 38 ss.

[50] Si consideri al riguardo l'esperienza giuridica tedesca caratterizzata da un modello di accertamento automatico e vincolato della maternità che convive con il diritto di partorire senza immediata identificazione. Per una completa disamina C. RUSCONI, *La legge tedesca sulla vertrauliche geburt. Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione*, in *Eur. dir. priv*., 4, 2018, 1347 ss. Una ricognizione più ampia sul quadro europeo è compiuta da E. BOLONDI, *Il diritto della partoriente all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, II, 291 ss.



In questo terreno trova spazio l'intervento "riparatore" del diritto vivente che in un gioco di equilibri instabili tenta di correggere quanto par non funzionare sino in fondo anche quando il figlio non si accontenti delle sole informazioni su colei che lo ha messo al mondo, pretendendo – forse non a torto – qualcosa in più: la costituzione di uno *status* coerente con la svelata verità biologica.

Tanto non sembra poter essere negato ad un soggetto il cui interesse è stato sacrificato nel nome di interessi altri ritenuti superiori: la vita e la salute [51].

Ma con la variante della morte della madre si va oltre, si crea una nuova realtà e la diversità della fattispecie non può che incidere sull'adattamento degli effetti conseguenti [52].

In questa dimensione sembra collocarsi il superamento dell'anonimato materno con l'affermazione della prevalenza dell'interesse a conoscere le proprie origini e ad ottenere un coerente *status filiationis* [53].

4. – È intuitivo ritenere che le informazioni sulle proprie origini siano essenziali per la formazione della propria personalità [54].

La percezione della propria identità non può che esser condizionata dalla storia personale di ognuno [55].

---

[51] Anche se ricerche empiriche condotte in Germania a seguito della l. 28 agosto 2013 sulla maternità non disvelata hanno messo in dubbio il rapporto tra garanzia dell'anonimato della partoriente e prevenzione di aborti e infanticidi per come rilevato da C. RUSCONI, *La legge*, cit., 1380. In questa prospettiva l'Autore suggerisce di ripensare "con maggior prudenza i presupposti tradizionalmente addotti a sostegno del diritto all'anonimato ponendo in definitiva la questione se non della stessa validità della soluzione, almeno della sua attualità e proporzionalità rispetto ai fini che si propone nonché della sua conformità rispetto al disegno di politica del diritto che le ultime riforme in materia di filiazione stanno perseguendo".

[52] Sul punto sempre preziosi gli insegnamenti di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir*., XIV, Milano, 1965, 456 ss.

[53] Secondo Cass. 22 settembre 2020, n. 19824, cit., la soluzione che riconosce il diritto del figlio di madre anonima ad ottenere il proprio *status* per il tramite di una azione volta al suo accertamento, *ex* art. 269 cod. civ., si impone "anche per una lettura costituzionalmente orientata della norma sopra citata – alla luce degli artt. 2 e 30 Cost., ma anche art. 24 Cost. – oltre che internazionalmente orientata (art. 117 Cost.). In proposito, l'art. 8 CEDU, nella lettura datane dalla Corte EDU (Corte EDU, 22/09/2012, Godelli c. Italia, Corte EDU, 13/02/2003, *Odièvre* c. Francia), tende essenzialmente a premunire l'individuo contro ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, non contentandosi di ordinare allo Stato di astenersi da simili ingerenze, ma aggiungendovi obblighi positivi inerenti ad un rispetto effettivo della vita privata; tra questi non può non rientrare il diritto a proporre le azioni che lo stesso ordinamento nazionale offre per il riconoscimento dello status di figlio naturale di una persona".

[54] Anche gli studiosi di scienze del comportamento umano hanno messo in luce la rilevanza della conoscenza delle proprie origini per la costruzione della identità e della personalità per come evidenzia con puntuali riferimenti F. GIGLIOTTI, *Parto,* cit., 905.

[55] All'argomento è dedicato il lavoro monografico di M. G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di*



Ma v'è di più poiché "il diritto del figlio ad uno "*status*" filiale corrispondente alla verità biologica costituisce una delle componenti più rilevanti del diritto all'identità personale che accompagna senza soluzione di continuità la vita individuale e relazionale non soltanto nella minore età, ma in tutto il suo svolgersi" [56].

Sulla scorta di tale considerazione i Giudici hanno superato la tradizionale ritrosia e si sono sbilanciati a favore del figlio desideroso di completare la propria vita con i pezzi suo malgrado mancanti [57].

Del resto la centralità dell'interesse all'accertamento dello *status* di filiazione [58] corrispondente alla verità biologica [59] par emergere anche sol considerando la *ratio* legislativa della imprescrittibilità dell'azione di accertamento giudiziale della maternità e della paternità che possono essere peraltro provati, *ex* art. 269, comma 2, cod. civ. con ogni mezzo [60].

---

conoscere le proprie origini, Torino, 2015. L'identità personale è uno fra i diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana già per Corte cost. 3 febbraio 1994, n. 13, in *Dir. fam. pers*., 1994, 526, secondo cui l'identità personale costituisce "un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata".

[56] Cass. 22 settembre 2020, n. 19824, cit.

[57] Cass. 22 settembre 2020, n. 19824, cit.

[58] "L'identità è segnata da fatti storici che la determinano con tratti spesso incancellabili. Il concepimento che segna l'identità genetica è il primo fatto decisivo della vita umana, ma anche l'acquisto dello *status* di figlio ha una portata a sua volta decisiva e, salvo rare eccezioni, è un dato ineliminabile nella costruzione dell'identità personale": F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, II, 163.

[59] Per G. FERRANDO, *La filiazione: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Fam. dir.*, 2008, 643, l'accertamento automatico dello *status filiationis* "non va più riguardato quale espressione della tutela dell'istituzione familiare, della sua saldezza del suo onore, bensì come aspetto della tutela dei diritti della persona all'interno di quella peculiare formazione sociale che è la famiglia, e trova la sua giustificazione nella garanzia del figlio alla propria identità personale".

[60] Cass. 22 settembre 2020, n. 19824, cit., rileva che l'accertamento giudiziale del rapporto di filiazione è ormai ricollegato unicamente alla prova della procreazione dalla quale scaturisce la "responsabilità" verso i propri figli secondo quanto si ricava già dall'art. 30, comma 1, Cost. Per l'accertamento giudiziale della maternità valga il richiamo all'art. 269, comma 3, cod. civ. ai sensi del quale "La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna". Ma la prova della genitorialità può provenire anche da "elementi presuntivi che, valutati nel loro complesso e sulla base del canone dell'"*id quod plerumque accidit*", risultino idonei, per attendibilità e concludenza, a fornire la dimostrazione completa e rigorosa della paternità" o della maternità, posto che "il principio della libertà di prova, sancito dal citato art. 269 cod. civ., comma 2 – e riferibile anche alla maternità naturale – non tollera surrettizie limitazioni né mediante la fissazione di una sorta di gerarchia assiologica tra i mezzi di prova idonei a dimostrare la paternità o la maternità naturale, né, conseguentemente, mediante l'imposizione al giudice di merito di una sorta di "ordine cronologico" nella loro ammissione ed assunzione, a seconda del "tipo" di prova dedotta, avendo, per converso, tutti i mezzi di prova in materia pari valore per espressa disposizione di legge". Così sempre Cass. 22 settembre 2020, n. 19824, cit., che nel caso specifico ha conso-



Tali indici normativi sembrano offrire conforto all'idea per cui il legislatore abbia ben ponderato la rilevanza di un interesse, quale quello al proprio *status* filiale, pur a volte sacrificato in nome di un "bilanciamento" dei valori in gioco [61].

Se la soluzione adottata appare finanche ovvia [62], resta allora da verificare il perché di una ritrosia sull'argomento in tempi in cui le ragioni dei figli in quanto Persone sembrano all'apice della gerarchia valoriale degli equilibri ordinativi del sistema familiare [63].

Desta sorpresa peraltro scoprire che in taluni disegni di legge ancora in *fieri*, orientati ad ampliare la possibilità per il figlio di conoscere le proprie origini biologiche, sia esclusa la possibilità di esercitare le azioni di stato [64].

---

lidato la decisione valutando, oltre gli esiti di una consulenza immunogenetica, il *tractatus* (v. *retro*, § 1, nota 3) e la *fama* ricavabile dall'opinione comune circa l'esistenza di un rapporto genitoriale tra i soggetti coinvolti.

[61] La rilevanza dell'interesse alla *status* di figlio anche in età adulta ha già orientato verso la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 cod. civ. nella parte in cui, affermando l'imprescrittibilità dell'azione per il riconoscimento di paternità naturale proposta dal figlio, non è previsto un termine decadenziale per l'ipotesi in cui l'azione sia esercitata con notevole ritardo, con conseguente sacrificio della stabilità dei rapporti familiari maturati dal genitore nel corso del tempo. In tal senso si veda Cass. 29 novembre 2016, n. 24292, in *pluris.it*. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 4, 547, con nota di GORGONI, avverte però che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale poiché "nel disporre, al quarto comma, che "la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità", ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio". In questa direzione sembra andare anche Corte cost. 25 giugno 2020, n. 127, in *Guida dir.*, 2020, 30, 59, secondo cui nel caso dell'impugnazione del riconoscimento consapevolmente falso da parte del suo autore "il bilanciamento tra il concreto interesse del soggetto riconosciuto e il favore per la verità del rapporto di filiazione non può costituire il risultato di una valutazione astratta e predeterminata e non può implicare *ex se* il sacrificio dell'uno in nome dell'altro. L'esigenza di operare una razionale comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti, impone al giudice di tenere conto di tutte le variabili del caso concreto, sotteso alla domanda di rimozione dello status di cui all'art. 263 cod. civ. È appena il caso di aggiungere che di tale apprezzamento giudiziale non può non far parte la stessa considerazione del diritto all'identità personale, correlato non soltanto alla verità biologica, ma anche ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno della famiglia".

[62] Doveroso il richiamo a D. FARIAS, *L'ermeneutica dell'ovvio*, Milano, 1990.

[63] Di trasformazione del diritto di famiglia in diritto della filiazione parla M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *La famiglia all'imperfetto,* a cura di A. BUSACCA, Napoli, 2016, 288 ss., che segnala come tutte le innovazioni legislative consacrino il figlio come nuovo protagonista del fenomeno-famiglia.

[64] Il riferimento è al disegno di legge n. 922, comunicato alla Presidenza del Senato il 7 novembre 2018, contenente "Norme in materia di diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche". L'art. 1, comma 1, lettera a), ove approvato, modificherebbe il comma 5 dell'art. 28 della legge sull'adozione prevedendo che "L'adottato, ovvero il figlio non riconosciuto alla nascita da una donna che abbia manifestato la volontà



L'interesse realmente perseguito non par esser sempre quello del figlio e le numerose cautele intorno al diritto a conoscere le proprie origini sembrano tutelare interessi altri [65].

Penso all'interesse della madre, com'è evidente, nel caso in cui sia rimasta anonima [66].

Ma penso anche all'interesse dei genitori adottivi per come par emergere dall'ultimo comma dell'art. 28 della legge sull'adozione che esclude la necessità dell'autorizzazione giudiziale ove siano deceduti o irreperibili [67], mettendo in chiaro la preoccupazione di non pregiudicare la loro scelta d'amore almeno finché sono in vita [68].

---

di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, ovvero ancora un loro diretto discendente, raggiunta la maggiore età, possono chiedere di avere accesso a informazioni che riguardano la propria origine ovvero l'identità dei propri genitori biologici". Il nuovo comma 5 del medesimo art. 28 prevederebbe inoltre che "L'accesso alle informazioni non legittima azioni di stato né dà diritto ad alcuna rivendicazione di carattere patrimoniale o successorio". In direzione di maggior favore per la madre che abbia scelto l'anonimato si veda poi il disegno di legge n. 1039, comunicato alla Presidenza del Senato il 31 gennaio 2019, recante "Disposizioni in materia di servizi socio-assistenziali, parto in anonimato e di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita" con il quale si prevede la possibilità di interpello della donna, unicamente nei casi in cui la stessa abbia preventivamente rinunciato al diritto all'anonimato, stabilendo un procedimento per consentire che l'accesso alle informazioni sulle proprie origini avvenga nel rispetto della riservatezza alla madre biologica.

[65] La ricerca dei valori perseguiti potrebbe forse emergere da una attenta valutazione dell'art. 9, comma 2, della l. 19 febbraio 2004, n. 40 che dispone: "La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396". M. COSTANTINO, *L'identità del bambino e del concepito. Voglie individuali di anonimato e di rifiuto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 774, evidenzia come la norma manifesti segni di irrazionalità considerando che "la decisione di due conviventi di avere figli mediante il servizio di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo schiaccia la volontà della madre di non essere nominata, mentre il valore espresso da questo «diritto fondamentale» prevale in tutti gli altri casi di procreazione di tipo omologo, sia della coppia di coniugi sia della coppia di conviventi. Infatti, in tutti questi casi, la tutela dell'identità e della dignità del bambino può essere pregiudicata dalla volontà della madre di restare nell'anonimato. Soltanto nel primo caso, prevalgono le ragioni del bambino. Dunque, la funzione del divieto denota la convinzione diffusa di dover tutelare sempre la volontà della madre di restare nell'anonimato, tranne che nel caso contemplato dal divieto (procreazione medicalmente assistita)". Per l'Autore "Se fosse vero il principio di tutela dell'anonimato e del rifiuto, dovremmo chiederci perché l'identità e la dignità del bambino debbano essere assicurate e garantite nel caso in cui nasca a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita e possano essere «ragionevolmente» compromesse dalla volontà della madre di non essere nominata; se le ragioni del «parto protetto» sono le stesse che impediscono all'adottato di conoscere i propri genitori biologici; se i genitori «biologici» hanno sempre diritto all'anonimato, ovvero se il bambino ha sempre il diritto di conoscere le proprie origini biologiche": M. COSTANTINO, *L'identità*, cit., 778.

[66] Per M. COSTANTINO, *L'identità*, cit., 774, "La voglia di anonimato è sicuramente espressione della Libertà individuale di autodeterminazione. Nasce all'interno di una sfera individuale, esclusiva, assoluta".

[67] L'art. 28, comma 8, della legge sull'adozione prevede che "Fatto salvo quanto previsto dai commi precedenti, l'autorizzazione non è richiesta per l'adottato maggiore di età quando i genitori adottivi sono deceduti o divenuti irreperibili".

[68] Sugli interessi tutelati dal sistema di accesso alle informazioni sulle proprie origini si veda R. PANE,



Vi sono infine gli interessi dei figli, del marito, del compagno o di tutti quei soggetti legati alla madre anonima da intensi rapporti che da una rivelazione così importante potrebbero essere travolti [69].

Vi è in altri termini l'interesse della Famiglia, di quella società naturale in cui (pur volendo prescindere dal matrimonio) la somma degli io crea un noi che invoca tutela ogni volta in cui sia messa in pericolo l'unità [70], valore ancor oggi preminente nell'art. 29 Cost. che ammette finanche limiti alla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi quando necessario per garantirne l'effettività.

Con la morte della madre anonima le ragioni della donna, della famiglia e della sua unità sembrano frantumarsi di fronte all'interesse del singolo quale figlio [71].

È destinato ad affievolirsi anche il diritto alla riservatezza [72] della madre i cui dati

---

Ancóra sul diritto di conoscere le proprie origini, in *Dir. succ. fam*., 2015, 443. Si sofferma sui possibili turbamenti degli equilibri raggiunti T. MONTECCHIARI, *Diritto all'identità biologica dell'adottato. Profili esistenziali della famiglia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, II, Napoli, 2017, 1349 ss.

[69] Secondo M.G. STANZIONE, *Il diritto,* cit., 1490, il diritto della madre non è assoluto dovendo il giudice, di volta in volta, ricercare un punto di equilibrio con gli altri diritti e interessi di pari rango facenti capo al figlio e ai vari soggetti coinvolti nella vicenda ossia i genitori biologici, i genitori adottivi e i donatori di gameti nel caso di PMA.

[70] Sulla unità familiare quale valore assoluto "di cui fortunatamente ancora la nostra Costituzione ci ricorda all'art. 29 la sua esistenza e la sua portata capace di bloccare i diritti dei singoli" si veda A. GORASSINI, *Lo stato unico di genitore*, in *juscivile.it*, 2018, 6, 827.

[71] Dopo la morte della madre anche i figli ignari del suo segreto potranno essere tutelati come persone e non più come membri di "quella" famiglia se è vero che "quanto più i singoli sono tutelati esclusivamente come persona, tanto meno serve famiglia come istituzione risalente al suo fondamento sacrale di due che saranno una persona sola in funzione (anche solo in direzione biologica) rispetto ai figli pur nella loro dualità": A. GORASSINI, *Convivenze*, cit., 872 s., nota 74.

[72] *Contra* Trib. min. Milano 7 settembre 2020, cit., per il quale "risulta infatti aprioristico ritenere che l'interesse della madre alla tutela del segreto si affievolisca o addirittura scompaia, con la sua morte, non essendo sostenibile che il decesso della stessa possa comportare *tout court* l'affievolimento o meglio l'estinzione del suo diritto all'oblio e l'automatica revoca della sua scelta di anonimato; tale presunzione si porrebbe anche in pieno contrasto con il divieto previsto dall'art. 93, comma 2 del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che prescrive che il diritto all'anonimato si conserva per cento anni dalla formazione del documento relativo alla nascita, confermato dal D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101, attuativo del Regolamento europeo in materia di *privacy*, che, sempre all'art. 93, ha ribadito la vigenza di tale termine smentendo la fondatezza delle interpretazioni giurisprudenziali abroganti/disapplicative che, come sopra evidenziato, erano state date alla norma in esame". In questa logica il Tribunale evidenzia come "la conferma che il diritto al trattamento dei dati personali non si estingue con la morte della persona si trae proprio dalla disciplina del Codice in materia di protezione dei dati personali – così come modificato dal D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 per adeguare la normativa nazionale alle disposizioni del citato regolamento – che, all'art. 2-*terdecies*, regolamenta i casi ed i modi del trattamento dei dati personali *post mortem* da parte dei familiari o aventi interesse, così evidenziando come il diritto alla protezione di tali dati risponda ad interessi non solo personali e che pertanto non possa automaticamente estinguersi con la morte".



sensibili sono pur tutelati nelle specifiche forme previste dall'art. 9, comma 3, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 [73].

Sembrano espandersi invece i diritti del figlio che ha sopportato per tanto tempo un *vulnus* allo sviluppo adeguato ed alla formazione della personalità, una condizione di disagio dovuta all'incertezza sul proprio *status* [74] che costituisce una componente essenziale del diritto all'identità personale con inevitabili riflessi sulla vita individuale e relazionale [75].

Si azzera in altri termini la differenza tra figli accolti e figli abbandonati [76] che, almeno per il tramite del diritto, divengono tutti uguali nella realtà giuridica [77].

In questa logica pare spiegarsi il perché solo dopo la morte della madre "l'esigenza di tutela dei diritti degli eredi e discendenti della donna che ha optato per l'anonimato non può che essere recessiva rispetto a quella del figlio che rivendica il proprio status" [78].

---

[73] Per come già evidenziato da Cons. St. 12 giugno 2012, n. 3459, in *Foro amm*., 2012, 1545. Ammonisce comunque avverso il pericolo del reperimento e della diffusione *on line* dei dati sensibili E. ANDREOLA, *Fratelli biologici di madre anonima e riservatezza dei dati genetici*, in *Fam. dir.*, 2020, 3, 299, che segnala la necessità di prevedere sistemi di controllo per impedire violazioni indirette delle garanzie poste dalla legge sull'adozione ed in particolare dall'art. 93, comma 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

[74] A. GORASSINI, *Una quasi premessa. Le ragioni aneuristiche di una scelta*, in *La famiglia all'imperfetto*, cit., 9, nota 3, stigmatizza, tra altre, l'asimmetria deviante coinvolta nelle vicenda procreativa per cui "una volta nato il soggetto ha diritto a vedere realizzato il suo interesse che diventa *the best interest*, ma la madre può chiedere di non essere nominata (e spesso la giustificazione giuridico/assiologica si trova nell'interesse del bimbo a non essere abortito… senza rilevare la contraddizione con il presunto diritto ad abortire della madre".

[75] Sull'interesse del figlio v. da ultimo le considerazioni di Cass. civ., sez. VI, 1 Ord. 24 gennaio 2020, n. 1667, in *pluris.it*, secondo cui "È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 cod. civ., nella parte in cui prevede termini differenziati quando l'azione sia proposta dal figlio o dai discendenti dopo la sua morte, perché la diversità di disciplina trova giustificazione nell'evidente disomogeneità delle situazioni considerate, giacché l'imprescrittibilità dell'azione riguardo al figlio tutela l'interesse del medesimo al riconoscimento della propria filiazione, interesse che resta integro anche nell'ipotesi di decesso del presunto genitore, mentre il termine decadenziale biennale previsto per l'azione promossa dagli eredi del presunto figlio, dopo la sua morte, è giustificato dal fatto che essi sono portatori di un interesse non diretto, ma solo riflesso al riconoscimento della filiazione del loro ascendente".

[76] In una tensione ancora non risolta tra procreazione responsabile e diritto alla genitorialità del singolo che convivono in un Diritto che conosce nuovi spazi di scontro di valori "solo apparentemente e microtemporalmente bilanciabili nei concreti fatti di vita, ma spesso non con e attraverso il Diritto, per come dichiarato come perseguito, ma attraverso una nuova veste di quella che un tempo era l'equità, la quale però – qualunque sia la veste formale assunta – per poter funzionare come fenomeno normativo presuppone una morale comune": A. GORASSINI, *Una quasi premessa*, cit., 10.

[77] Interessante la prospettiva di Trib. Roma 12 maggio 2017, in *Dir. fam. pers.,* II, 2018, 2, I, 489, per il quale "Gli eredi di una donna che dichiarò di voler rimanere anonima al momento del parto possono esprimere una determinazione diversa in caso in cui la medesima non lasciò nulla di dichiarato a questo proposito per il tempo successivo alla sua morte. In questo caso, è ammissibile l'azione di dichiarazione giudiziale di maternità nonostante l'opzione per il parto anonimo al momento della nascita del ricorrente".

[78] Cass. 22 settembre 2020, n. 19824, cit., che sottolinea come la soluzione adottata si imponga "anche



Può essere solo una amara consolazione [79] i cui risvolti però potrebbero comportare effetti giuridici non per forza privi di rilievo quanto meno sul piano non patrimoniale [80].

5. – La Cassazione sembra essersi spinta oltre il dato normativo per il quale prima del decorso dei cento anni "la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile" [81].

---

per una lettura costituzionalmente orientata della norma sopra citata – alla luce degli artt. 2 e 30 Cost., ma anche art. 24 Cost. – oltre che internazionalmente orientata (art. 117 Cost.). In proposito, l'art. 8 CEDU, nella lettura datane dalla Corte EDU (Corte EDU, 22/09/2012, Godelli c. Italia, Corte EDU, 13/02/2003, Odievre c. Francia), tende essenzialmente a premunire l'individuo contro ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, non contentandosi di ordinare allo Stato di astenersi da simili ingerenze, ma aggiungendovi obblighi positivi inerenti ad un rispetto effettivo della vita privata; tra questi non può non rientrare il diritto a proporre le azioni che lo stesso ordinamento nazionale offre per il riconoscimento dello status di figlio naturale di una persona".

Resta da verificare se tale decisione motivata anche dal comportamento in vita della donna (che aveva sempre trattato come uno dei suoi figli il soggetto pur non riconosciuto) possa rappresentare un precedente utile per casi in cui manchi un simile contegno idoneo a far ricavare, seppur in via presuntiva, la prova della maternità.

[79] Non occorrono competenze specifiche per rilevare lo *stress* emotivo di un percorso di ricerca delle proprie origini per come pare già emergere dalle cautele normativamente previste. Ed infatti "Il tribunale per i minorenni procede all'audizione delle persone di cui ritenga opportuno l'ascolto; assume tutte le informazioni di carattere sociale e psicologico, al fine di valutare che l'accesso alle notizie di cui al comma 5 non comporti grave turbamento all'equilibrio psico-fisico del richiedente. Definita l'istruttoria, il tribunale per i minorenni autorizza con decreto l'accesso alle notizie richieste": art. 28, comma 6, legge sull'adozione, cit.

[80] Potrebbero aprirsi nuovi spazi anche per l'esperibilità dell'azione *ex* art. 279 cod. civ. per il quale in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio nato fuori dal matrimonio può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, e, se maggiorenne e in stato di bisogno, per ottenere gli alimenti, a condizione che il diritto al mantenimento di cui all'art. 315 *bis* cod. civ. sia venuto meno. Sul tema M. MANTOVANI, *sub. art. 279 cod. civ.*, in *Comm. breve al codice civile Cian – Trabucchi*, 11ª ed., Padova, 2014, 369 ss. Si segnala la voce di chi ritiene che ove il figlio, pur potendolo, non voglia essere riconosciuto, né essere dichiarato verrebbe meno "la *ratio* delle disposizioni di cui agli art. 279, 580 e 594 cod. civ., che erano state pensate per tutelare quei soggetti per i quali era vigente il divieto di indagini sulla paternità o sulla maternità. Il che pare inevitabile, considerato che essi al contempo godono di un diverso stato di filiazione, ovvero che non ne hanno voluto conseguire alcuno": M. SESTA, voce *Filiazione*, cit., 476.

[81] Art. 93, comma 3, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, cit. Già nel 2014 nel Contributo informativo del Presidente del Garante, Antonello Soro, alla Presidente della Commissione Giustizia della Camera dei deputati in materia di anonimato materno, in *www.garanteprivacy.it*, era contenuto l'interrogativo "sulla perdurante attualità della disciplina di cui all'articolo 93, commi 2 e 3, del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lg. 30 giugno 2003, n. 196) all´interno del nuovo quadro stabilito dalla Corte co-



Con la costituzione dello *status* filiale coerente con la verità biologica, le generalità della madre rimasta anonima sono contenute in una sentenza di accertamento destinata alla pubblicazione, perdendo così ogni tratto di segretezza [82].

In questa dimensione [83] si apre per il soggetto, ottenuto il proprio stato di figlio, la strada verso i diritti sino a quel momento negati [84] quali il diritto al cognome della propria madre [85] e alla parentela [86].

In teoria potrebbero esservi anche riflessi patrimoniali sol che si pensi alla revoca per sopravvenienza di figli di cui all'art. 687 cod. civ. [87], operante anche quando venga espe-

---

stituzionale e delle scelte normative che il legislatore eventualmente compirà". I dubbi scaturivano sin da allora dalla necessità di coordinare le indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale a favore della revocabilità dell'anonimato con il portato dei commi 2 e 3 del citato art. 93, fondati sul concetto di irreversibilità dell´anonimato materno.

[82] In senso contrario si veda Trib. min. Milano 7 settembre 2020, cit., per il quale la normativa sulla *privacy* "consentendo di rivelare l'identità della madre dopo un tempo idealmente eccedente quello della vita umana – con una previsione di cento anni dal parto – rende manifesto l'obiettivo del legislatore di assicurare la tutela del segreto anche dopo la morte della stessa, garantendole in questi termini il diritto alla tutela della *privacy* e dei propri dati personali per un periodo idoneo a coprire un'intera generazione". Secondo questa linea di pensiero il superamento del dettato normativo di cui all'art. 93 potrebbe finanche determinare una disparità di trattamento tra il figlio di madre anonima che, pur interpellata, confermi la volontà di non voler essere nominata e il figlio di madre anonima che non possa essere interpellata giacché deceduta. In tal caso si rischierebbe il paradosso per il quale il primo figlio potrebbe restare vincolato al limite insuperabile della volontà della madre di mantenere l'anonimato mentre il secondo potrebbe viceversa accedere liberamente all'identità della stessa a prescindere da qualsiasi indagine sulla sua volontà.

[83] Diverso è ovviamente lo scenario nel caso di accesso alle informazioni sulle origini da parte del figlio adottivo poiché "Con i genitori biologici ed i loro familiari non si determina per l'adottato alcun vincolo di parentela né si radica alcun obbligo assistenziale o alimentare (art. 27, commi 1 e 3)" per come già evidenziato da Cass. 9 novembre 2016, n. 22838, cit.

[84] Ai sensi dell'art. 277 cod. civ. "La sentenza che dichiara la filiazione produce gli effetti del riconoscimento".

[85] Sulla stretta connessione tra cognome e identità personale M. TRIMARCHI, *Diritto all'identità e cognome della famiglia*, in *juscivile.it*, 2013, 1, 34 ss. Sul tema è intervenuta Corte cost. 21 dicembre 2016, n. 286, in *Resp. Civ. prev.,* 2017, 2, 588 ss. Per una analisi completa delle questioni aperte e delle attuali prospettive di riforma si veda S. TROIANO, *Cognome del minore e identità personale,* in *juiscivile.it*, 2020, 3, 577 ss. Si consideri per quanto di interesse che la dichiarazione giudiziale della maternità produce effetti *ex tunc* eccetto che per i profili, quali l'acquisto del cognome, di natura tale da non poter retroagire al momento della nascita. In tal senso G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, 3 ed., 2016, 403.

[86] Per effetto dell'art. 258 cod. civ. "Il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso". Dalla costituzione del rapporto di parentela, di cui all'art. 74 cod. civ., conseguono poi gli impedimenti matrimoniali e l'eventuale diritto agli alimenti *ex* art. 433 cod. civ.

[87] Ai sensi dell'art. 687, comma 1, cod. civ. "Le disposizioni a titolo universale o particolare, fatte da chi al tempo del testamento non aveva o ignorava di aver figli o discendenti, sono revocate di diritto per l'esistenza o la sopravvenienza di un figlio o discendente del testatore, benché postumo, anche adottivo, ovvero per il riconoscimento di un figlio nato fuori del matrimonio".



rita vittoriosamente nei confronti del testatore l'azione di accertamento della filiazione [88].

Non potrà più risorgere invece il diritto alla propria Famiglia d'origine in un ordinamento che continua a garantire l'anonimato materno anche se ormai solo durante la vita della donna che abbia scelto una via tanto dolorosa per sé e per il proprio figlio [89].

Questa sembra esser la nuova direzione seguita dal diritto vivente [90] alla ricerca della attualizzazione di quei valori sacrificati a cagione di scelte altre, rese necessarie da un assestamento sistemico che spesso, come in questo caso, non può che esser ad andamento variabile [91].

---

[88] In questa direzione Cass. civ., sez. II, 21 maggio 2019, n. 13680, in *Quot. giur.*, 2019, per la quale non ha alcun rilievo che la dichiarazione giudiziale o la proposizione della relativa azione intervengano dopo la morte del *de cuius*, né che quest'ultimo, in vita, non abbia voluto riconoscere il figlio, pur conoscendone l'esistenza. In linea teorica potrebbe trovare applicazione anche l'art. 573 cod. civ. per effetto del quale "Le disposizioni relative alla successione dei figli nati fuori dal matrimonio si applicano quando la filiazione è stata riconosciuta o giudizialmente dichiarata, salvo quanto disposto dall'art. 580 cod. civ.", tanto più considerando che per effetto dell'art. 480, 2 comma, cod. civ., il termine decennale per accettare l'eredità in caso di accertamento giudiziale della filiazione decorre dal passaggio in giudicato della sentenza che accerti la filiazione.

[89] Non si potrà, in altri termini, mai più recuperare la famiglia che, nella struttura preordinata alla presenza dei figli (formazione sociale biologico-culturale), si connota per la limitazione dei diritti dei singoli componenti (e quindi anche della sola madre) "per fare spazio sia ai doveri di solidarietà biologica e sociale che ai diritti inviolabili del nuovo nato (soggetto debole "imputabile" ai procreatori), che comprimono i diritti dei componenti la coppia (altrimenti non sacrificabili neppure per reciproco accordo e neppure unilateralmente, non essendo disponibili se non in mera via di fatto), anche quelli fondamentali, non annullandoli ma ponendoli in posizione di subordine ai doveri, peraltro in conseguenza di una loro pregressa scelta libera che però – per la presenza di una nuova persona – non è più ritrattabile nella sua interezza": A. GORASSINI, *Convivenze,* cit., 875.

[90] Sull'importanza del ruolo dei Magistrati e sulla capacità di trovare la disciplina più efficace nel contesto della questione controversa (con esemplificativo richiamo anche all'anonimato materno) si ergono le pagine di P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2017, 3, 831, per il quale "Oggi, il cómpito di un giudice è più complesso e, quindi, più difficile di quello del vecchio *iudex sub lege* della modernità. Si tratta, però, di un ruolo rilevantissimo, giacché egli è diventato il più autentico garante della crescita di un ordinamento giuridico, della sua perenne storicità e, pertanto, della sua salutare coerenza al divenire sociale".

[91] Purtroppo di fronte all'esercizio di azioni volte ad un accertamento giudiziale dello *status filiationis* si celeranno sempre, pur prescindendo dalla eventualità dell'anonimato materno, scontenti ed amarezze dei soggetti interessati. Poco può su questo versante il Diritto. Non si può infine tacere la sorpresa nel leggere ancor oggi sul sito del Ministero della salute (e proprio nella pagina dedicata alla salute della donna) che "il diritto a rimanere una mamma segreta prevale su ogni altra considerazione o richiesta e ciò deve costituire un ulteriore elemento di sicurezza per quante dovessero decidere, aiutate da un servizio competente ed attento, a partorire nell'anonimato". Ancor più anacronistica appare oggi l'informazione fornita alle possibili interessate alle quali viene offerta una certezza priva ormai di concreto riscontro: "Il nome della madre rimane per sempre segreto". Se così è alla donna (cui pur è riconosciuto il diritto di restare anonima alle condizioni ormai ben note) è raccontata una non verità, la illusoria rassicurazione di non essere mai più identificata da un figlio desideroso di conoscere le proprie origini. Forse anche le donne meriterebbero



Abstract

The recent court decision commented in this work is very peculiar as it focuses on the action brought forward by a person claiming his status filiationis after his (anonymous) mother's death on top of the action to make his origins clear. The analysis allows for a phenomenological observation of the facts and values connected with maternal anonymity, with respect to which the interests of a plurality of subjects converge—interests that are of proper legal significance and that are unfortunately not always reconcilable, while searching for value order within the legal system.

un'informazione trasparente in una materia così intensamente connessa alle loro sfere personali più intime. A proposito dell'insidia comune a molti messaggi lanciati nella comunicazione di massa che illudono sull'esistenza di una "libertà di autodeterminazione", considerata presupposta, assoluta, indefinita, da tutelare ad ogni costo si veda M. COSTANTINO, *L'identità*, cit., 766.

JUS CIVILE



MARIELLA LAMICELA

Ricercatrice confermata di Diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia

VALUTAZIONE DI ABUSIVITÀ ED EFFETTI DELLA NULLITÀ DI PROTEZIONE NEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE: LA STRATEGIA DELLA DETERRENZA E L'EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE

SOMMARIO: *1. Un anno ricco di decisioni della Corte di Giustizia UE su accertamento ed effetti dell'abusività di clausole di contratti del consumatore. – 2. La trasparenza "sostanziale" ed il progressivo sdoganamento del controllo di abusività delle clausole relative al contenuto essenziale del contratto del consumatore. – 3. L'integrabilità del contratto privato delle clausole abusive, tra oggettività e soggettività del maggior vantaggio del consumatore. – 4. La nullità di protezione e i limiti della strategia della deterrenza.*

1. – Nel corso del 2019 la Corte di Giustizia di Lussemburgo si è pronunciata a più riprese sia sui presupposti per l'accertamento dell'abusività di clausole unilateralmente predisposte nell'ambito di contratti tra professionisti e consumatori, sia sugli effetti della loro eventuale caducazione [1]. Più in particolare, con le sue decisioni, la Corte si è concentrata su alcuni profili da tempo oggetto di considerazione e confronto, quali l'individuazione e il trattamento da riservare a clausole che, riguardando la determinazione dell'oggetto del contratto o il corrispettivo di beni e servizi, si sottraggono al controllo di abusività alle condizioni disposte dall'art. 4, paragr. 2, Dir. 93/13 e dall'art. 34, 2° co., d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (da qui in poi, Codice del Consumo) [2]; le condi-

[1] Le decisioni alle quali si farà riferimento sono in particolare Corte UE 14 marzo 2019, C-118/17; Corte UE, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17; Corte UE, 5 giugno 2019, C-38/17; Corte UE 3 ottobre 2019, C-260/18 e Corte UE 3 ottobre 2019, C-621/17, tutte reperibili, come anche le altre successivamente citate nel testo, in De Jure/Banca dati Giuffrè.

[2] Come è noto le disposizioni citate escludono che la valutazione del carattere vessatorio di una clausola possa attenere alla determinazione dell'oggetto del contratto o all'adeguatezza del corrispettivo pattuito, "purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile". Tra i più recenti contributi al dibattito sulla corretta interpretazione di tale previsione normativa, cfr. D'AMICO, *Mancanza di trasparenza*



zioni utili perché, in seguito alla dichiarazione di nullità di una clausola abusiva, si possa azionare il meccanismo dell'integrazione contrattuale [3]; l'accertamento delle fonti, diverse dall'autonomia privata, idonee a fornire i contenuti da inserire in sostituzione delle clausole abusive nel regolamento contrattuale [4]; infine, la precisazione dello statuto giuridico della nullità contrattuale di protezione, sia parziale che totale, nella prospettiva del contemperamento tra la garanzia di un elevato ed effettivo livello di tutela dei consumatori, secondo quanto disposto dall'art. 169 TFUE, e il rispetto del principio di autonomia privata [5]. Ce n'è abbastanza, insomma, per suscitare l'impressione che la Corte abbia in-

---

di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima), in D'AMICO-PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino 2018, p. 87 ss.; PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*, in D'AMICO-PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 45 ss.; SARTORI, *Sulla clausola floor nei contratti di mutuo*, in *questa rivista*, 2015, p. 699 ss.; AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, 2017, p. 41 ss.; DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 324; CAMPAGNA, *Contratto di credito e trasparenza: recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 502 ss.; L. ALBANESE, *credito in valuta estera: sindacato di vessatorietà e incidenza del rischio di cambio*, in *Resp. Civ. Prev.* 2020, p. 761 ss.

[3] Anche a questo proposito si rinvia per brevità solo agli interventi che, negli ultimi anni, alla luce delle nuove priorità regolative imposte dal diritto europeo dei contratti, si sono soffermati sui possibili sviluppi di un approccio interpretativo evolutivo del diritto interno. Cfr. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *questa rivista*, 2006, p. 673 ss.; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. Dir. Priv*., 2008, p. 33 ss.; PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, p. 406 ss.; ID., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, p. 854 ss.; D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in D'AMICO-PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2015, p. 31 ss.; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 231 ss.; ID., *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 22 ss.; FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in BELLAVISTA, PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 329 ss.

[4] Cfr. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. Dir. Civ*., 2004, p. 1 ss.; ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jőrös e Asbeek Brusse*, in *Jus Civile*, 2013, p. 388 ss.; ASTONE, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, in *Rass. Dir. Civ*., 2010, p. 1013 ss.; NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. Dir. Priv*., 2018, p. 95 ss.; DALMARTELLO, *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. Dir. Banc*., 2017, p. 51 ss.; PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, in D'AMICO-PAGLIANTINI, cit. (2015), p. 84 ss.

[5] Cfr. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. Dir. Civ*., 1976, I, p. 480 ss.; GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di) *I con-*



teso fornire ulteriori spunti utili ad una rappresentazione sempre più organica dei significati normativi attribuibili alle norme che compongono la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore [6].

Il quadro che se ne ricava sembra una sorta di *redde rationem*, sia sul fronte del rapporto tra autoregolamentazione ed eteroregolamentazione del contratto, sia sul fronte dei margini di effettiva tutelabilità degli interessi del consumatore. Nelle pagine che seguono si proverà a darne conto, prendendo le mosse dal ridimensionamento che sembra progressivamente investire il rilievo attribuibile alla distinzione tra clausole contrattuali dal contenuto "tecnico" e clausole contrattuali dal contenuto "economico", tradizionalmente ritenuta determinante per stabilire l'*an* e il *quomodo* del controllo di abusività [7]. Si prenderà poi atto dei ripetuti assestamenti subiti dall'orientamento interpretativo elaborato dalla Corte nei riguardi del fenomeno dell'integrazione del contratto del consumatore, in un primo momento decisamente osteggiato [8], poi ammesso ove utile ad evitare, a vantaggio del consumatore, la caducazione del contratto [9], da ultimo ampiamente sdoganato, seppure indirettamente, attraverso la definitiva puntualizzazione del novero delle fonti

---

tratti in generale, II, Torino, 1999, p. 1257 ss.; ID., *La «nullità di* protezione», in *Eur. Dir. Priv.*, 2011, p. 77 ss.; SACCO, *Le invalidità*, in *Tratt. Dir. Priv*. diretto da Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, II, Torino, 2018, p. 597-598; U. SALANITRO, *Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali*, in *Studi in memoria di G. Gabrielli*, Napoli, 2018, p. 1714; RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma* suppletiva, in *Riv. Dir. Civ*., 2001, p. 573 ss.; SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. Civ*., 2003, p. 201 ss.; ID., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011; PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, p. 561 ss.

[6] Prendendo a prestito le parole di autorevole Dottrina, può dirsi che "si è al cospetto di *una dottrina della Corte*, le cui decisioni fungono da vere e proprie aggiunte *in progress* all'impianto lacunoso della dir. n. 13/93". Cfr. PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *Nuova Giur. Civ. Comm*., 2015, p. 426. Della giurisprudenza della Corte UE, sottolinea "il ruolo di motore di sviluppo e di fattore propulsivo dell'evoluzione del diritto UE dei contratti del consumatore" anche DE CRISTOFARO, *40 anni di diritto europeo dei contratti del consumatore: linee evolutive e prospettive future*, in *Contratti,* 2019, p. 187.

[7] Giova ricordare che le previsioni dell'art. 4, paragr. 2, Dir. 93/13 rientrano tra quelle che la Corte di Giustizia UE ritiene non vincolanti per gli Stati membri. Pertanto nel recepirne i contenuti, le legislazioni nazionali possono derogarvi, ai sensi dell'art. 8 della stessa direttiva, ma solo per mantenere o adottare un livello più elevato di protezione per il consumatore. Cfr. Corte UE 3 giugno 2010, C-484/08, ove, sulla base di tale affermazione, si riconosce la piena conformità del diritto spagnolo ai contenuti della Dir. 93/13, malgrado il provvedimento destinato al suo recepimento non contenga una disposizione che, alla stregua dell'art. 4, paragr. 2, Dir. 93/13, sottragga al controllo di abusività le clausole relative alle prestazioni essenziali del contratto formulate in modo chiaro e comprensibile.

[8] Corte UE 14 giugno 2012, C-618/10.

[9] Corte UE 30 aprile 2014, C-26/13.



idonee a concorrere alla determinazione del regolamento contrattuale [10]. Infine ci si soffermerà sul consolidamento dell'invalidità quale rimedio protettivo della parte debole del contratto, osservando tuttavia il sensibile mutamento di prospettiva rinvenibile nella rappresentazione di tale strumento rimediale quale unico vero, seppure piuttosto paradossale, baluardo a difesa della residua libertà di autodeterminazione del consumatore nell'ambito dei meccanismi di ineluttabile compressione della sua autonomia negoziale, tipici della contrattazione di massa.

2. – Il primo profilo sul quale appare utile soffermarsi brevemente riguarda gli orientamenti maturati dalla giurisprudenza della Corte circa i criteri di individuazione e il trattamento giuridico da riservare alle determinazioni relative, secondo quanto disposto dall'art. 4, paragr. 2, Dir. 93/13, all'oggetto del contratto o alla remunerazione di beni e/o servizi. In questa prospettiva infatti già da qualche tempo si segnala un sostanziale ridimensionamento della distinzione normativa tra clausole contrattuali dal contenuto tecnico e clausole dal contenuto economico e un conseguente significativo disincanto rispetto alla pretesa intangibilità delle manifestazioni dell'autonomia privata rivolte a definire la natura e l'equilibrio economico dello scambio [11].

Un primo rilevante indice in questa direzione è rappresentato dall'interpretazione restrittiva dell'art. 4, paragr. 2, Dir. 93/13 (art. 34, 2° co. Cod. Cons.), proposta dalla giurisprudenza europea allo scopo di contrastare il rischio che, attraverso una definizione troppo ampia dell'attinenza di una clausola all'oggetto o all'equilibrio economico del contratto, clausole di cui, secondo un approccio più rigoroso, andrebbe riconosciuta la natura tecnica sfuggano al vaglio giudiziale rivolto ad escludere la ricorrenza di un significativo squilibrio di diritti e obblighi a carico del consumatore [12]. Come già ricordato infatti, la disposizione citata, nei riguardi delle clausole relative all'oggetto o all'equilibrio economico del contratto, limita l'azionabilità di tale verifica ai soli casi in cui la loro formulazione non

[10] Corte UE 3 ottobre 2019, C-260/18.

[11] Cfr. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 75 ss. Analogo disincanto era manifestato già da M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 40. Più di recente, cfr. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri o un trompe l'oeil concettuale?*, cit., p. 859-860; ID., *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici*, in I contratti n. 12/2016, p. 1152-1153; ID. *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2017, p. 17.

[12] Sottolinea come l'art. 4, paragr. 2, Dir. 93/13, nel giudizio della Corte UE, disponga una norma eccezionale antielusiva, PAGLIANTINI, *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici*, cit., p. 1152.



soddisfi i canoni della chiarezza e della comprensibilità. Così, in una nota decisione, relativa alla clausola di un contratto di mutuo in valuta estera che preveda, per il calcolo dei rimborsi dovuti dal mutuatario, un tasso di cambio con la moneta nazionale diverso da quello considerato ai fini della determinazione della somma mutuata, la Corte non solo ha ritenuto non conforme al diritto europeo una norma nazionale che escluda in ogni caso il controllo di abusività per le clausole espressive dell'oggetto principale del contratto o della remunerazione di un bene o un servizio, ma ha anche chiarito i presupposti della sindacabilità di simili clausole [13]. Essa, nel giustificare la necessità di una interpretazione restrittiva dell'art. 4, paragr. 2, Dir. 93/13 in virtù del carattere derogatorio delle relative previsioni, ha attribuito al giudice nazionale il compito di stabilire se quanto disposto dalla clausola contestata integri una prestazione essenziale, cioè sia parte dell'oggetto principale del contratto, ed ha escluso comunque che l'importo equivalente alla differenza tra il corso di vendita e il corso di acquisto di una valuta estera possa essere rappresentato come la remunerazione di un servizio. Ma, soprattutto, la Corte ha ridefinito il significato del concetto di trasparenza, da intendersi non più solo in senso formale ma anche e soprattutto in senso sostanziale. Perché il requisito della trasparenza sia soddisfatto, dunque, non basta che le determinazioni contrattuali di cui si discute siano comprensibili dal punto di vista linguistico e grammaticale, ma è necessario che esse consentano al consumatore di conoscere le conseguenze economiche della loro applicazione [14].

---

[13] Cfr. Corte UE 30 aprile 2014, C-26/13. La distinzione tra clausole espressive dell'oggetto del contratto o della remunerazione di un bene o di un servizio, cioè clausole a contenuto essenzialmente economico, e clausole a contenuto normativo è richiamata anche in diverse decisioni dell'ABF relative alla possibilità di verificare l'abusività delle c.d. clausole *floor* previste nell'ambito di un contratto di mutuo. Cfr. ABF, Collegio di Napoli, 5 maggio 2014, n. 2735, la quale riprende ABF, Collegio di Milano, 1 aprile 2011, n. 668 e ABF, Collegio di Roma, 13 dicembre 2011, n. 2688. Le clausole *floor* definiscono una soglia "base" al di sotto della quale, indipendentemente dalle variazioni del tasso di interesse legale, il tasso di interesse dovuto dal mutuatario, benché variabile, non può scendere, assicurando al mutuante la certezza di un guadagno minimo sul prestito pattuito. Nelle decisioni ABF citate la riconducibilità delle clausole *floor* alla categoria delle clausole a contenuto economico è stata ricavata dalla lettura combinata dell'art. 33, 5° e 6° co. e dell'art. 34, 2° co. del Cod. Cons. Si rinvia sul punto alle considerazioni di GRECO, *La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso floor ed il problema della scommessa razionale nel derivato implicito*, in *Resp. Civ. e Prev*., 2015, p. 25 ss. e SARTORI, *op. cit.*, p. 698 ss. Può osservarsi tuttavia che, benché le analisi di entrambi gli autori tendano ad affermare l'abusività delle clausole *floor*, il primo sembra ricondurre tale conclusione alla sostanziale intrasparenza della loro formulazione, ritenendo pertanto di natura economica e non tecnica il loro contenuto, cfr. GRECO, *op. cit.*, p. 28 ss., mentre il secondo ne sostiene la natura più prettamente tecnica e la conseguente necessità di sottoporle ad un controllo di abusività *ex* artt. 3 e 4, Dir. 93/13 e 33 e 34 Cod. Cons. Cfr. SARTORI, *op. cit.*, p. 708. Sullo stesso tema, cfr. MORLANDO, *Gli effetti della dichiarazione giudiziale di abusività*, in *Giur. It*., 2018, p. 29 ss.; DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 43 ss.

[14] Evidenzia che Corte UE 30 aprile 2014, C-26/13 ridefinisce la portata normativa dell'art. 4, paragr. 2,



In una successiva decisione [15], i giudici di Lussemburgo, distinguendo tra contratti di mutuo indicizzati ad una valuta estera, di cui un esemplare era proprio quello oggetto del caso appena menzionato, e contratti di mutuo da rimborsare in valuta estera, con conseguente rischio di cambio da considerarsi naturalmente a carico del consumatore, hanno confermato e precisato l'indirizzo restrittivo precedentemente elaborato. In particolare, essi hanno chiarito che, ove il riferimento alla moneta estera sia finalizzato più all'indicizzazione che non alla definizione dell'ammontare dell'obbligazione pecuniaria dovuta dal mutuatario, le relative clausole vadano considerate come clausole tecniche; viceversa, ove la valuta estera riguardi "non già una modalità accessoria di pagamento, ma la natura stessa dell'obbligazione del debitore" [16], la relativa clausola dovrà considerarsi elemento essenziale del contratto [17].

È innegabile in ogni caso che il ricorso ad una interpretazione restrittiva dell'art. 4, paragr. 2, Dir. 93/13 non può rappresentare l'unico rimedio all'indomita propensione del predisponente a sfruttare opportunisticamente ogni possibile ambiguità normativa per trarne un vantaggio abusivo [18]. La distinzione tra determinazioni a contenuto economico e determinazioni a contenuto tecnico rimane infatti estremamente labile, tanto più se si

---

Dir. 93/13 con riguardo al significato del concetto di trasparenza, da intendersi non più solo in senso formale ma anche e soprattutto in senso sostanziale, PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione)…*, cit., p. 859. Dello stesso avviso DELLACASA, *op. cit.*, p. 335. Conferme di tale orientamento interpretativo si rinvengono successivamente anche in Corte UE 3 marzo 2020, C-125/18; Corte UE 9 luglio 2020, C-452/18.

[15] Corte UE 20 settembre 2017, C-186/16.

[16] Cfr. Corte UE 20 settembre 2017, C-186/, paragr. da n. 38 a 40.

[17] Sebbene nel diritto europeo l'oggetto principale del contratto sia rappresentato dalle clausole che, determinando le prestazioni essenziali del contratto, lo caratterizzano, cfr. Corte UE, 20 settembre 2017, C-186/16, punto 35; Corte UE 3 giugno 2010, C-484/08, punto 34; Corte UE 23 aprile 2015, C-96/14, punto 33, diversamente che nel diritto italiano, per il quale cfr. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 335 ss.; GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in AA.VV., *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, p. 41 ss.; GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti d'impresa*, in *Riv. Dir. Civ*. 2005, I, p. 31. si è tuttavia osservato, con specifico riguardo al diritto nazionale, che, stante la formulazione dell'art. 1346 cod. civ., ai sensi del quale l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile, sia le clausole che richiedono l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria in valuta estera, sia quelle che invece indicizzano la somma dovuta al corso di cambio tra valuta nazionale e valuta estera al momento della scadenza dell'obbligazione potrebbero considerarsi espressive dell'oggetto del contratto, divergendo solo per la rappresentazione rispettivamente in valuta o in valore dell'oggetto dell'obbligazione contrattuale principale. Cfr. CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 507.

[18] Commentando I contenuti di Corte UE 30 aprile 2014, C-26/13, si riferisce ai "tentativi – sempre più sofisticati – della pratica contrattuale di rendere *resistibile* l'effettività della lotta alle clausole abusive nei contratti *b2c*, che la giurisprudenza della Corte intende contrastare, PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione)…*, cit., p. 858.



considera che l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi negli anni seguenti, proprio riguardo alle clausole di indicizzazione in valuta estera dei rimborsi dovuti dal mutuatario e a quelle eventualmente connesse che espressamente addossano al solo consumatore il rischio di cambio, qualifica i contenuti delle une e delle altre non già come tecnici ma come attinenti all'oggetto principale del contratto [19].

Si comprende allora anche alla luce di tale argomento la conferma, da parte di diverse decisioni pronunciate di recente dalla Corte, del rilievo giuridico da assegnare all'assenza di chiarezza e comprensibilità delle clausole relative all'oggetto o al sinallagma del contratto del consumatore nell'accertamento della loro abusività: l'intrasparenza sarebbe un semplice presupposto di tale accertamento e non invece una causa di vessatorietà in *re ipsa* [20]. Il difetto di chiarezza e comprensibilità, in altri termini, non celerebbero necessariamente uno svantaggio a carico del consumatore, poiché il frequente connubio tra eccessivo tecnicismo e sovrabbondanza di informazioni potrebbe anche comportare un semplice problema di intellegibilità degli effetti del contratto [21]. Esso tuttavia, impedendo alla controparte del predisponente di acquisire piena consapevolezza del grado di onerosità dell'operazione contrattuale [22], imporrebbe un supplemento di in-

---

[19] Cfr. Corte UE 20 settembre 2018, C-51/17; Corte UE 14 marzo 2019, n. 118/17; Corte UE 5 giugno 2019, C-38/17.

[20] Cfr. Corte UE 3 ottobre 2019, C-621/17; Corte UE 5 giugno 2019, C-38/17; Corte UE 14 marzo 2019, C-118/17; Corte UE 20 settembre 2018, C-51/17. In senso adesivo, in dottrina cfr. D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà*, cit., p. 87 ss.

[21] Cfr. D'AMICO, *op. cit.*, p.100. Quanti, al contrario, ritengono che l'intrasparenza della clausola relativa all'oggetto del contratto o al rapporto di corrispettività tra le prestazioni dovute sia di per sé sufficiente ad integrare un'ipotesi di abusività, fondano il loro orientamento interpretativo, oltre che su alcune pronunce della Corte – cfr. Corte UE 21 marzo 2013, C-92/11, nella quale la trasparenza verrebbe collocata sullo stesso piano della buona fede e dell'equilibrio quale requisito utile all'accertamento dell'abusività (paragr. da 47 a 49) e Corte UE 30 aprile 2014, C-26/13, in relazione alla centralità assegnata alla trasparenza dall'art. 5, Dir. 93/13 nella valutazione del contenuto di tutte le clausole contrattuali e non solo di quelle relative all'oggetto del contratto o al rapporto di corrispettività tra prestazioni – anche sul significato normativo attribuibile alla formulazione del § 307 (*Inhaltskontrolle*), Absatz 1 del BGB. Cfr. AZZARI, *OP. CIT.*, 2017, p. 49 ss.; DELLACASA, *op. cit.*, p. 336; Altri tuttavia, con specifico riguardo alla citata disposizione del BGB, propongono una diversa interpretazione. Cfr.D'AMICO, *op. ult. cit.*., p. 98. Un orientamento in parte differente riconosce alla base della giurisprudenza UE sul rilievo giuridico del requisito dell'intrasparenza l'influenza del § 307 del BGB, sottolineando però il significato estensivo attribuito a tale requisito e dunque la sostanziale assimilabilità della valutazione circa la chiarezza e la comprensibilità delle clausole essenziali del contratto alla valutazione sullo squilibrio contrattuale richiesta dall'art. 3, Dir. 93/13 ai fini della dichiarazione di abusività. Cfr. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione)…*, cit., p. 860; ID., *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici…*, cit., p. 1152.

[22] Giova ricordare in proposito che secondo Corte UE 30 aprile 2014, C-26/13, il controllo circa la chia-



dagine che riguardi in prima battuta la buona fede del predisponente e in seconda battuta proprio l'assetto di vantaggi, svantaggi e rischi che i contenuti della clausola realizzano a carico delle parti [23]. Dunque, l'intrasparenza rileverebbe come possibile indice di un abuso *ex* art. 3, Dir. 93/13 e non invece come semplice manifestazione di un'asimmetria informativa, senz'altro da rimediare per la condizione di scarsa consapevolezza delle conseguenze dell'operazione economica dedotta in contratto in cui costringerebbe il consumatore [24].

---

rezza e la comprensibilità della formulazione della clausola deve procedere oltre la verifica di una mera intellegibilità formale, per accertare che i contenuti negoziali esaminati siano espressi in modo tale da consentire al consumatore l'effettiva percezione dell'onerosità dei loro effetti. Critico a riguardo, CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 510, secondo il quale, attribuendo alla trasparenza il significato ampio suggerito dalla Corte di Giustizia UE, si realizzerebbe "l'abuso dell'obbligo di trasparenza", cioè si sovrapporrebbe all'obbligo di trasparenza l'obbligo di informazione, con la conseguenza di imporre la redazione di testi sovrabbondanti di informazioni che proprio per le loro dimensioni non verrebbero letti dal consumatore. Si potrebbe obiettare tuttavia che tale modo di intendere le sollecitazioni della Corte di Giustizia UE ad una maggiore chiarezza e comprensibilità della formulazione delle clausole contrattuali da parte del professionista confonda la richiesta di una diversa qualità dell'informazione con una diversa quantità dell'informazione.

[23] Cfr. Corte UE 3 ottobre 2019, C-621/17, paragrafi 50 e 51. Un simile orientamento pare anche utile a distinguere il significato dell'art. 4, paragr. 2, Dir. 93/13 dal significato del successivo art. 5, ove si prevede che "in caso di dubbio sul significato di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore". Quest'ultima disposizione, infatti, sarebbe rivolta a risolvere il problema derivante dalla possibilità che una clausola, essendo formulata in modo oggettivamente ambiguo, si presti ad una pluralità di interpretazioni non tutte ugualmente vantaggiose per il consumatore, indirizzando l'interprete a prediligere, per consentire la conservazione del contratto, quella più favorevole al consumatore. La previsione contenuta nell'art. 4, paragr. 2, Dir. 93/13, invece, riguarderebbe il diverso problema della intellegibilità della clausola, in assenza di specifiche competenze tecniche e/o di adeguata esperienza professionale sulla materia oggetto di regolazione da parte del consumatore. Cfr. DELLACASA, *op. cit.*, p. 336. D'altronde, nulla esclude che, per quanto il giudice interpreti la clausola dubbia nel senso più favorevole al consumatore, costui ne contesti comunque l'abusività, essendo in realtà il significato privilegiato solo il meno sfavorevole. Una simile considerazione, sebbene contraddetta da autorevole dottrina, cfr. DELLACASA, p. 336, potrebbe oggi ritenersi avvalorata dal riconoscimento della legittimità della preferenza del consumatore per l'estensione della nullità della clausola abusiva all'intero contratto piuttosto che per l'integrazione del contratto con previsioni legali considerate poco vantaggiose. Cfr. Corte UE 14 marzo 2019, C-118/17, *infra*. In prospettiva in parte diversa, al fine dichiarato di evitare che l'art. 35, 2° co. Cod. Cons. sia considerato residuale, si segnala la proposta di interpretare la disposizione citata come "l'epifania settoriale di una regola generale del seguente tenore: nel dubbio tra due discipline applicabili, va sempre selezionata quella più favorevole al consumatore". Cfr. PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, n. 11/2016, p. 1034 ss.

[24] Sebbene accolga con favore il significato sostanziale attribuito dalla Corte UE al parametro della chiarezza e della comprensibilità della clausola "essenziale" a partire dalla sentenza 30 aprile 2014, C-26/13, propende invece per la tesi che individua nel difetto di chiarezza e comprensibilità una causa sufficiente a determinare l'inefficacia per abusività di tali clausole, tra l'altro con l'argomento che, essendo queste ultime sottoposte a "pressione competitiva", esse sono esentate dal controllo giudiziale "in quanto il consumatore è protetto dalla dinamica concorrenziale", DELLACASA, *op. cit.*, p. 332.



Sembrano degne di particolare nota, a questo proposito, le considerazioni formulate da Corte UE 3 ottobre 2019, n. 621, in relazione alla trasparenza delle clausole di un contratto di mutuo stipulato da un consumatore ungherese che dispongono a carico di costui l'obbligo del pagamento di importi per commissione di esborso e spese di gestione, aggiuntivi rispetto agli interessi corrispettivi. Non solo e non tanto perché esse confermano che la scarsa chiarezza e comprensibilità della formulazione di una clausola parte di un contratto tra professionista e consumatore spesso preluda all'accertamento di una abusività *ex* art. 3, Dir. 93/13; ma anche e soprattutto perché esse rivelano quanto breve sia in questa prospettiva il passo nella direzione di una valutazione in chiave sostanziale della congruità di clausole relative al nucleo essenziale dell'operazione economica dedotta in contratto.

Va subito premesso che la Corte introduce le sue argomentazioni escludendo che il controllo di abusività possa tradursi nella verifica dell'adeguatezza degli importi richiesti, motivando anche con l'assenza di tariffari cui fare eventualmente riferimento [25], e senza pure mancare di rilevare l'apparente soddisfazione dei requisiti di chiarezza e comprensibilità della clausola. Subito dopo, tuttavia, in ragione della tutela dovuta al consumatore in quanto soggetto contrattualmente debole nei confronti della controparte, osserva che un difetto di trasparenza può in realtà essere integrato anche quando, benché l'esborso economico dovuto dal consumatore sia espresso in modo chiaro e comprensibile [26], non sia possibile ricavare la giustificazione economica dei pagamenti dovuti (commissione di esborso e spese di gestione), neanche facendo riferimento al contratto nel suo complesso, alla pubblicità e all'informazione fornita dal mutuante nel corso della negoziazione [27]. Pur dovendosi riconoscere, dunque, la legittimità in linea di principio delle clausole impugnate, stante la conformità dei loro contenuti al diritto nazionale e l'apparente chiarezza e comprensibilità della loro formulazione, i giudici di Lussemburgo affermano che nel caso in specie, al fine di escludere in via definitiva ogni ipotesi di abusività, spetti al giudice nazionale accertare *ex* art. 3, Dir. 93/13, non solo che i servizi resi in contropartita possano ragionevolmente qualificarsi di gestione e/o di esborso, ma anche che gli importi dovuti per remunerarli non siano sproporzionati in relazione

[25] Cfr. Corte UE 3 ottobre 2019, C-621/17, punto n. 34, secondo quanto già sostenuto in Corte UE 26 febbraio 2015, C-143/13.

[26] Ai requisiti di chiarezza e comprensibilità che devono connotare la clausola oggetto di valutazione giudiziale, come ogni altra clausola di un contratto del consumatore *ex* art. 5, Dir. 93/13, si attribuisce il significato sostanziale, già formulato in Corte UE 30 aprile 2014, C-26/13, in virtù del quale il contenuto di una clausola non deve essere solo grammaticalmente intellegibile ma deve anche essere esposto in modo da consentire al cliente di comprendere le conseguenze economiche della sua applicazione.

[27] Cfr. Corte UE 3 ottobre 2019, C-621/17, punti n. 43 e 54.



all'ammontare del prestito [28].

Ebbene, due elementi colpiscono: il primo riguarda la rinnovata affermazione della necessità di verificare l'abusività di una clausola contrattuale relativa ad una commissione dovuta dal consumatore, nel caso in cui si constati l'intrasparenza della ragione che ne rappresenti la giustificazione economica, mentre il secondo attiene alla richiesta rivolta ai giudici nazionali di controllare la proporzionalità tra importi richiesti e capitale concesso in prestito.

Il primo elemento colpisce perché potrebbe far pensare all'introduzione di una possibile correlazione tra il giudizio di abusività della clausola e quello che nell'ordinamento interno integrerebbe più propriamente un difetto di causa [29]. Non va sottovalutato però che l'accertamento di un simile difetto notoriamente provocherebbe comunque la nullità, anche nei casi in cui la determinazione negoziale priva di giustificazione economica sia contenuta in un contratto di cui il consumatore non sia parte [30]. Anche per questa ragione, sembra allora più verosimile che con il loro richiamo, i giudici di Lussemburgo abbiano piuttosto voluto esprimere disapprovazione per la pratica diffusa di una presentazione ampiamente disarticolata dei costi connessi all'operazione di scambio programmata, data l'oggettiva difficoltà per il consumatore, in questi casi, di comprendere la misura complessiva dell'addebito che il contratto dispone a suo carico [31]. L'intrasparenza dun-

---

[28] Corte UE 3 ottobre 2019, C-621/17, punto n. 55.

[29] Sull'inquadramento generale del requisito causale, tra gli innumerevoli contributi, si rinvia a SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 580 ss.; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 368; GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002, p. 99 ss.

[30] La Corte, cioè, secondo questa chiave di lettura tenderebbe ad accreditare l'idea che l'abusività di una clausola possa anche assumere i tratti tipici di un difetto di validità *ex* art. 1418, 2° co. cod. civ.. Se così fosse, tuttavia, potrebbe denunciarsi anche una forzatura nell'interpretazione del concetto di abusività ricavabile dalla lettura dell'art. 3, Dir. 93/13. Non pare agevole, infatti, assimilare un'ipotesi di significativo squilibrio nella distribuzione di diritti e obblighi tra le parti, non a caso oggetto di disciplina speciale in relazione al fenomeno dell'asimmetria informativa che si presume interessi solo la categoria dei contraenti consumatori, all'ipotesi della totale assenza di giustificazione economica alla base di obbligazioni contrattuali a carico di una delle parti, da riconoscere invece, nella generalità dei contratti, come causa di nullità dell'atto negoziale o di sue specifiche clausole.

[31] Ove tale interpretazione fosse corretta, la giurisprudenza in commento apparirebbe in sintonia con quanto già affermato da Cass. 26 giugno 2016, n. 12965, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, p. 1593 ss. con nota di SALANITRO, *Usura e commissioni di massimo scoperto: la Cassazione civile riconosce il valore vincolante del principio di simmetria*, in relazione ai presupposti di legittimità della clausole di massimo scoperto contrattualmente previste in rapporti tra imprese di apertura di credito in conto corrente, precedenti all'entrata in vigore del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito in l. 28 gennaio 2009, n. 2, il quale come è noto all'art. 2 *bis* ha sancito i presupposti di nullità di tali clausole. Il rilievo di una sintonia tra la pronuncia della Corte UE oggetto del presente commento e le conclusioni cui Cass. 26 giugno 2016, n. 12965 perviene, sarebbe giustificato dall'osservazione che quest'ultima, nel chiarire le circostanze nelle quali le CMS



que non celerebbe il difetto causale del patto ma renderebbe oscuro il grado di onerosità delle prestazioni contrattuali offerte dal professionista.

Il secondo elemento invece colpisce in quanto il riferimento all'eventuale sproporzione tra le spese e le commissioni a carico del consumatore, da un lato, e l'importo del prestito, dall'altro, sembra indulgere sull'ammissibilità di un controllo del rapporto di corrispettività delle prestazioni [32], che pure poco prima l'affermazione di insindacabilità dell'adeguatezza del prezzo che il contratto prevede in cambio di un servizio sembrava aver escluso [33]. È probabile che con tale orientamento interpretativo si sia voluto traccia-

---

potrebbero contribuire all'accertamento di una pratica usuraria, si riferisce in specie alle ipotesi in cui esse si propongano di fatto come una semplice duplicazione, rispetto agli interessi comunque dovuti, della remunerazione del credito concesso al cliente. In questo caso infatti, come in quello della commissione di esborso e delle spese di gestione del caso esaminato dal giudice del rinvio, la giustificazione del pagamento richiesto al cliente sarebbe tutt'altro che trasparente, potendosi celare, in particolare dietro la previsione di CMS connotate da una simile opacità funzionale, il tentativo di un frazionamento del costo del credito utile, nel caso in specie, ad eludere la disciplina di contrasto all'usura. Preziosi spunti a riguardo si ricavano da SALANITRO, *op. cit.*, p. 1602. Si sofferma su Cass. 26 giugno 2016, n. 12965 anche D'AMICO, *Postilla* (2017), in D'AMICO (a cura di), *Interessi usurari e contratti bancari*, Torino 2017, p. 56, nt. n. 18, riconducendo la valutazione espressa dalla Suprema Corte in ordine a CMS idonee a schermare una dislocazione frazionata di una voce contrattuale di costo in realtà unica alla fattispecie della simulazione relativa piuttosto che al difetto di causa, come invece ritenuto in passato a proposito di ipotesi analoghe.

[32] Nello stesso senso, cfr. Corte UE 26 febbraio 2015, C-143/13, punto 56.

[33] Il richiamo alla sproporzione degli importi dovuti rispetto all'ammontare del prestito concesso evoca il vivace dibattito, che da tempo anima la dottrina nostrana, sulla possibilità che la meritevolezza di tutela degli interessi contrattuali *ex* art. 1322 cod. civ. sia negata ove si rilevino ipotesi di squilibrio tra le prestazioni dedotte in contratto. Tale orientamento tende ad identificare il controllo del profilo causale del contratto nella verifica non solo dell'esistenza di una giustificazione economica alla base dell'assetto di interessi divisato dalle parti, ma anche della congruità o adeguatezza del rapporto di corrispettività tra le prestazioni cui le parti si sono obbligate. In relazione a tale orientamento interpretativo, che pare ora evocato da Corte UE 3 ottobre 2019, n. 621, cfr. C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 460, il quale osserva che "clausole e condizioni irragionevoli, abusivamente imposte a danno di una parte, potrebbero essere colpite da invalidità in quanto prive di una causa sufficiente, ossia in quanto prive di una sostanziale giustificazione nell'economia dell'affare", ritenendo che opinioni avverse "non tengono conto della crescente esigenza di giustizia sostanziale nei rapporti della vita di relazione e, soprattutto, non tengono conto del fatto che per una larga fascia di contratti il contenuto del rapporto sfugge alla determinazione bilaterale in quanto il contenuto è predeterminato e imposto da una parte nei confronti dell'altra". Ma si veda anche ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p.145 ss.; LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *questa rivista*, 1985, p. 309 ss.; ID., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali: corso di diritto civile*, Padova, 2003, p. 224; P. PERLINGERI, «*Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2017, 204 ss.; Dissentono invece da tale orientamento interpretativo tra i tanti DI MAJO, *La causa negoziale*, (Voce), in Enc. Giur. Treccani, Roma, p. 8; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 788; M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 392 ss. Per un approfondimento sul tema, sia consentito rinviare a LAMICELA, *Difetto di corrispettività e causa del contratto: le ragioni di una distinzione necessaria*, in *Jus Civile*, 2016, p. 335 ss. Sulla scorta di un'interpretazione dell'art. 1469 *bis* cod. civ. che "riferendo la locuzione «più favorevole» allo stesso codi-



re una distinzione tra la verifica della congruità del prezzo sulla base di parametri oggettivi esterni all'economia dell'affare e la valutazione del rapporto qualità/prezzo del bene o del servizio in base alla natura del contratto, alle circostanze che hanno accompagnato la conclusione del contratto e alla considerazione di tutte le altre clausole, secondo quanto disposto dall'art. 4, 1° co., Dir. 93/13. Ma si tratta di una distinzione piuttosto sottile, forse più facile da teorizzare che non da sperimentare praticamente.

Certamente sia l'una che soprattutto l'altra indicazione formulate dalla Corte di Giustizia UE confermano una marcata propensione a legittimare, ogni volta che risulti necessario, la pervasività del controllo giudiziale nei riguardi di tutte le determinazioni contrattuali, anche di quelle relative all'oggetto principale del contratto o alla remunerazione di beni e/o servizi, allo scopo sempre più evidente non solo di scongiurare la ricorrenza di un'intrasparenza ostativa di consapevolezza e ponderazione nell'adesione del consumatore al contratto unilateralmente predisposto, ma anche di verificare profili di "proporzionalità" economica nel rapporto di corrispettività tra le prestazioni previste nel contratto unilateralmente predisposto dal professionista.

Una tendenza quest'ultima dalle molte implicazioni, non tutte tra loro coerenti. La prima e la più evidente pare possa individuarsi nel costante potenziamento della strategia della deterrenza nei riguardi degli abusi negoziali della parte predisponente [34]. Tanto più numerosi e consistenti sono infatti i rischi di contenzioso giudiziario, incertezze nell'esecuzione del contratto e conseguenti perdite di profitto, quanto maggiore dovrebbe essere la cautela di professionisti e delle imprese nella predisposizione di clausole espressive di

---

ce del consumo, ne immagina una sua disapplicazione quando dovessero darsi delle disposizioni di parte generale più favorevoli al consumatore", di recente si è avanzata l'ipotesi che il giudice nazionale dichiari la nullità parziale di una clausola di un contratto del consumatore *ex* art. 1322, 2° co., cod. civ., ove il suo contenuto economico risulti squilibrato a favore del professionista, ammettendo anche, però, che per questa via si finirebbe per "stilizzare un diritto derivato se non proprio inutile, sicuramente marginalizzato al rango di norma sussidiaria". Cfr. IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*", in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, p. 436. In proposito, si veda anche PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, cit., p. 567. Un riconoscimento assai discusso dell'orientamento in parola è stato formulato da ultimo dalle Sezioni Unite, Cass. 24 settembre 2018, n. 22437, a proposito dell'annosa questione della rilevanza giuridica dei contratti di assicurazione della responsabilità civile c.d. *claims made*. Estremamente critico a riguardo PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto della causa. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2019, p. 1045 ss., cui si rinvia anche per la ricostruzione dell'intera vicenda giurisprudenziale e per più ampi riferimenti bibliografici.

[34] Cfr. Sul fenomeno dell'abuso della libertà contrattuale, si rinvia a SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in Diritto Privato 1997, III, Padova, 1998, p. 217 ss. e, con specifico riferimento alle questioni affrontate in questa sede, D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, cit. p. 193 ss.



un significativo squilibrio tra le posizioni giuridiche delle parti contraenti. Non può però omettersi di segnalare che proprio il perseguimento di tale strategia, ove non attentamente ponderato, potrebbe d'altra parte sortire anche effetti destabilizzanti, seppure certamente indesiderati. Effetti rappresentabili sia in termini sistematici, con particolare riferimento alla persistente idoneità dei vari diritti nazionali ed in particolare del nostro all'implementazione del diritto contrattuale europeo [35], sia in termini economici in quanto, come si proverà a mostrare anche alla luce delle posizioni della Corte UE sulle sorti del contratto privato di una o più clausole abusive, potrebbe giungersi ad uno stato di "formalizzazione dell'incertezza" giuridica che si ritiene ben poco incentivante del dinamismo e della virtuosità degli scambi di mercato.

3. – Le sollecitazioni della Corte di Giustizia a favore di un intensificato controllo dell'abusività di clausole contrattuali relative all'oggetto principale del contratto del consumatore o alla remunerazione di beni e servizi rendono d'altra parte estremamente attuale il problema della determinazione degli effetti della loro eventuale caducazione [36].

Ai sensi dell'art. 6, 1° co., Dir. 93/13 la nullità della clausola abusiva non dovrebbe incidere sull'idoneità del contratto a produrre per il resto i suoi effetti "secondo i medesimi termini". Lo stesso articolo si chiude però subordinando la conservazione del contratto privato della clausola abusiva all'eventualità che il contratto "possa sussistere senza le clausole abusive". Rimane allora da stabilire quale soluzione normativa adottare al fine di conciliare l'eventuale dichiarazione di una nullità di protezione con l'esigenza dell'effettività della tutela del contraente debole [37], ove in particolare l'invalidità non colpisca tanto clausole che la Corte considera "accessorie rispetto a quelle che definiscono l'essenza stessa del rapporto contrattuale" [38], ma riguardi piuttosto una clausola og-

[35] Basti pensare al possibile accreditamento dell'orientamento interpretativo e giurisprudenziale, di cui si è sinteticamente riferito alla nota n. 33, che sempre più di frequente rivendica l'ammissibilità del controllo della congruità dell'equilibrio contrattuale ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., a scapito della distinzione tra causa e sinallagma contrattuale e, in ultima analisi, dei contorni normativi, già nel tempo ampiamente ridefiniti, del principio di autonomia privata. Sul punto si veda anche SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *questa rivista*, 2004, p. 545 ss.

[36] Sulla questione si rinvia in particolare ai contributi citati *infra*, nt.3.

[37] Qui si presuppone naturalmente che l'interesse prevalente del consumatore sia quello di realizzare effettivamente l'operazione economica dedotta in contratto e non di cancellarla.

[38] Cfr., Corte UE 20 settembre 2017, C-186/16, punto 36; Corte UE 30 aprile 2014, C-26/13 punto 50; Corte UE 23 aprile 2015, C-96/14, punto 33.



gettivamente determinante ai fini della persistente funzionalità del contratto. Mentre nel caso della caducazione di una clausola accessoria, infatti, nulla impedisce che la rimanente parte del contratto continui a produrre i suoi effetti, se necessario attingendo indicazioni operative dal diritto dispositivo [39], essendo l'eventuale disappunto soggettivo della parte predisponente a riguardo giuridicamente irrilevante [40], ove venga meno una clausola "essenziale", qualche interrogativo in più sulle sorti del contratto "per il resto" è inevitabile. In particolare sorge spontaneo chiedersi se la nullità della singola clausola debba estendersi all'intero contratto, alla stregua di quanto nell'ordinamento nazionale, sebbene in prospettiva più marcatamente soggettiva, dispone l'art. 1419, 1° co, cod. civ. [41], o se invece, la caducazione dell'intero contratto finisca per danneggiare di fatto il consumatore e dunque, in ragione della *ratio* protettiva che assiste la dichiarazione di invalidità della clausola abusiva, sia preferibile procedere alla sostituzione delle determinazioni negoziali abusive con contenuti ricavati da fonti eteronome, consentendo così al contratto di continuare a produrre i suoi effetti e al consumatore di vedere effettivamente tutelati i propri interessi [42].

---

[39] In proposito si rinvia alle puntuali considerazioni di D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 271-272.

[40] La *ratio* deterrente di una simile irrilevanza è dichiarata a chiare lettere dalla giurisprudenza della Corte a partire da Corte UE 14 giugno 2012, C-618/10 a proposito della quale vedi *infra*.

[41] Nel ricostruire il significato normativo attribuibile all'art. 1419, 1° co. cod. civ., valorizza l'istanza di conservazione del contratto espressa dalla disposizione, ma al tempo stesso evidenzia l'irrinunciabile centralità riconosciuta all'integrità della volontà negoziale delle parti, per quanto rappresentabile solo come volontà ipotetica, D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 56 ss.; Sul punto si veda anche ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. Dir. Civ*., I, 1971, p. 686 ss.; DE NOVA, *op. cit.*, p. 480 ss.; GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1358 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 639; SACCO, *Le invalidità*, cit., p. 597-598; U. SALANITRO, *Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali*, cit., p. 1714.

[42] Cfr. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 250 ss., il quale argomenta a favore del ricorso all'integrazione del diritto dispositivo in funzione di conformazione e conseguente conservazione del contratto privato di una clausola abusiva, al fine di garantire l'effettiva protezione degli interessi in ragione dei quali l'invalidità della clausola è disposta; D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 63 ss. ove l'Autore sostiene l'opportunità, nel nostro ordinamento, di un'interpretazione evolutiva dell'art. 1374 cod. civ., utile a legittimare l'integrazione del diritto dispositivo «abusivamente derogato», "il quale viene così a svolgere – in luogo della sua *normale* funzione *suppletiva* – una funzione (anche) *correttiva* dell'autonomia privata"; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit., p. 54, il quale ritiene legittimo il ricorso all'integrazione *ex* art. 1374 cod. civ., sostenendo "una rideterminazione delle condizioni di applicazione del co. 2 dell'art. 1419", dovuta al passaggio storico dalla "logica politica" che ispirerebbe l'art. 1339 cod. civ., tradizionale *pendant* normativo dell'art. 1419, 2° co, cod. civ., alla logica dell'"interazione tra autonomia e mercato" di cui invece sarebbe portatore l'art. 1374 cod. civ.; MAUGERI, *Art. 1339 – Inserzione automatica di clausole*, in *Comm. c.c.* diretto da Gabrielli, Torino, 2011, p. 522, la quale si spinge a ritenere che la correzione del contratto, resa necessaria dalla caducazione di una sua clausola per evitare la nullità



La norma europea non fornisce indicazioni espresse in proposito, mentre come è noto, nella prospettiva interna il principale ostacolo all'attivazione del meccanismo integrativo è dato dall'assenza di una norma che lo autorizzi, in assenza di disposizioni imperative che puntualmente associno alla invalidità delle clausole negoziali che ne violino i contenuti la loro sostituzione con le relative prescrizioni legali, secondo il combinato disposto degli artt. 1419, 2°co. e 1339 cod. civ. [43].

---

per intero dell'atto, possa avvenire ricorrendo ad "una lettura in chiave evolutiva dell'art. 1339 cod. civ., che porti a riconoscere l'utilizzabilità del meccanismo di sostituzione previsto dallo stesso laddove la legge specificamente imponga ad un operatore economico di praticare prezzi di mercato o non discriminatori", senza dunque che sia necessaria l'esplicita indicazione legale dei contenuti oggetto di sostituzione automatica, poiché potrebbe essere il giudice in questi casi a concretizzare valori i cui criteri di determinabilità siano stati comunque fissati dal legislatore; GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1997, p. 433, ove l'Autore, sul modello della *geltungserhaltende Reduktion* prevista dal diritto tedesco, propone di "ottenere per via di una sorta di «riduzione» quel che è precluso all'integrazione"; Di Marzio, *op. cit.*, p. 707 ss., che tuttavia ritiene ammissibile il fenomeno dell'integrazione contrattuale del diritto dispositivo derogato solo con riferimento alla disciplina speciale dei contratti del consumatore; U. SALANITRO, *Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali*, cit., p. 1715 ss., il quale esclude che l'ambito di applicabilità della norma espressa dall'art. 1419, 1° co. vada limitato in ragione di una "lacuna originaria" del Codice Civile riguardante le ipotesi di nullità di clausole con funzione protettiva di uno dei contraenti, ma riconosce che, in relazione alle sopravvenute discipline speciali di matrice europea a tutela del consumatore, "nonostante il silenzio del legislatore settoriale, sarebbe ammissibile l'estensione della nullità all'intero contratto soltanto in considerazione degli interessi del contraente protetto", lasciando intendere che si possano verificare ipotesi di integrazione sostitutiva anche ricorrendo al diritto dispositivo, a condizione che, tuttavia, si evinca "una precisa scelta normativa, che impone un livello più elevato di tutela del contraente leso secondo un principio che può essere considerato alternativo a quello accolto dal codice civile", *Ivi*, p. 1720; DEL PRATO, *Patologie del contratto: rimedi e nuove tendenze*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, p. 26 il quale, invece, con riguardo all'analogo problema della correzione del contratto d'impresa, privato di un patto integrante un abuso di dipendenza economica, considerando l'abuso un'ipotesi di illecito ed individuando nel risarcimento in forma specifica il miglior rimedio azionabile per tutelare gli interessi frustrati della controparte, propone di attribuire al giudice il compito di determinare quello che avrebbe dovuto essere il contenuto equilibrato del patto, alla stregua dell'equo apprezzamento richiesto al terzo arbitratore dall'art. 1349 cod. civ. Ma la tesi non convince in quanto, per un verso, il rimedio risarcitorio è pur sempre rivolto alla reintegrazione di una situazione preesistente all'illecito e non invece alla creazione in via coattiva di diritti o pretese sui quali le parti avrebbero dovuto accordarsi. E perché, per altro verso, l'intervento del terzo nella determinazione dell'oggetto del contratto *ex* art. 1349 cod. civ. sembra chiaramente presupporre una iniziativa in tal senso delle parti contraenti.

[43] L'art. 1374 cod. civ. prevede infatti che i contraenti possano essere obbligati, oltre che a quanto hanno statuito nel regolamento contrattuale, anche "a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità", ma, al di là della disputa risalente relativa all'incidenza della norma sull'atto o sui suoi effetti, l'interpretazione largamente maggioritaria ritiene che l'art. 1374 cod. civ. riguarderebbe solo il completamento del regolamento contrattuale con contenuti accessori, cioè sostanzialmente indifferenti rispetto alla realizzabilità dell'operazione economica dedotta in contratto e soprattutto coerenti con la volontà negoziale espressa dalle parti. Per quanto con inevitabili diversità di accenti sul tema, cfr. M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 529 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, in *Il contratto*, *Tratt. Contratti* diretto da Rescigno, Gabrielli,



Nelle prime occasioni in cui alla Corte di Giustizia è stato richiesto di pronunciarsi sulla conformità al diritto europeo di norme nazionali che legittimino il fenomeno dell'eterointegrazione del contratto privato di clausole giudicate abusive [44], è stata riconosciuta, come è noto, la contrarietà di norme siffatte sia a quanto previsto dall'art. 6, paragr. 1, Dir. 93/13, il quale dispone imperativamente la sola non vincolatività delle clausole dal contenuto abusivo; sia agli obiettivi e all'economia generale dell'intera direttiva, stante il rischio che la consapevolezza del predisponente circa il possibile ricorso all'eterointegrazione del contratto attenui l'effetto dissuasivo del divieto di clausole abusive e, per conseguenza, l'effettività della tutela del contraente debole [45]. A distanza di poco tempo, tuttavia, con successive decisioni, il senso di tale orientamento giurisprudenziale è stato via via precisato meglio. In particolare, come intuito e segnalato dai più attenti commentatori [46], l'inammissibilità dell'eterointegrazione del contratto è stata limitata al solo caso in cui essa abbia matrice giudiziale. Viceversa, ove essa rappresenti l'unico modo per evitare la caducazione dell'intero contratto e ciò comporti un danno per il consumatore, l'integrazione del regolamento contrattuale mediante previsioni legali, in assenza di nuove determinazioni negoziate dalle parti in sostituzione di quelle dichiarate abusive, deve considerarsi assolutamente praticabile [47].

II, Torino, 2006, p. 1027 ss.; GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli 1990, p. 727; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il Codice Civile*, Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano 1999, p. 16 ss.; MACARIO, Art. 1374 – *Integrazione del contratto*, in *Comm. cod. civ*. diretto da Gabrielli, Torino 2011, p. 682 ss.; CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, II, Milano 2006, p. 392 ss.

[44] Cfr. Corte UE 14 giugno 2012 n. 618, in *I contratti*, 2013, p. 16 ss., con nota di D'Adda, *op. cit.*, p. 24, il quale ricorda che in casi precedenti la Corte di Giustizia UE, chiamata ad esprimersi in ordine all'incidenza della nullità di una singola clausola, di cui fosse stata accertata l'abusività, sull'efficacia del relativo contratto, si sia limitata ad affidare al giudice nazionale il compito di stabilire quanto sia disposto dal diritto nazionale, compatibilmente con la finalità di evitare la vincolatività della clausola abusiva nei riguardi del consumatore. Si sofferma sui contenuti di Corte UE 14 giugno 2012 n. 618, PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, p. 406 ss.

[45] Ad analoghe conclusioni perviene anche Corte UE 30 maggio 2013 n. 488.

[46] Cfr. ALESSI, *op. cit.*, p. 388 ss.; DELLACASA, *op. cit.*, p. 337; D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 61.

[47] Cfr. Corte UE 30 aprile 2014 n. 26. La decisione è commentata da PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale e ABF: "il mondo di ieri o un trompe l'oeil concettuale?*, cit., p. 854 ss.; D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 2014. Tale indirizzo interpretativo è confermato da ultimo in Corte UE 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17. A proposito di tale ultima decisione, di sicuro interesse le considerazioni critiche sulle implicazioni di una *inintegrabilità* del diritto dispositivo nel caso di un



L'esclusione della conformità al diritto europeo di norme nazionali che affidino ad una valutazione equitativa del giudice l'integrazione del contratto in sostituzione di quanto precedentemente disposto dalle clausole abusive, trova da ultimo conferma nella decisione n. 260 del 3 ottobre 2019, in cui il disconoscimento della conformità al diritto europeo è ribadito nei riguardi di norme nazionali in virtù delle quali il meccanismo integrativo operi mediante il rinvio agli usi o all'equità [48]. Sia le regole non scritte generate dalla prassi dei rapporti economici in questo o quel settore di mercato, sia l'equità ricavabile dalle norme di "convivenza sociale", richiamate nel caso in specie dal diritto nazionale, infatti, secondo tale orientamento giurisprudenziale, non offrono sufficienti garanzie che nella rideterminazione eteronoma del singolo regolamento contrattuale non sia riprodotta, anche se in misura più moderata, una squilibrata distribuzione di diritti e obblighi tra le parti [49]. Simili fonti di eterointegrazione del contratto dunque potrebbero impedire la realizzazione dell'obiettivo della Dir. 93/13 di sostituire, in seguito alla dichiarazione di abusività di una clausola, l'equilibrio formalizzato dalla predisposizione unilaterale del contratto con un equilibrio reale tra le parti [50].

---

contratto del consumatore autosufficiente malgrado la caducazione di una o più clausole abusive svolte da PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà e integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 563 ss.

[48] Tra gli autori che con maggior vigore hanno sostenuto, di contro, l'ammissibilità di un'"integrazione conformativa", *ex* art. 1374 cod. civ., anche sulla base degli usi e dell'equità, del contratto del consumatore all'interno del quale sia stata accertata la presenza di clausole abusive, cfr. FEDERICO, *op. cit.*, p. 350 ss.

[49] Non mancano tuttavia autorevoli contributi dottrinari nei quali si è insistito sull'opportunità di riconoscere margini più o meno ampi di ammissibilità all'integrazione contrattuale di matrice giudiziale. Cfr. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit., p.81; NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1280; VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *questa rivista*, 2014, p. 117 ss.; PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., p. 413. Tale autore, d'altronde, nel diverso contesto delle transazioni commerciali tra imprese, sostiene convintamente la persistente possibilità di procedere ad una determinazione giudiziale dei termini di pagamento degli interessi moratori, ove quelli convenuti dalle parti siano stati valutati gravemente iniqui e quelli disposti dalla legge comportino eventualmente un vantaggio sproporzionato a favore del creditore, malgrado la rinnovata formulazione dell'art. 7, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 rinvii espressamente al solo meccanismo di integrazione legale previsto dagli artt. 1339 e 1419, 2° co, c. c., in quanto si praticherebbe in tal modo solo una "riduzione conservativa" della determinazione negoziale finalizzata a "ricondurre ad uno scambio mercantilmente giustificato ciò che l'abuso ha reso ingiustificato". Cfr. PAGLIANTINI, *Spigolature sull'art. 7, commi 1 e 2 del D. Lgs. 231/2002*, in A. M. BENEDETTI-PAGLIANTINI (a cura di), *I ritardi di pagamenti*, Milano, 2016, p. 199. Ma, per rilievi critici a riguardo, cfr. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, 2015, p. 65.

[50] Nella medesima prospettiva, si rinvia a Corte UE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15, C-308/15, in *Giur. It.* 2018, p. 29 ss. Da ultimo, si veda Corte UE 26 marzo 2019, C-70/17 e



Ad una simile conferma si accompagnano però, in recenti interventi giurisprudenziali della Corte, anche spunti di un certo rilievo riguardo ai criteri di azionabilità del meccanismo di integrazione del contratto privato di una o più clausole abusive, ove esso operi mediante il ricorso a norme nazionali di diritto suppletivo.

A questo proposito, infatti, giova premettere che, in virtù di quanto deciso da Corte UE 30 aprile 2014, n. 26, la valutazione di maggiore convenienza per il consumatore dell'integrazione contrattuale, operata mediante una disposizione suppletiva in sostituzione di quanto disposto da una clausola abusiva, sembra sia riservata al giudice e abbia una portata oggettiva [51]. Nello stesso senso pare muovere Corte UE 3 ottobre 2019, n. 260, ove la libertà del consumatore di esprimersi, su sollecitazione del giudice, in modo ponderato e consapevole circa la preferibilità della caducazione dell'intero contratto o della persistente efficacia delle clausole abusive è bensì contemplata, ma semplicemente con riferimento all'ipotesi in cui il meccanismo integrativo non sia azionabile [52].

Viceversa, in una decisione di poco precedente [53], i contorni di tale orientamento

---

179/17 la quale esclude che il giudice nazionale possa dichiarare solo parzialmente abusiva una clausola contrattuale, in quanto ciò "equivarrebbe a rivedere il contenuto della clausola stessa, incidendo sulla sua sostanza". In altri termini, si esclude il potere correttivo del giudice sia perché il suo intervento rappresenterebbe un'inammissibile intromissione nell'esercizio dell'autonomia privata, ma anche e soprattutto perché l'eventuale modifica apportata al regolamento contrattuale non darebbe comunque la garanzia del raggiungimento di un reale equilibrio tra le situazioni giuridiche soggettive delle parti.

[51] Si veda in proposito la considerazione contenuta in Corte UE 30 aprile 2014, n. 26, punto 82 sulla base della quale i giudici di Lussemburgo riconoscono la piena legittimità del ricorso all'integrazione del contratto privato di clausole abusive mediante disposizioni di legge di carattere suppletivo. Essi affermano in particolare che, secondo giurisprudenza consolidata, l'obiettivo perseguito mediante l'art. 6, paragr. 1, Dir. 93/13 tenderebbe a "sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'eguaglianza tra queste ultime e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive". Combinando tale considerazione con quella secondo la quale, "nel valutare se un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive possa continuare a sussistere in assenza di dette clausole, il giudice adito non può fondarsi unicamente sull'eventuale vantaggio di una delle parti, nella fattispecie il consumatore, derivante dall'annullamento di detto contratto nel suo complesso", formulata in Corte UE 15 marzo 2012, n. 453, punto 36, pare plausibile ritenere che l'eventuale inidoneità di norme di legge suppletive a realizzare un equilibrio reale nella distribuzione di diritti e obblighi tra le parti debba essere argomentata dal giudice a maggior ragione in termini rigorosamente oggettivi.

[52] Cfr. Corte UE 3 ottobre 2019, n. 260, punto 68. In questo contesto, sull'interpretazione della volontà espressa dal consumatore quale manifestazione di un consenso divenuto libero e informato all'efficacia della clausola altrimenti dotata di tutti i requisiti dell'abusività, si veda anche Corte UE 21 febbraio 2013, C-472/11.

[53] Corte UE 14 marzo 2019, C-118/17. I contenuti della decisione sono oggetto di commento D'AMICO, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *Contratti*, 2020, p. 5 ss.



sembrano mutare di segno. Anche in questo caso la Corte di Giustizia è chiamata a valutare la conformità di un diritto nazionale, nella specie quello ungherese, al diritto europeo in relazione alle sorti di un contratto di mutuo in valuta estera contenente una clausola, di cui il giudice nazionale abbia accertato l'abusività, secondo la quale il calcolo dell'ammontare delle singole rate di ammortamento dovute dal mutuatario debba essere effettuato sulla base di un tasso di cambio tra valuta estera e valuta nazionale di volta in volta potenzialmente diverso rispetto a quello adottato per definire l'importo mutuato. In questa occasione, tuttavia, la Corte, a fronte della possibilità di ricorrere ad una disposizione di diritto ungherese, in base alla quale il tasso di cambio tra moneta nazionale e moneta straniera da adottare in sostituzione di quanto previsto dalla clausola dichiarata abusiva sia quello fissato dalla Banca Nazionale, sembra accreditare l'ipotesi di un nuovo restringimento delle maglie relative all'azionamento del meccanismo di integrazione del contratto.

L'idoneità a ripristinare "la situazione di fatto e di diritto in cui si sarebbe trovato il consumatore in assenza della clausola dichiarata abusiva" viene infatti elevata a criterio per valutare l'opportunità di procedere all'integrazione del contratto con il diritto suppletivo [54], divenendo implicitamente condizione utile ad una valutazione giudiziale della convenienza, per il consumatore, di clausole riproduttive di disposizioni di legge interne destinate ad essere integrate nel regolamento contrattuale in sostituzione delle clausole abusive. Sicché, la Corte conclude ammettendo l'ipotesi che il giudice nazionale dichiari la contrarietà al diritto europeo delle disposizioni legali adottate al fine di disciplinare i contratti di mutuo in valuta estera, ove la loro applicazione non consenta di assicurare al consumatore di ritrovarsi nella situazione di fatto e di diritto attesa in virtù dell'azione giudiziale intrapresa [55].

Se ne ricava allora l'impressione che, al fine di accertare l'effettiva funzionalità del procedimento di integrazione del contratto alla tutela degli interessi del consumatore, vada privilegiata non già la considerazione di parametri oggettivi, certamente più idonei ad un eventuale contemperamento con esigenze altrettanto oggettive di stabilità ed efficienza

---

[54] Cfr. Corte UE 14 marzo 2019, C-118/17, punti da 38 a 41.

[55] Esclude invece in modo netto che il giudice possa porre "rimedio all'invalidità di una clausola di un contratto concluso tra un professionista e un consumatore per il solo motivo che preservare il contratto sarebbe asseritamente contrario agli interessi economici del consumatore", l'Avvocato Generale Wahl nelle sue Conclusioni, al punto 81. Si sofferma sugli argomenti esposti nella decisione di cui si tratta anche PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati e il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la dottrina della Corte di Giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2019, p. 1258 ss.



macroeconomica [56], ma vadano piuttosto preferiti parametri soggettivi, nella specie coincidenti con l'interesse particolare del consumatore a sottrarsi al divario nel cambio. Già in precedenza, peraltro, con la decisione 21 gennaio 2015, cause riunite C-482/13, C-485/13 e C-487/13 [57], la Corte, facendo leva sulla applicabilità di una disposizione nazionale imperativa, anche in sostituzione di quanto stabilito dalle parti, alla generalità dei contratti di mutuo ipotecario, indipendentemente dunque dalla circostanza che parti dell'accordo siano un professionista e un consumatore, ha affermato la possibilità teorica che il contenuto legalmente rideterminato della clausola negoziale fosse comunque sottoposto al controllo di abusività in relazione alla natura, all'oggetto del singolo contratto e a tutte le circostanze che ne hanno accompagnato la conclusione tra professionista e consumatore, secondo quanto disposto dall'art. 4, paragr. 1, Dir. 93/13 [58].

Se per un verso, dunque, si sdrammatizza il fenomeno dell'integrazione del contratto, riconoscendo che il diritto nazionale di natura suppletiva possa concorrere alla determinazione del regolamento negoziale che vincola un professionista e un consumatore, in sostituzione di quanto disposto da una clausola abusiva [59], si revoca in dubbio, per altro verso, la presunzione che i contenuti delle disposizioni legali individuati dal giudice come fonte di integrazione del contratto privato della clausola abusiva siano effettivamente

---

[56] In altre occasioni, d'altronde, la Corte non ha mancato di prendere espressamente in considerazione le ripercussioni economiche delle sue pronunce, senza tuttavia per questa ragione procedere concretamente alla limitazione degli effetti della sua decisione. Cfr. Corte UE 21 marzo 2013, C-92/11.

[57] Gli stralci più significativi della sentenza sono riportati e commentati da PAGLIANTINI, *Il* restatement *della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 417 ss.

[58] Evidenziando tuttavia che, diversamente dal caso trattato in Corte UE 30 aprile 2014, C-26/13, qui la cancellazione della clausola abusiva non pregiudica la possibilità che il contratto continui a produrre i suoi effetti, malgrado la rinuncia all'integrazione di quanto previsto dalla legge, si osserva per un verso che "il primo effetto di questa *policy* sanzionatoria sarà quello di comprimere la fuga dal diritto dispositivo", attribuendo alla giurisprudenza comunitaria il "deliberato scopo di esaltare la cifra delle norme dispositive come modello di regolamentazione ideale", cfr. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 424; e si osserva per altro verso che "la predeterminazione *ex lege* di una parzialità necessaria parametrata su criteri rigorosamente oggettivi non è detto che sempre intercetti un'*essenzialità soggettiva* del consumatore che l'art. 36 Cod. Cons. non fa per vero mostra di contemplare nel novero degli interessi protetti", cfr. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 425.

[59] Cfr. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità parziale necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit., p. 28. La piena legittimità del ricorso all'integrazione del contratto privato di una o più clausole abusive mediante norme di diritto suppletivo è affermata anche da diverse pronunce del Collegio di Coordinamento dell'Arbitrato Bancario Finanziario, tra le quali ABF 24 giugno 2014, n. 3955, in *Contratti*, 2015, con nota di COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte UE, Corte Costituzionale e Cassazione*, p. 257 ss.



idonei a ripristinare l'equilibrio reale del rapporto contrattuale tra le parti [60]; con una considerevole novità, per di più, sul piano dei presupposti di azionabilità del meccanismo integrativo.

Nel caso dell'esclusione dell'integrazione contrattuale mediante il rinvio all'equità giudiziale o agli usi la giurisprudenza europea, infatti, al fine di garantire la persistente tutela degli interessi del consumatore, contempla solo la facoltà di scelta tra il riconoscimento di efficacia alle clausole di cui pure sia stata accertata l'abusività, in funzione conservativa del vincolo contrattuale, e l'estensione dell'invalidità all'intero contratto [61]. In una prospettiva qualitativamente ben diversa, invece, nell'ultima decisione richiamata la Corte sembra voler superare l'incertezza introdotta circa l'idoneità dei contenuti legali da inserire nel regolamento contrattuale ad esprimere la misura oggettiva dell'equilibrio nel rapporto tra le parti, attribuendo indirettamente al consumatore il potere di valutare l'utilità delle disposizioni candidate all'eterodeterminazione dei contenuti negoziali, in vista della concreta realizzazione degli scopi perequativi perseguiti dalla Dir. 93/13 [62].

---

[60] Si osserva giustamente in proposito che di un simile effetto sia in gran parte responsabile il legislatore ungherese, colpevole, come già in passato la giurisprudenza spagnola, di un'eccessiva indulgenza nei riguardi degli interessi ascrivibili agli istituti di credito, considerata in particolare la singolarità della previsione normativa che, malgrado la richiesta del consumatore di accertare l'abusività di una clausola del contratto di mutuo, impone la validità della clausola o dell'intero contratto fino al momento della decisione giudiziale. Cfr. D'AMICO, *La Corte di giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, cit., p. 9-10. Più in generale, tuttavia, non può omettersi di rilevare l'imprevedibilità e la conseguente pericolosità degli effetti riconducibili al riconoscimento della sindacabilità da parte dei giudici di Lussemburgo dei contenuti sostanziali di disposizioni legislative nazionali. Seppure attribuisca più alla formulazione del rinvio pregiudiziale che non alla decisione della Corte la propensione a rappresentare l'interesse del consumatore quale bussola del riconoscimento giudiziale dell'estensione della nullità della clausola abusiva all'intero contratto, anche nei casi in cui invece sia possibile confermare l'efficacia del contratto mediante la sua integrazione con disposizioni legali conformi al diritto europeo, è critico nei riguardi dell'idea che un giudice, in nome dell'effettività della tutela del singolo consumatore, possa "convertire una *validità*, meno satisfattiva degli interessi del consumatore, in una *nullità*", PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 1275 ss. Può essere utile d'altra parte rammentare in proposito che la stessa Corte più volte in passato ha riconosciuto il raffronto tra la clausola contrattuale soggetta ad accertamento giudiziale e le disposizioni legali che in sua assenza avrebbero potuto regolare il rapporto tra le parti quale criterio prioritario per verificare la ricorrenza di un significativo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti ai danni del consumatore. Cfr. Comunicazione della Commissione – *Orientamenti sull'interpretazione e l'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, 27 settembre 2019, C-323/31.

[61] Cfr. Corte UE 3 ottobre 2019, C-260/18, punto 55.

[62] Per quanto nella soluzione interpretativa proposta dalla Corte potrebbe scorgersi l'ennesima declinazione dell'effettività della tutela consumeristica (art. 47 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea), in funzione "selettiva delle tecniche di contrasto delle clausole abusive", cfr. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, cit., p. 24, suscita qui qualche perplessità che la valutazione dell'equilibrio nella composizione legale degli interessi in gio-



Sicché, alla relatività della legittimazione all'azione giudiziale finalizzata alla dichiarazione di nullità della clausola abusiva [63], sembrerebbe ora aggiungersi la sostanziale disponibilità da parte del consumatore del meccanismo di integrazione. Come nel gioco dell'oca, si intravede un vistoso passo indietro rispetto alla fissazione dei margini entro i quali limitazioni "positive" dell'autonomia contrattuale da parte del legislatore possano reputarsi ammissibili; ma anche un altrettanto vistoso passo in avanti (o forse nel buio) nell'individuazione dei soggetti cui affidare le sorti della vicenda contrattuale.

Il vistoso passo indietro si intravede poiché, ad un controllo giudiziale delle clausole contrattuali che, come si è già visto, potrebbe assumere anche contorni piuttosto invasivi

---

co sia affidata all'iniziativa potestativa del singolo consumatore, essendo quest'ultima strutturalmente episodica e inevitabilmente tarata su una convenienza particolare. In altri termini, se la tesi secondo la quale "il veto monopolistico del consumatore (…) diventa in realtà «un deterrente per la parte forte a ben formulare contratti sensibili»", *Ibidem* – ove per altro la tesi è espressa prendendo a prestito le parole di CONSOLO, *Il giudizio sulle nullità (anche inessenziali) e il Giudice "omniinspiciente": pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di truthtelling processual-civilistico)*, in *Riv. dir. priv*., 2016, 204 – può ritenersi fondata nel caso in cui si dibatta del potere riconosciuto al consumatore di opporsi, in virtù delle proprie convenienze particolari, al rilievo d'ufficio della nullità di una clausola abusiva, non può omettersi di considerare che nel diverso caso in cui oggetto di quello stesso potere di "veto monopolistico" sia l'efficacia di una disposizione di legge, la sua funzione deterrente dell'abuso da parte del predisponente sfuma, divenendo invece plausibile un'inquietante declinazione dell'ipotesi di coincidenza tra interesse particolare e interesse generale alla "giustizia", quest'ultima formulata a proposito del diverso tema dell'opposizione del consumatore al rilievo d'ufficio della nullità di una clausola abusiva. Cfr. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 1282.

[63] Più precisamente, in ordine alla relatività della legittimazione ad agire per l'accertamento della abusività di una clausola inserita in un contratto concluso tra professionista e consumatore, sulla quale si rinvia a VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contratto e Impresa*, 2011, p. 1373 ss., giova ricordare che, se per un verso l'orientamento interpretativo affermatosi tende ad ammettere sempre la rilevabilità d'ufficio dell'abusività di una clausola contrattuale nell'interesse oggettivamente attribuibile al consumatore, anche qualora quest'ultimo si sia astenuto dal richiedere un intervento giudiziale in tal senso, cfr. Corte UE 27 giugno 2000,da C-240/98 a 244/98; Corte UE 21 novembre 2002, C-473/00; Corte UE 26 ottobre 2006, C-168/05; per altro verso si è riconosciuta la facoltà del consumatore di opporsi alla dichiarazione di abusività di una clausola contrattuale, che pure oggettivamente ne abbia i tratti. Cfr. Corte UE 4 giugno 2009, C-243/08; Corte UE 6 ottobre 2009, C-40/08; Corte UE 21 febbraio 2013, C-472/11; Corte UE 30 maggio 2013, C-488/11. Si è altresì affermato che, sebbene nel valutare la persistente idoneità di un contratto contenente clausole abusive a produrre i suoi effetti dopo la loro caducazione il giudice adito non può decidere prendendo in considerazione unicamente il vantaggio eventuale di una delle parti contraenti, ove la legislazione nazionale, nella prospettiva di una più intensa tutela del consumatore ammessa dall'art. 8, Dir. 93/13, lo preveda espressamente, l'estensione della dichiarazione di nullità della singola clausola abusiva all'intero contratto potrà essere giustificata anche dall'obiettivo di una migliore tutela del consumatore. Cfr. Corte UE 15 marzo 2012, C-453/11. Sul punto, però, cfr. ALESSI, *op. cit.*, p. 397, la quale, sulla scorta di quanto affermato da Corte UE 30 maggio 2013, C-397/11, revoca in dubbio "la compatibilità con la direttiva di regole interne che dalla vessatorietà di una o più clausole facciano discendere *tout court* la nullità del contratto o comunque ne consentano al giudice la declaratoria sulla base della *esclusiva* considerazione dell'interesse del consumatore".



circa la congruità dell'operazione di scambio divisata dalle parti, sembra contrapporsi un intervento legale di integrazione conformativa dei contenuti contrattuali condizionato alla sua sostanziale coerenza con l'interesse soggettivo del consumatore. Si abdicherebbe quindi all'ipotesi di una rimodulazione del regolamento contrattuale che, seppure rispettosa del profilo causale del contratto, ne imponga l'esecuzione non più secondo l'equilibrio di diritti e obblighi reciproci ispirato dagli interessi soggettivi del predisponente, ma secondo il diverso assetto suggerito dalla prassi economica e oggettivamente formalizzato dal legislatore alla stregua dei criteri di lealtà e correttezza [64].

Si intravede, d'altra parte, un vistoso passo avanti (e forse nel buio), in quanto la rivalutazione della volontà individuale nella determinazione dei possibili sviluppi della vicenda contrattuale assume tratti del tutto relativi, risultando limitata alla considerazione degli interessi della sola parte debole del contratto: al consumatore si riconosce implicitamente il potere di ridefinire, in chiave meramente soggettiva, i termini della congruità dello scambio [65]. In questo senso, si tratta certamente di un passo avanti, quantomeno per la sua carica di innovatività, nella definizione degli strumenti normativi di matrice europea a tutela del consumatore [66]. Rimane tuttavia decisamente oscura la direzione di mar-

---

[64] Riflettendo sui meccanismi di integrazione del contratto nel segno degli imperativi economici che ispirano il diritto europeo, si è osservato correttamente che "nata sotto il segno della politica e in contrapposizione al libero mercato, la correzione del contenuto del contratto si ritrova a svolgere una funzione ausiliaria del mercato, di *enforcement* del suo funzionamento virtuale (e – si assume – virtuoso) rispetto alle deformazioni della pratica negoziale". Cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 55.

[65] La disponibilità del meccanismo integrativo che sembra così delinearsi rievoca l'orientamento interpretativo, invero piuttosto osteggiato da parte della dottrina nel corso degli anni '60, cfr. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano 1969, p. 139 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, p. 93 ss., in base al quale l'eterointegrazione di contenuti normativi nel regolamento contrattuale, ove non disposta in via imperativa, sia ammissibile solo nella misura in cui essa comporti l'eliminazione di lacune o l'eventuale aggiunta di dettagli circa le modalità di esecuzione del contratto in piena coerenza con la volontà negoziale delle parti. Cfr. G.B.FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini 1989, p. 216 ss. Tuttavia, nel riconoscere rilievo alla sola volontà del consumatore, la giurisprudenza europea attribuisce un'inedita valenza relativa a tale orientamento, di cui qualche interessante anticipazione può rinvenirsi in G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano 1994, p. 492 ss.

[66] Nell'ottica della dialettica tra efficienza e giustizia che connoterebbe la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore di matrice europea, si è sostenuto che, quando all'interprete non sia possibile coniugare gli interessi correlati alla vicenda contrattuale in modo da preservarne ad un tempo il profilo dell'efficienza e quello della giustizia, "la logica dominante deve essere quella della tutela del contraente (debole – n.d.r.)" ovvero della giustizia, in quanto, secondo l'opinione dell'A. citata, dovrebbe assumersi che, nella disciplina delle clausole vessatorie "l'interesse generale alla giustizia si realizza attraverso l'interesse particolare alla giustizia", seppure ciò possa contrastare con l'efficienza del mercato. Cfr. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 1282.



cia intrapresa, soprattutto ove si rifletta sulle ricadute di un simile indirizzo interpretativo nei riguardi della funzione normativa assolta nel diritto nazionale dalle disposizioni che governano il fenomeno dell'integrazione contrattuale [67]. L'insinuarsi di una "relativizzazione" dei presupposti che ne determinano l'azionamento, infatti, inciderebbe sul secondo polo della dialettica "autonomia/eteronomia", sostituendo alla categoria dell'interesse generale giustificativo del completamento o anche della correzione del regolamento contrattuale voluto dalle parti, poco importa in questa sede se in senso politico-perequativo o economico-regolativo, l'interesse di volta in volta particolare e non necessariamente prevedibile del singolo, secondo una strategia normativa in cui il rischio dell'instabilità e soprattutto della strutturale imprevedibilità degli effetti del contratto privato di clausole vessatorie andrebbe annoverato tra le inevitabili ricadute della strategia della deterrenza [68], perseguita dalla giurisprudenza europea nei riguardi dell'indole "predatoria" della parte forte del contratto [69].

---

[67] Sulla funzione delle norme che disciplinano l'integrazione del contratto, cfr. P. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 159 ss.; RODOTÀ, *op. cit.*, p. 91 ss; SACCO, *L'integrazione*, *op. cit.*, p. 547 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 1019 ss.; FRANZONI, *op. cit.*, p. 16 ss.; Più di recente, CAPOBIANCO, *op. cit.*, p. 389 ss.; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, *op. cit.*, p. 231 ss.; BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Milano 2018, p. 38 ss.

[68] Autorevole dottrina individua da tempo nell'obiettivo della deterrenza una fondamentale chiave di lettura della giurisprudenza della Corte UE. Da ultimo cfr., PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, cit., p. 564.

[69] Si può ritenere in altri termini che, in tale contesto, il principale limite dell'identificazione tra l'interesse generale e l'interesse particolare alla "giustizia contrattuale" sia rappresentato dal rischio di un sostanziale svuotamento del primato della politica nell'esercizio della funzione legislativa, non potendosi presumere una sistematica coincidenza tra l'obiettivo perseguito dal legislatore mediante la predisposizione di contenuti da inserire nel regolamento contrattuale, normalmente frutto del complesso contemperamento di una pluralità di finalità di matrice economico-sociale, e le finalità perseguite dal singolo chiamato a scegliere tra l'attivazione del meccanismo integrativo e la caducazione dell'intero contratto. Appaiono del tutto pertinenti in proposito le considerazioni sviluppate da autorevole dottrina al termine di una lucida riflessione sulle ragioni che giustificano interventi normativi di protezione della parte c.d. debole del contratto tra professionista e consumatore. Cfr. DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di "parte debole"*, in *Orizz. dir. comm.*, 2013, pp. 16-17. In particolare si è sostenuto, per un verso, che eventuali provvedimenti a tutela della parte contraente c. d. debole possono correttamente essere ricondotte solo ad istanze di giustizia e non di efficienza e che, per altro verso, tali istanze "devono essere valutate all'interno di un contesto politico", essendo necessario chiarire "quale scelta politica sorregge la volontà di rimediare ad una particolare ingiustizia, in un mondo in cui ingiustizie qualitativamente analoghe sono invece tollerate".



4. – In una recente decisione [70], si è affermato che, per quanto il giudice sia autorizzato a rilevare anche d'ufficio l'abusività di clausole contrattuali nell'interesse del consumatore, ove lo stesso consumatore, dopo essere stato informato dal giudice, scelga consapevolmente di accettare l'efficacia delle clausole di cui sia stata accertata l'abusività ovvero, dopo essere stato informato dal giudice dei pregiudizi che potrebbero derivare dall'estensione dell'invalidità delle clausole abusive all'intero contratto, scelga all'opposto di chiedere comunque l'invalidazione, il giudice interno non può, contro la volontà del consumatore, evitare la dichiarazione rispettivamente di validità o di invalidità del contratto, al fine di evitare effetti che egli ritiene pregiudizievoli nei riguardi dello stesso consumatore.

Nella prospettiva dell'ordinamento nazionale, ciò sembra accreditare l'ipotesi di una rivalutazione dei margini di applicabilità dell'art. 1419, 1° co., cod. civ., con la precisazione, tuttavia, che il meccanismo dell'estensione della nullità della singola clausola all'intero contratto, in alternativa a quello della sua sostituzione con contenuti legali, subirebbe una rivisitazione della sua originaria funzionalità [71]. Considerato infatti che la sua azionabilità sarebbe riservata al solo consumatore, il meccanismo disposto dall'art. 1419 1° co. cod. civ. assumerebbe i contorni di un'ennesima declinazione della nullità "conformativa" di nuova generazione [72], finalizzata nel caso in specie alla protezione delle preferenze soggettive del consumatore. Costui, stante l'accertamento giudiziale di clausole abusive nel contratto che lo vincola al professionista, sarebbe in ultima istanza chiamato a scegliere la maggiore convenienza soggettiva tra la conferma dell'efficacia delle clausole abusive e l'estensione della loro nullità all'intero contratto, ove naturalmente esse si configurino essenziali per l'esecuzione dell'operazione economica dedotta in contratto [73]. La novità risiederebbe, dunque, nella relativizzazione del criterio individuato dall'art. 1419, 1°co. cod. civ. per stabilire se estendere o meno l'invalidità parziale

---

[70] Corte UE, 3 ottobre 2019, C-260/18, punto 68.

[71] Sul punto, si rinvia ai contributi citati alla nota n. 41.

[72] Gli obiettivi di regolazione del mercato, cui ben presto si associano l'attenzione per la tutela dei valori della persona e della solidarietà, come anche il perseguimento di finalità perequative negli scambi di mercato, sono, secondo la ricostruzione di autorevole dottrina, i fattori principali all'origine delle forti sollecitazioni del diritto contrattuale europeo verso "un nuovo inizio per la categoria delle invalidità, ora chiamate ad operare non più in funzione soltanto demolitoria e dissuasiva, ma anche e soprattutto in prospettiva conformativa e costruttiva del profilo prescrittivo e regolamentare dell'agire privato". Cfr. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 387.

[73] Di diritto di interpello riconosciuto al consumatore è stato scritto, commentando i contenuti di Corte UE 26 marzo 2019, C-70-17 e C-179/17, da PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà e integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, cit., p. 566.



alla rimanente parte del contratto, la quale tuttavia non eviterebbe al tempo stesso di disvelare i limiti della strategia normativa della deterrenza, almeno per come finora è stata interpretata dalla Corte.

In questa prospettiva, preso atto dell'incidenza negativa che l'unilaterale predeterminazione dei contenuti contrattuali da parte del professionista può avere sulla posizione giuridica del consumatore e più in generale sulle dinamiche concorrenziali, secondo la Corte gli interventi rimediali in funzione perequativa definiti dal legislatore europeo sarebbero rivolti, con specifico riferimento al fenomeno delle clausole abusive, oltre che a subordinare la formazione delle determinazioni negoziali ad una rigorosa procedimentalizzazione informativa, all'attribuzione al consumatore del controllo delle sorti del vincolo contrattuale. Sicché quest'ultimo deterrebbe sia la facoltà di confermare o meno il contratto privato delle clausole abusive con eventuale integrazione mediante il ricorso al diritto dispositivo, sia la facoltà di decretarne la caducazione totale, ove l'eliminazione della clausola abusiva, insostituibile mediante contenuti eteronomi e non accettata *ex post* dal consumatore, non consenta la sopravvivenza del contratto per il resto.

Si inscenerebbe così un confronto a più voci, di cui il giudice può decretare l'inizio ma non un epilogo equitativo; in cui la legge, come si è visto in precedenza, può contribuire alla definizione dei contenuti negoziali, in eventuale sostituzione di clausole abusive, senza tuttavia rappresentare, in particolare ove le norme utili all'eterointegrazione del contratto non abbiano natura imperativa [74], un parametro di sicuro equilibrio nel contemperamento degli interessi delle parti; e di cui l'esito è affidato al contraente debole, chiamato a valutare sulla base delle proprie convenienze, nella migliore delle ipotesi, se conservare un regolamento contrattuale dai contenuti abusivi neutralizzati o legalmente ridisegnati o, nella peggiore delle ipotesi, quale sia il male minore tra la conferma dell'efficacia delle clausole abusive e l'estensione della loro nullità all'intero contratto.

Tramontata ormai da tempo l'equazione autonomia privata/efficienza economica dello scambio [75], sembra dunque perdere mordente anche la storica contrapposizione tra libera autodeterminazione dei contenuti dello scambio ed eterointegrazione legale del re-

[74] Si sofferma sul concetto di norma imperativa, distinguendola dalla norma inderogabile, che qualifica come cogente ma la cui violazione ritiene possa determinare reazioni articolate, tra le quali anche la correzione/integrazione del contratto, a differenza di quanto possa dirsi nei riguardi della violazione di norme imperative, RUSSO, *op. cit.*, p. 586 ss.

[75] Su tale equazione notoriamente si fonda il disegno politico ispiratore delle codificazioni moderne, a partire dal *Code civil*. Cfr. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., p. 85.



golamento contrattuale [76]. La prima si ridurrebbe infatti a semplice volano di regolamenti di interessi dai contenuti in larga parte destinati all'uniformazione all'insegna della coniugazione legale dell'efficienza economica [77]; la seconda, cioè proprio la coniugazione legale dell'efficienza economica, si rivelerebbe d'altra parte fonte di equilibri negoziali non necessariamente idonei a realizzare la contemporanea tutela degli interessi sostanziali della controparte debole e, per questa ragione, non utili ad evitare con certezza la caducazione del contratto. La nullità totale, infine, si proporrebbe al consumatore come estrema *ratio* rimediale, perdendo però in questo caso le sue potenzialità conformative, per riacquistare invece i suoi più tradizionali connotati demolitori.

Si vedrà se sarà questa la strada maestra per garantire l'effettività delle tutele nei riguardi del contraente debole. Qualche smarrimento però il quadro normativo così delineato indubbiamente lo suscita. Non tanto e non solo in ragione degli interrogativi circa l'adeguamento funzionale delle norme del diritto interno, a partire da quelle, cui da ultimo si è già accennato, relative all'integrazione del contratto [78]. Quanto in ragione del rischio che la strisciante formalizzazione dell'incertezza giuridica, perseguita dalla giurisprudenza europea con evidenti finalità deterrenti nei riguardi del professionista che intenda lucrare sulla debolezza contrattuale della controparte, crei più problemi di quelli che ambirebbe a risolvere. Essa infatti potrebbe comunque non centrare a pieno l'obiettivo dell'effettività della tutela del consumatore, poiché l'estensione della relatività della nullità dalla singola clausola abusiva all'intero contratto, così come la scelta della nullità totale in luogo della sostituzione con fonti eteronome della clausola abusiva, sarebbe bensì un'arma a disposizione del consumatore, ma troppo spesso assai spuntata, sia per gli effetti restitutori che notoriamente ne conseguono [79], sia per il disincanto in-

---

[76] Ancora di grande utilità metodologica le parole di chi, con riferimento al fenomeno dell'intervento pubblico nella disciplina dei rapporti privatistici, precisava che esso può essere riconosciuto in particolare ogni volta che "è dato riscontrare una disciplina legale dei rapporti fra privati con effetti sostitutivi rispetto alla regolamentazione riconducibile ai poteri di autonomia. Deve trattarsi in altre parole di norme che mirano a produrre effetti nei rapporti tra soggetti e non soltanto a delimitare la sfera di competenza del privato nei confronti dello Stato". Cfr. P. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 35.

[77] Non a caso, scrive di un diritto dispositivo che, proprio in ragione della strategia della deterrenza tipica della giurisprudenza UE, "nella contrattazione asimmetrica diventa cripto-imperativo", PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, cit., p. 861.

[78] Per un vigoroso invito all'abbandono di un approccio strutturale, a favore di uno decisamente funzionale, nello studio della trasformazione dei significati normativi del diritto interno, dovuta alle continue sollecitazioni provenienti dal diritto contrattuale europeo, cfr. GENTILI, *La «nullità di* protezione», cit., p. 86 ss.

[79] Da ultimo sul tema, si vedano gli interventi di A. M. BENEDETTI, *Mutuo fondiario, superamento del*



dotto dalla frequente assenza sul mercato di alternative negoziali realmente concorrenziali [80]. E ancora, la relativizzazione dell'idoneità delle disposizioni legali alla realizzazione dell'interesse generale, di recente indirettamente accreditata dalla giurisprudenza europea, potrebbe determinare un altro e forse più pericoloso effetto collaterale: la sfiducia, già purtroppo diffusa e non sempre a sproposito, nei riguardi della capacità della legge di essere strumento essenziale di protezione e di garanzia democratica dell'ordine e del benessere sociale. Dalla sfiducia potrebbero in particolare essere egualmente investiti il singolo consumatore e il professionista. L'uno formalmente *dominus* delle sorti del contratto ma nei fatti privo di certezze sulla effettiva possibilità di vedere soddisfatti i propri bisogni. L'altro incattivito dal timore che anche l'eventuale disponibilità ad uniformare le determinazioni negoziali unilateralmente predisposte a parametri legali potrebbe non bastare a garantire certezza all'operazione economica dedotta in contratto [81].

Forse allora, non l'abbandono *in toto* della strategia della deterrenza normativa, ma una sua più attenta ponderazione potrebbe essere auspicabile. Qui, conclusivamente, possono suggerirsi solo ipotesi di lavoro in tal senso, che, nel lungo periodo [82], contemplino la ricerca e/o la predisposizione *de iure condendo* di strumenti di *enforcement* sul modello di quelli già introdotti dalla disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali o delle "sanzioni civili" disposte dalla normativa antiusura [83], e,

---

tetto di finanziabilità e nullità strutturale, IMBRUGLIA, *Appunti su nullità e restituzioni*, PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra prescrizione e transigibilità*, PIRAINO, *Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in E. GABRIELLI, PAGLIANTINI, (a cura di), *il cantiere delle nullità: b2c, bancarie e selettive*, in *Giur. It.* 2020, p. 1528 ss.

[80] Ritiene invece che "non è sicuro il giudizio di irrazionalità, quantomeno in linea di principio, della nullità integrale", U. SALANITRO, *Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali*, cit., p. 1719.

[81] Interessanti in proposito gli argomenti sviluppati dal Collegio di coordinamento ABF, seppure in diversa prospettiva. Cfr. ABF, Collegio di coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955, cit., p. 260. In particolare, in quella sede si è denunciata l'irrazionalità di una strategia rimediale che, pur di disincentivare l'adozione di clausole abusive, quanto alla misura degli interessi moratori in un contratto di mutuo, *ex* art. 33, 2° co. lett. f, Cod. Cons., legittimi la semplice caducazione della clausola, con l'effetto sostanziale di applicare indirettamente il meccanismo sanzionatorio, ritenuto disposto in via eccezionale dall'art. 1815, 2° co. cod. civ., o un'applicazione "selettiva" dell'art. 1224 cod. civ., che consenta di praticare in via sostitutiva il tasso legale piuttosto che quello, legittimamente superiore, concordato dalle parti per gli interessi corrispettivi, atteso l'effetto incentivante dell'inadempimento di controparte che una deterrenza così concepita potrebbe sortire.

[82] Un importante segnale a riguardo potrebbe essere rappresentato dai contenuti innovativi della Dir. UE 2019/2161 del 27 novembre 2019, "*che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione ed una modernizzazione delle norme dell'UE relative alla protezione dei consumatori*", alla quale accenna, seppure ancora come a una semplice proposta di direttiva, DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 189.

[83] Sull'efficacia dissuasiva del ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie relative a transazioni



nel breve periodo, riguardino un più convinto ricorso all'integrazione contrattuale con fonti eteronome, dal diritto dispositivo all'equità giudiziale, ove quest'ultima espressamente richiamata dalla legge [84].

tra imprese o con pubbliche amministrazioni, cfr. PASQUINO, *Termini di pagamento e computo degli interessi: la l. 30 ottobre 2014, n. 161*, e PIRAINO, *I ritardi di pagamento e la novella dell'art. 1284 c.c.*, entrambi in A.M. BENEDETTI-PAGLIANTINI, *Ritardi di pagamenti*, cit., rispettivamente p. 101 ss. e 121 ss. Quanto alla formulazione dell'art. 1815, 2° co., cod. civ., introdotta dall'art. 4 della l. 7 marzo 1996, n. 108, tra gli innumerevoli commenti, cfr. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, in *questa rivista*, 1996, p. 223 ss.; FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997, p. 40 ss.; GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. Dir. Civ*. 2001, I, p. 366 ss.; PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione*, in VETTORI, (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 44 ss.; Nivarra, *Il mutuo civile e l'usura*, in GITTI-MAUGERI-NOTARI, (a cura di), *I contratti per l'impresa*, II, Bologna, 2012, p. 30 ss. In merito al dibattito interno, ancora più che mai aperto, riguardo all'applicabilità della disciplina antiusura alla misura degli interessi di mora, cfr. Cass. 22 ottobre 2019, n. 26946, in *Corr. Giur*. 2020, p. 26, con nota di COLOMBO, *Interessi di mora e usura. La parola alle Sezioni Unite* e la recentissima Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597.

[84] Non si vede d'altronde quale sia la ragione della contrarietà all'art. 6, 1° co., Dir. 93/13 della sostituzione di clausole abusive con contenuti ricavati dall'applicazione, legalmente riconosciuta, del principio di equità, tanto pervicacemente ribadita da ultimo in Corte UE 3 ottobre 2019, C-260/18, punto 62, quando l'alternativa rimediale indicata nella stessa decisione si risolva nella facoltà per il consumatore di scegliere, come già visto, il male minore tra l'accettazione *ex post* dell'efficacia delle clausole abusive e l'estensione della loro nullità all'intero contratto. Per un'ampia riflessione sull'ipotesi di correzione giudiziale del contratto si rinvia a VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, p. 117 ss.; PENNASILICO, *«Menage à trois»: La correzione giudiziale dei contratti*, e CALVO, *Equità e controllo del giudice sull'equilibrio contrattuale*, entrambi in VOLPE, (a cura di), *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016, rispettivamente p. 43 ss. e p. 151 ss. Più in generale, riflette su due fonti di eterodeterminazione "non normativa" del contratto, quali il potere regolamentare della Banca d'Italia, richiamato dall'art. 117, 8° co., T.U.B. e il potere equitativo del giudice, espressamente richiamato dalla vecchia versione dell'art. 7, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, in SIRENA, (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Milano, 2006, p. 451 ss.

JUS CIVILE



VERONICA BONGIOVANNI

Ricercatore di Diritto privato – Università di Messina

LA PRELAZIONE ARTISTICA TRA PUBBLICO E PRIVATO [*]

SOMMARIO: *1. Il regime di circolazione dei beni culturali di proprietà privata e la prelazione artistica. – 1.1. Il fondamento dell'istituto tra istanze pubblicistiche e ragioni privatistiche. – 2. La delimitazione dell'ambito applicativo oggettivo. – 2.1. L'onerosità e l'efficacia traslativa, quali caratteri generali del negozio soggetto a prelazione artistica. – 3. La denuncia di trasferimento. – 3.1. Le conseguenze in caso di denuncia omessa, tardiva o incompleta. La previsione di una nullità relativa e di un meccanismo assimilabile al retratto. – 4. La natura giuridica della prelazione artistica. – 4.1. Le difficoltà di ricondurla nella categoria delle prelazioni legali e l'inquadramento tradizionale nell'ambito dei provvedimenti amministrativi. – 4.1.1. L'accostamento alla figura dell'espropriazione. Rilievi critici. – 4.2. L'approccio interpretativo fondato sulla valorizzazione degli aspetti privatistico-negoziali. – 4.3. La configurabilità di una fattispecie negoziale funzionalmente orientata al perseguimento dell'interesse pubblico.*

1. – Il legislatore ha da tempo avvertito l'esigenza di prevedere un ampio apparato di forme di tutela per i beni culturali, che siano stati qualificati tali, gravando la pubblica amministrazione di una serie di obblighi di controllo delle modalità di conservazione e godimento da parte di chi li ha in proprietà o di chi, a vario titolo, li detiene [1]. La scelta di sottoporre a particolari regimi questi beni nasce anche dalla necessità di vigilare sulle vicende di trasferimento o di costituzione dei diritti che li riguardino e ciò in quanto le variazioni del soggetto titolare del diritto su un bene possono ripercuotersi sulle condizioni di conservazione, manutenzione, sicurezza e garanzia del godimento pubblico [2].

[*] Il presente contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca internazionale promosso dall'*Universidad de Cadiz* (Spagna) e finanziato dal *Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades*, sul tema "*Los derechos de adquisición y de preferencia*" (PGC2018-094243-B-C22).

[1] M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 184 ss., lo segnala in relazione al diritto di prelazione attribuito allo Stato dagli artt. 5 e 6 della l. 20 giugno 1909, n. 364.

[2] Dopo la l. n. 364/1909, così detta Rosadi-Rava, gli artt. 63, 64 e 65 del regio decreto 30 gennaio 1913, n. 363, hanno contemplato, con riferimento ai beni culturali vincolati, sia obblighi di denuncia sia la possibilità di acquistare in via di prelazione. Il contenuto di tali disposizioni è stato dapprima trasfuso negli artt.



Nell'ambito dell'attuale normativa di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio, il Capo IV della Parte seconda, interamente dedicato alla circolazione dei beni culturali nel territorio nazionale, tiene distinte le disposizioni che si occupano dell'alienabilità dei beni culturali di proprietà pubblica (artt. 53-58) da quelle che, invece, prevedono esclusivamente la vendita dei beni culturali di proprietà privata (artt. 60-62).

Pertanto, la disciplina dettata in tema di atti traslativi della proprietà dei beni culturali si presenta estremamente variegata, differenziandosi in relazione alla tipologia del proprietario del bene e alla categoria di cui esso fa parte. In particolare, l'appartenenza dei beni culturali a soggetti privati determina, secondo uno schema d'altra parte analogo a quello delineato per i beni pubblici, una pluralità di regimi di circolazione.

Le differenziazioni nel trattamento giuridico delle vicende circolatorie sono, in questo caso, collegate non solo ad un profilo soggettivo, distinguendosi tra persone giuridiche che operano senza fini di lucro e altri soggetti privati, ma anche ad un profilo oggettivo, a seconda che il bene sia opera di un autore non vivente e risalga o meno ad oltre cinquant'anni [3]. Più specificamente, per i beni culturali di proprietà privata è possibile individuare tre livelli di tutela: per le cose mobili e immobili, che siano opera di un autore non più vivente, la cui esecuzione risalga ad oltre cinquant'anni e che appartengano a persone giuridiche private senza fini di lucro, vige un regime di inalienabilità assoluta, *ex* art. 54, co. 2, lett. a), a meno che non intervenga la sdemanializzazione dei beni a seguito del procedimento di verifica previsto dall'art. 12; per i beni culturali non compresi nella categoria precedente, per le collezioni o le serie di oggetti e per le raccolte librarie appartenenti a persone giuridiche private senza scopo di lucro, è previsto un regime di inalienabilità relativa, consentita, ai sensi dell'art. 56, co. 1, lett. b) e co. 2, solo in presenza di un provvedimento di autorizzazione da parte del Ministero [4]; infine, i beni culturali appartenenti a tutti gli altri soggetti privati sono assoggettati ad un regime di libera circolazione [5].

---

30 e 31 della l. 1 giugno 1939, n. 1089, così detta Bottai; successivamente, è confluito nel Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, adottato con il d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, ed, infine, nella disciplina di cui al d.lgs. n. 42/2004, noto come Codice Urbani.

[3] G. PIVA, *Cose d'arte*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 100 ss.

[4] In questa ipotesi, ai sensi dell'art. 57, co. 5, la pubblica amministrazione è chiamata a verificare solo che dall'alienazione non derivi un grave danno alla conservazione o al pubblico godimento dei beni, ma non è tenuta ad effettuare alcuna valutazione in positivo, correlata alla tutela e alla valorizzazione dei beni nonché alle esigenze di preservazione del carattere storico e artistico degli stessi, quale è invece quella prevista per i beni demaniali alienabili.

[5] V. M. BUONAURO, *Commento all'art. 56 del d. lgs. n. 42/2004*, in *Comm. Cod. dei beni culturali e del*



Tuttavia, proprio in relazione a quest'ultima categoria di beni, appartenenti a soggetti privati, siano essi persone fisiche o enti non riconosciuti, la normativa di settore ha da tempo previsto che qualsiasi atto di disposizione che li riguardi in tutto o in parte debba essere denunciato al Ministero e ciò, non solo per permettere l'intervento della pubblica amministrazione con provvedimenti di tutela e di conservazione, ma anche per consentirle, nel caso di alienazione a titolo oneroso, di avvalersi della possibilità di acquistare il bene esercitando il c.d. diritto di prelazione artistica [6].

Quanto all'individuazione dei beni soggetti alla disciplina vincolistica [7], l'art. 10 prevede diversi regimi di tutela dei beni che presentino un interesse culturale, distinguendoli in relazione all'appartenenza pubblica o privata degli stessi. In particolare, al comma 1, sono indicati i beni appartenenti allo Stato, ad enti pubblici o a persone giuridiche private senza fine di lucro, per i quali, laddove siano opera di un autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni, la sussistenza dell'interesse culturale deve essere verificata attraverso il procedimento disciplinato dall'art. 12. Una volta avviato tale procedimento e, fino a quando non intervenga l'atto di verifica, essi sono soggetti ad una tutela provvisoria, disposta a fini cautelari. Il comma 2 dell'art. 10 contiene, invece, un'elencazione di beni, appartenenti a soggetti pubblici, per i quali l'interesse culturale è di per sé ritenuto sussistente dalla legge.

Quanto, invece, ai beni appartenenti a soggetti privati, che possono formare oggetto di prelazione artistica [8], il comma 3, come in precedenza la l. n. 1089/1939 e il Testo

---

paesaggio, a cura di G. Leone-A.L. Tarasco, Cedam, Padova, 2006, p. 388, il quale rileva come il legislatore abbia aderito ad un sistema di tendenziale graduazione del livello di controllo pubblico sulla circolazione dei beni culturali, che raggiunge la soglia minima per quelli appartenenti a persone giuridiche private che non perseguono fini di lucro, coerentemente con l'esigenza di contemperare l'interesse pubblico e l'autonomia negoziale del proprietario.

[6] G.F. BASINI, *La prelazione artistica*, in *I contratti*, 2019, pp. 462 s., segnala l'imprecisione dell'aggettivo "artistica", comunemente utilizzato con riferimento alla prelazione dei beni culturali, in quanto, da un lato, i beni che formano oggetto di denuncia ed eventualmente di prelazione costituiscono una categoria ben più ampia delle sole opere d'arte, dall'altro, non sempre l'opera d'arte soddisfa i requisiti richiesti per l'instaurazione del vincolo.

[7] V. N. ASSINI-G. CORDINI, *I beni culturali e paesaggistici. Diritto interno, comunitario, comparato e internazionale*, Cedam, Padova, 2006, p. 87 s., in cui si distingue, sulla base delle previsioni della l. n. 1089/1939 nonché del Testo unico del 1999, tra vincoli diretti, riguardanti cose mobili e immobili che presentano un pregio artistico o storico, e vincoli indiretti, relativi ai beni immobili assoggettati a specifiche prescrizioni che ne limitano l'uso, per la conservazione e la fruizione di valori culturali riscontrabili in altre cose, poste in loro prossimità.

[8] Quanto all'individuazione dei beni che possono formarne oggetto, si tenga presente che la prelazione può essere anche parziale, laddove riguardi atti di alienazione aventi ad oggetto porzioni di beni non aventi funzionalità autonoma e soggetti, essi soli, a vincolo artistico. In tal caso, si pone il delicato problema di



unico del 1999, stabilisce che l'assoggettamento al vincolo avvenga a seguito della c.d. dichiarazione di interesse culturale. A tal fine, si procede, ai sensi dell'art. 13, co. 1, all'accertamento della sussistenza di un interesse culturale particolarmente importante o eccezionale, come richiesto dall'art. 10, co. 3.

1.1. – La scelta di prevedere e disciplinare la figura della prelazione artistica è storicamente legata alle esigenze di controllo delle vicende circolatorie dei beni culturali, nell'ottica di realizzare l'interesse generale alla conservazione e alla fruizione degli stessi [9]. Si tratta, quindi, di un istituto che rappresenta una chiara espressione del principio, di cui all'art. 9 Cost., di tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico, intesi quali valori costituzionali primari, in quanto funzionali allo sviluppo della personalità umana [10].

In questa logica, che distingue, pur ammettendone la complementarietà, l'interesse pubblico dell'ente-amministrazione dall'interesse generale dell'ente-collettività, si delinea la funzione sociale della proprietà dei beni culturali e si giustifica la previsione di strumenti, quali la prelazione artistica, che impongono limitazioni all'autonomia privata [11].

---

stabilire il regime di circolazione applicabile alla restante parte non vincolata. Sul punto, v., tra gli altri, A. Pischetola, *Particolare architettonico e prelazione artistica*, in *Riv. Not.*, 2016, p. 125 ss.; P. DIVIZIA, *Rapporti fra prelazione artistica ed alienazione di quota di bene*, in *Notariato*, 2008, p. 559 ss.

[9] E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli-B. Cortese-A. Gemma-A. Massaro, RomaTrE-Press, Roma, 2017, p. 61, osserva come, nella realtà contemporanea, il concetto di fruizione del bene culturale costituisca il punto di arrivo di una serie di attività, che muovono dalla tutela conservativa del bene, ne attraversano la gestione operativa e mirano alla sua valorizzazione, da intendersi oggi quale specifica funzione amministrativa.

[10] Corte cost., 24 giugno 1986, n. 151, in *dejure.it*; Corte cost., 21 dicembre 1985, n. 359, in *dejure.it*; Corte cost., 1 aprile 1985, n. 94, in *dejure.it*. Rileva A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 177, che il bene culturale, proprio per il suo valore primario, va assunto in una dimensione giuridicamente complessa "immanente alla personalità dei soggetti che ne aspirano al godimento". In tema di configurazione della proprietà dei beni culturali quale nuovo tipo proprietario, funzionale alla realizzazione delle esigenze della collettività, v. A. MIGNOZZI, *Lo statuto giuridico dei beni culturali*, Esi, Napoli, 2918, p. 133 ss.

[11] L.V. MOSCARINI, *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 983 ss., osserva come, considerato che sia nella disciplina positiva sia nelle trattazioni dottrinali tradizionali la matrice storica della prelazione è rappresentata dalla figura del retratto, attribuendosi rilievo preminente allo strumento processuale con cui il soggetto prelazionario può recuperare la cosa presso il terzo acquirente, l'interesse protetto dall'istituto non sia inerente alla persona bensì alla *res* che ne forma oggetto. In quest'ottica, sarebbe possibile distinguere tra prelazione propria e prelazione impropria, a seconda delle esigenze di tutela che ne starebbero a fondamento. In particolare, le ipotesi di prelazione propria, quali in passato quella feudale e quel-



Con riferimento a tale istituto, però, emerge oggi l'esigenza, anche alla luce dell'evoluzione del quadro normativo, di delimitarne l'ambito applicativo oggettivo, verificando l'adeguatezza del modello delineato dal d.lgs. n. 42/2004. In proposito, va, infatti, rilevato come talune fattispecie negoziali contemplate dalla legge, quali la permuta e il conferimento in società di bene culturale, pongano non trascurabili difficoltà sul piano applicativo, non essendo del tutto agevole conciliare la disciplina del Codice dei beni culturali con quella prevista dal codice civile.

Peraltro, se *prima facie* la delimitazione dell'ambito applicativo oggettivo sembri richiedere all'interprete esclusivamente di vagliare le tipologie negoziali alle quali il legislatore fa espresso riferimento, per valutare l'applicabilità ad esse dello schema operativo della prelazione artistica, a ben guardare pone un problema ben più rilevante. Si tratta, invero, di definire con sufficiente approssimazione la portata da attribuire ai profili generali degli atti di alienazione assoggettabili a prelazione artistica, ossia all'onerosità e all'efficacia traslativa, anche e soprattutto nell'ottica di individuare quali negozi atipici possano formarne oggetto.

Inoltre, si pone all'attenzione dell'interprete un'ulteriore questione, connessa all'individuazione delle conseguenze derivanti dalla violazione delle previsioni normative in tema di prelazione. A tal proposito, appare necessario avviare un'indagine sui caratteri della nullità del contratto che i privati hanno stipulato senza mettere in condizione il soggetto prelazionario di esercitare il suo diritto, per capire se si sia inteso delineare un congegno del tutto distinto da quello fondato sul diritto di retratto, previsto con riferimento alle altre ipotesi di prelazione di matrice legale, ovvero possa rilevare un meccanismo ad esso per certi versi assimilabile.

Peraltro, la figura della prelazione artistica, che si connota marcatamente per la natura pubblica del soggetto prelazionario, presenta un'intrinseca problematicità, in quanto caratterizzata da una serie di aspetti che, malgrado l'affinità terminologica, sembrano porla su un piano differente rispetto alle altre ipotesi di prelazione legale. Da qui le difficoltà

---

la enfiteutica ed oggi solo quella successoria, troverebbero fondamento nella tutela della proprietà, anche in pregiudizio della libera circolazione della ricchezza e, specificamente, nell'esigenza di conservazione della consistenza quantitativa dei patrimoni all'interno dello stesso gruppo familiare. Le meno remote figure di prelazione, detta impropria, introdotte nel codice civile a tutela della compattezza delle compagini societarie o dalla legislazione speciale in materia agraria o in tema di locazione non abitativa di immobili urbani tenderebbero, invece, a perseguire un obiettivo di protezione non della proprietà bensì del lavoro e dell'impresa, assunti quali valori meritevoli di tutela. In questa prospettiva, la prelazione artistica sarebbe assimilabile alle figure comprese in quest'ultima categoria, in quanto funzionale alla tutela del valore dell'impresa o del lavoro, dalle quali però si differenzierebbe per la natura pubblicistica del soggetto prelazionario.



che emergono in ordine al suo inquadramento e all'individuazione della sua natura giuridica [12].

Così, una questione di particolare rilevanza riguarda la verifica del modo in cui si atteggi, nel caso di specie, uno dei tratti caratterizzanti l'istituto della prelazione, ossia la parità tra le condizioni offerte dall'acquirente privato e quelle alle quali è ammesso ad acquistare il soggetto pubblico. Infatti, tradizionalmente, si ritiene che la prelazione, per essere tale, comporti l'attribuzione di una posizione di vantaggio al soggetto che la esercita, senza però incidere negativamente sulla sfera giuridica del proprietario del bene, comprimendo la sua libertà di disposizione o l'utilità economica derivante dall'atto di alienazione [13].

Invero, è evidente che si tratti di un istituto, il cui fondamento eminentemente pubblicistico ne ha certamente condizionato la disciplina, non senza però consentire un contemperamento con le ragioni dei soggetti privati coinvolti. Ed è proprio l'alternanza di momenti di tipo negoziale ad altri di natura provvedimentale che impone all'interprete di affrontare il problema della qualificazione giuridica della fattispecie, con tutte le conseguenze pratiche che ne derivano, in un'ottica evolutiva, considerando, cioè, come nel tempo sia cambiato l'assetto dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i privati. In particolare, oggi l'interesse ad esercitare la prelazione deve intendersi riferibile allo Stato assunto, non solo quale ente esponenziale dell'intera collettività, ma anche in termini di amministrazione, che pone in essere delle scelte, sempre funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico, ma non necessariamente di natura autoritativa. E ciò in quanto, scardinato il postulato della superiorità della pubblica amministrazione e, quindi, dell'unilateralità dell'attività amministrativa e legittimata l'adozione del modello consensuale al di fuori del contesto strettamente privatistico, il paradigma del rapporto pubblico – privato è inevitabilmente cambiato [14].

---

[12] Parte della dottrina ha da tempo sollevato dubbi circa la possibilità di qualificare tale figura in termini di prelazione legale. A tal proposito, si rinvia al par. 4.

[13] L.V. MOSCARINI, cit., p. 981. Con riferimento a questo profilo, v. le osservazioni critiche di P. GALLO, *Prelazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.,* XIV, Utet, Torino, 1996, pp. 170 s., e di G. DI ROSA, *Diritto di prelazione e circolazione dei beni*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2011, p. 527 ss. e spec. p. 533.

[14] C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della Pubblica Amministrazione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 664 ss., rileva, partendo dalla responsabilità, come il rapporto tra cittadino e p.a., originariamente caratterizzato da posizioni differenziate, rispettivamente di subordinazione e sovraordinazione, sia diventato paritario nel momento in cui si è riconosciuto al privato danneggiato il diritto di far valere la sua pretesa nei confronti dell'amministrazione. Sotto questa luce, l'A., coniugando la responsabilità con l'autonomia, sostiene che tale rapporto diventi paritario sin dall'origine, relegando la dimensione autoritaria di manifestazione del potere pubblico a "quei soli spazi che le sono necessari per non autonegarsi".



Alla luce di questa rinnovata chiave di lettura, il problema dell'individuazione della natura giuridica della prelazione artistica assume una portata diversa da quella che lo ha connotato in passato, lasciando emergere la necessità di condurre un'analisi complessa e trasversale, in grado di valorizzarne i tratti caratterizzanti in una logica funzionale, attenta agli interessi in gioco e aperta al dialogo tra dinamiche privatistiche e pubblicistiche.

2. – Nell'art. 60 del Codice dei beni culturali, il cui testo è stato novellato prima nel 2006 e da ultimo nel 2008 [15], il legislatore delimita l'ambito applicativo oggettivo dell'istituto della prelazione artistica, indicando espressamente le tipologie negoziali che possono formarne oggetto. In particolare, la formulazione attualmente vigente contempla: l'alienazione a titolo oneroso dietro pagamento di un prezzo o di un corrispettivo diverso dal denaro, il conferimento di un bene in società [16], la permuta [17] e la dazione in pagamento [18].

Per quanto attiene alle fattispecie previste dalla legge, va, in primo luogo, segnalato che l'ampliamento del novero delle tipologie di atti negoziali soggetti a prelazione con

[15] Le modifiche alla previsione di cui all'art. 60 si devono, specificamente, al d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, e al d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62.

[16] In passato, si discuteva in merito alla sussistenza del diritto di prelazione dello Stato nel caso del conferimento di un bene culturale in società. Invero, prima delle modifiche apportate nel 2006, parte della dottrina aveva assunto al riguardo una posizione contraria, in quanto questa ipotesi non solo non era contemplata espressamente tra le tipologie di atti soggetti a prelazione ai sensi dell'art. 60, commi 1, 2 e 5, ma non sembrava presentare il requisito dell'onerosità, posto che al conferimento segue, quale controprestazione, l'acquisto della qualità di socio e non il pagamento di un corrispettivo. Pertanto, in tal caso, si riteneva che, nell'ambito del contratto di società, il trasferimento del bene fosse strumentale non ad uno scambio bensì ad una comunione di scopo, in considerazione della volontà del socio conferente di vincolare il bene al fine di prendere parte alla vita societaria. Secondo altro approccio interpretativo, invece, la prelazione in questo caso sarebbe stata ammissibile, in quanto il conferimento di un bene in società avrebbe dovuto intendersi legato da un nesso di corrispettività alla controprestazione richiesta al socio conferente. In altri termini, si assumeva che il conferimento rientrasse nella categoria degli atti a titolo oneroso, quale adempimento di un'obbligazione sorta a seguito della sottoscrizione di capitale (cfr. M. IEVA, *Vincoli formali e corredo documentale nella fase costitutiva delle società in nome collettivo e in accomandita semplice*, *Riv. Not.*, 1989, p. 1077 ss.).

[17] A differenza delle altre ipotesi, già contemplate dalla l. n. 1089/1939, la permuta è stata introdotta dal Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, adottato con il d.lgs. n. 490/1999.

[18] Per un'analitica analisi delle ipotesi rientranti nell'ambito applicativo della prelazione artistica, v. G. PERRELLA-S. MARINO, *Prelazione artistica: tipologie negoziali assoggettate per legge a prelazione e fattispecie controverse*, in *I contratti*, 2007, p. 703 ss.



l'espressa previsione dell'ipotesi del conferimento di un bene culturale in società [19], si deve all'art. 2 del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156 [20].

La possibilità di esercitare il diritto di prelazione in tale ipotesi, tuttavia, sembra presentare dei profili problematici in ordine alla sua concreta applicazione [21].

In particolare, non appare del tutto agevole conciliare la disciplina di cui all'art. 61, co. 4, del Codice dei beni culturali con quella, prevista dal codice civile in materia di società di capitali e, specificamente, dagli artt. 2342, co. 3, cod. civ. per le società per azioni e 2464, co. 5, cod. civ., per le società a responsabilità limitata. Invero, mentre la prima imporrebbe che durante i sessanta giorni dalla denuncia, in attesa che il Ministero valuti se esercitare o meno il suo diritto di prelazione, gli effetti del conferimento rimangano sospensivamente condizionati e il socio conferente non possa effettuare la consegna del bene, la seconda stabilisce che i conferimenti in natura debbano essere liberati al momento della sottoscrizione, nel rispetto del principio di effettività del capitale sociale, posto a tutela dei creditori della società, i quali fanno legittimo affidamento sulla sua consistenza reale [22].

Altra ipotesi di atto soggetto a prelazione artistica per espressa previsione della legge, già a partire dal Testo unico del '99, ma per certi versi problematica nella sua applicazione concreta è la permuta. Invero, trattandosi di un contratto di scambio che realizza un *do ut des* sul piano del reciproco trasferimento della proprietà di cose o di altri diritti da un contraente all'altro, sono stati sollevati dei dubbi circa la compatibilità di tale schema negoziale con il meccanismo operativo della prelazione, che presuppone parità di condizioni tra l'acquirente del bene culturale e lo Stato che ad esso si sostituisce

---

[19] Sul tema, v. R. SCUCCIMARRA, *Conferimento immobiliare in società di capitali: principio di effettività e prelazione artistica*, in *Imm. propr.*, 2008, p. 215 ss.; G. MARGIOTTA, *Conferimento in società e prelazione artistica*, in *Le società*, 2007, p. 1089 ss.; M. CACCAVALE, *Conferimento in società di beni culturali e diritto di prelazione*, in *Notariato*, 2007, p. 685 ss.

[20] La giurisprudenza ha precisato che il legislatore, tramite tale norma, abbia innovativamente disposto, ampliando il novero degli atti soggetti a prelazione, senza però prevedere alcuna deroga al principio di irretroattività delle leggi (cfr. Cons. Stato, 20 gennaio 2009, n. 267, in *dejure.it*).

[21] In proposito, v. P. DE MARTINIS, *Prelazione artistica: vecchi e nuovi temi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1019, il quale distingue, con riferimento al conferimento di un bene culturale in società, due ipotesi. La prima, che si realizza nel caso in cui il conferimento sia stato effettuato dal socio conferente per ragioni di carenza di liquidità e presuppone la fungibilità del bene rispetto al denaro, non pare porre particolari problemi interpretativi. La seconda, invece, che si concretizza laddove il bene conferito sia da considerarsi infungibile, nel senso che sia specificamente collegato all'esercizio dell'attività d'impresa, rischia di comportare un sensibile e ingiustificato sacrificio del privato alle esigenze pubbliche.

[22] R. SCUCCIMARRA, cit., p. 215 s.



nell'acquisto. In altri termini, la problematicità risiede nel fatto che lo Stato dovrebbe essere in grado di offrire al proprietario una controprestazione identica a quella del contraente privato, ossia il trasferimento di un bene di pari valore; ma tale evenienza non è di agevole prospettazione pratica, se solo si considera la necessità di rispettare, perché si resti tecnicamente nell'ambito operativo della permuta, il principio dell'accessorietà dell'eventuale conguaglio in denaro, che parifichi la differenza di valore tra le due cose che formano oggetto dello scambio [23].

Un'altra ipotesi contemplata dall'art. 60 è la *datio in solutum*, già prevista dall'art. 33 della l. n. 1089/1939. In tal caso, però, non si pongono particolari problemi interpretativi, in quanto essa si realizza attraverso la sostituzione della prestazione originariamente dovuta con un'altra, che non consta di un pagamento in denaro, bensì in natura, ed è per l'appunto rappresentata dal conferimento del bene culturale.

2.1. – Come già la dottrina e la giurisprudenza avevano messo in luce prima dell'entrata in vigore del Codice dei beni culturali e oggi può evincersi dalla formulazione dell'art. 60, co. 1, appartengono alla categoria delle fattispecie soggette a prelazione artistica, oltre a quelle espressamente previste dalla legge, tutti i regolamenti negoziali, qualificabili in termini di alienazione e aventi natura onerosa [24].

Così, posta la scelta del legislatore di non collegare necessariamente la prelazione all'esistenza di un contratto tipico, si pone, preliminarmente, all'attenzione dell'interprete il problema di definire la portata del concetto di alienazione, nell'ottica di circoscriverne il perimetro applicativo. A tal riguardo, considerate le difficoltà di ordine sistematico e classificatorio, connesse all'utilizzo ampio e variegato di tale termine nella casistica del codice civile e delle leggi speciali, è opportuno riferirsi al significato tecnico – giuridico che tradizionalmente la dottrina gli attribuisce e, in questa logica, indicare con "alienazione" il trasferimento della proprietà, quale sintesi di un atto traslativo e di un effetto ad esso correlato [25].

---

[23] A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., p. 170, rileva come, dal punto di vista tecnico, la permuta del bene culturale impedisca il realizzarsi della prelazione; *contra* Tar Campania, 28 settembre 1999, n. 2546, in *dejure.it*, in cui, nel ribadire la necessità che il negozio abbia il carattere dell'onerosità e comporti un effetto traslativo, si ritiene che il diritto di prelazione possa essere esercitato anche nell'ipotesi in cui il bene che forma oggetto del trasferimento sia dato in permuta.

[24] A. MANSI, *La tutela dei beni culturali*, Cedam, Padova, 1998, p. 330 s.

[25] V. S. PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 2 ss., il quale, dopo aver pro-



Se, dunque, si accede all'idea secondo la quale l'alienazione starebbe in rapporto di genere a specie, da un lato, con le fattispecie tipiche a titolo oneroso, ossia con la compravendita e con la permuta, e, dall'altro, con quella a titolo gratuito, cioè con la donazione, deve ritenersi che rientrino nell'ambito applicativo della prelazione tutti quei negozi atipici che comportino il trasferimento della proprietà del bene culturale e prevedano il pagamento di un corrispettivo, anche diverso dal denaro [26].

Si afferma, ad esempio, che rilevi a tal fine la cessione del bene culturale in rendita vitalizia, configurabile quale fattispecie negoziale atipica, caratterizzata sia dal carattere dell'onerosità sia dalla produzione di un effetto traslativo [27].

In questa prospettiva, non possono ritenersi soggetti a prelazione tutti quegli atti che, seppur dotati di efficacia traslativa di un diritto reale, quale l'usufrutto, la servitù, il pegno o l'ipoteca, non sono inquadrabili in termini di alienazione, non generando il trasferimento della proprietà. Pertanto, sono destinati ad assumere rilievo solo quelle forme negoziali che siano in grado di consentire l'acquisto della proprietà del bene culturale in favore dello Stato, attraverso la produzione di effetti corrispondenti al contenuto dell'atto di alienazione già concluso ma sospensivamente condizionato. E ciò appare maggiormente in linea con la natura e con la funzione del potere d'intervento pubblico, in quanto lo strumento della prelazione appare idoneo a soddisfare l'interesse generale alla conservazione e alla tutela del patrimonio storico e artistico solo se rende lo Stato proprietario del bene che ne forma oggetto [28].

Altro è, invece, il caso dell'alienazione della nuda proprietà di un bene culturale gravato da usufrutto, con riferimento al quale la giurisprudenza ha mostrato una certa apertura, in considerazione dell'assunto secondo cui il carattere necessariamente temporaneo

---

posto una rassegna esemplificativa, rileva come il legislatore non si sia preoccupato né di attribuire al termine "alienazione" un significato preciso e ben definito, da adottare in relazione a tutti i testi legislativi nei quali ricorre, né di adoperarlo per esprimere sempre la medesima idea.

[26] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2000, n. 1889, in *dejure.it*; Tar Campania, 28 settembre 1999, n. 2546, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 1987, n. 400, in *dejure.it*.

[27] Cons. Stato, 30 aprile 1997, n. 679, in *dejure.it*, in cui si precisa, a proposito dell'ambito applicativo dell'art. 30 della l. n. 1089/1939, che l'esercizio del diritto di prelazione "è condizionato all'esistenza di una regolamentazione negoziale che comporti comunque un effetto traslativo delle cose soggette a vincolo". Si tende, tuttavia, ad escludere la possibilità di consentire l'esercizio della prelazione nell'ipotesi del vitalizio alimentare, che, come ha rilevato la giurisprudenza, si fonda sull'*intuitu personae* e implica una forte variabilità delle prestazioni, che dipendono strettamente dallo stato di bisogno del beneficiario (cfr. Cass. civ., 18 dicembre 1986, n. 7679, in *dejure.it*; Cass. civ., 14 giugno 1982, n. 3625, in *dejure.it*; Cass. civ., 30 ottobre 1980, n. 5855, in *dejure.it*).

[28] T. ALIBRANDI-P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 486.



della limitazione del diritto e la possibilità di effettuare controlli sulla gestione del bene giustificherebbero l'ammissibilità dell'esercizio della prelazione [29].

Peraltro, un ulteriore ampliamento dell'ambito applicativo della prelazione è derivato dal consolidarsi dell'orientamento interpretativo secondo cui tale disciplina non si applicherebbe esclusivamente agli atti negoziali la cui funzione economico – sociale sia costituita da uno scambio di una cosa contro un prezzo e che realizzino un effetto traslativo, bensì dovrebbe intendersi estesa a tutti i regolamenti che prevedano l'assunzione di obbligazioni a carico di entrambe le parti, così come avviene nell'ipotesi della transazione [30].

Oltre a dover avere efficacia traslativa, è necessario, per espressa previsione legislativa, che l'atto di alienazione rispetto al quale viene esercitata la prelazione sia a titolo oneroso [31], tale cioè da implicare una prestazione corrispettiva, e che quest'ultima sia fungibile e, quindi, suscettibile di essere realizzata, oltre che dal terzo acquirente con cui il proprietario abbia contrattato, anche dal titolare del diritto di prelazione, senza che la sostituzione di un soggetto con un altro incida sulla sostanza degli interessi dell'alienante.

La verifica dell'onerosità dell'atto assume, in questo caso, una particolare rilevanza, essendo destinata a incidere sulla questione relativa alla sussistenza o meno della parità tra le condizioni offerte dall'acquirente privato e quelle alle quali è ammesso ad acquistare il soggetto pubblico e, per tale via, ad influire sulla possibilità di configurare la prelazione artistica alla stregua delle altre ipotesi di matrice legale.

---

[29] V. Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 1995, n. 348, in *Foro it.,* 1996, p. 226, secondo cui la nuda proprietà, quale diritto reale destinato a riprendere la sua piena consistenza attraverso la riunione all'usufrutto, è economicamente apprezzabile e idonea ad assicurare all'Amministrazione immediati poteri di gestione sul bene.

[30] In dottrina, v. F. DE MARIA, *Commento all'art. 60 del d. lgs. n. 42/2004*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 285. Ai fini dell'applicazione dell'istituto, è più corretto distinguere il caso in cui il rapporto controverso riguardi la titolarità del diritto sul bene soggetto a prelazione, da quello in cui l'attribuzione del bene rappresenti l'adempimento di pregresse obbligazioni dell'alienante. Invero, solo in quest'ultima ipotesi e non anche nella prima, pare potersi ammettere che operi la prelazione (cfr. G. PERRELLA, S. MARINO, cit., 706 s.). In questa prospettiva, v. Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2016, n. 14432, in *dejure.it*, in cui si afferma che la transazione può avere funzione traslativa soltanto con riguardo a rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti, dovendosi ritenere inconcepibile il trasferimento tra le parti in lite di un diritto la cui appartenenza sia incerta perché oggetto di contestazione (in senso conforme, v. anche Cass. civ., sez. I, 17 settembre 2004, n.18737, in *dejure.it*; Cons. Stato, 10 giugno 1987, n. 400, cit.).

[31] Cons. Stato, sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, in *dejure.it*, laddove si afferma che il negozio di trasferimento a titolo oneroso del bene, con la dichiarazione di alienare del proprietario del bene culturale, "assume il ruolo di presupposto oggettivo e occasione storica del procedimento destinato a sfociare nella prelazione".



Così, in primo luogo, è agevole sgombrare il campo da tutti quei negozi che, non presentando pacificamente tale carattere, devono ritenersi esclusi dall'ambito applicativo oggettivo della prelazione artistica. E ciò vale, oltre che per gli atti *mortis causa*, per quelli a titolo gratuito [32] e, specificamente, per la donazione. Invero, se così non fosse e si ammettesse la prelazione di un bene culturale oggetto di donazione, al di là dell'obbligo di denuncia del relativo trasferimento, lo Stato finirebbe per sostituirsi al donatario, sacrificando non solo il suo interesse ad ottenere un corrispettivo, ma anche quello strettamente personale del donante [33].

Si pongono, invece, non trascurabili problemi interpretativi con riferimento a quelle figure negoziali, la cui natura giuridica è incerta, collocandosi a metà strada tra gli atti a titolo oneroso e quelli a titolo gratuito. In particolare, appare controversa l'ammissibilità della prelazione nell'ipotesi in cui il bene culturale abbia formato oggetto di un *negotium mixtum cum donatione*.

A tal riguardo, considerando l'indirizzo prevalente in dottrina e in giurisprudenza, che tende a ricondurre il negozio misto nella categoria delle donazioni indirette [34], fondate anch'esse, come quelle dirette, sull'*intuitu personae*, si dovrebbe concludere per l'inammissibilità della sostituzione del beneficiario designato con il soggetto titolare del diritto di prelazione. In questa prospettiva, gli effetti di liberalità, pur se circoscritti, sembrano assumere una rilevanza fondamentale in ordine all'inquadramento del negozio in termini di atto a titolo gratuito.

E proprio in questa prospettiva, con riferimento alla prelazione agraria, si è espressa la giurisprudenza, secondo la quale la sussistenza di un carattere gratuito parziale sarebbe comunque in grado di impedire l'assimilazione del negozio misto al trasferimento a titolo oneroso richiesto ai sensi dell'art. 8 della l. n. 590/1965 [35].

---

[32] Si tenga presente, come si chiarirà meglio nel par. successivo, che l'ambito applicativo della prelazione non corrisponde a quello della denuncia di trasferimento; cosicché, mentre quest'ultimo è più ampio, in quanto comprende anche gli atti *mortis causa* e a titolo gratuito, il primo è più ristretto, in quanto tali tipologie negoziali ne restano escluse.

[33] A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., p. 169.

[34] In proposito, v., tra i numerosi arresti giurisprudenziali, Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2007, n. 1955, in *I contratti*, 2007, p. 753 ss., con nota di F. Cerio, la quale, pur ammettendo la sussistenza di una causa onerosa nel *negotium mixtum cum donatione*, afferma che il negozio stipulato dai contraenti abbia lo scopo di raggiungere, attraverso la sproporzione tra le prestazioni corrispettive, una finalità diversa e ulteriore rispetto a quella dello scambio, consistente nell'arricchimento, per puro spirito di liberalità, di quello dei contraenti che riceve la prestazione di maggior valore e, pertanto, realizzi una donazione indiretta.

[35] V. Cass. civ., III sez., 15 maggio 2001, n. 6711, in *Nuovo dir. agr.*, 2001, p. 851; in *Notariato*, 2002, con nota di M. Patuelli.



A tale conclusione si perviene anche in relazione alla prelazione artistica, attribuendo rilevanza determinante all'intento liberale e ritenendo, dunque, inammissibile l'ingresso dell'amministrazione all'interno di un regolamento negoziale che, per le sue intrinseche peculiarità, sembra difficilmente ascrivibile alla categoria degli atti a titolo oneroso [36].

Tuttavia, per inquadrare correttamente il problema, pare opportuno spostare l'attenzione dagli effetti alla causa del negozio, la quale potrebbe connotarsi comunque in termini di onerosità, nonostante l'apparente mancanza di un rapporto sinallagmatico, dovuta alla sproporzione tra le prestazioni. Invero, l'indagine sulla causa, che consente di stabilire quali siano gli effetti che ne derivino, rappresenta un antecedente logico rispetto al giudizio di onerosità [37].

In altri termini, soprattutto in un ambito, quale quello di specie, connesso alla tutela di un interesse superindividuale, emerge la necessità di accertare le ragioni che in concreto hanno mosso le parti ad addivenire alla stipula del negozio, per poter ritenere eventualmente applicabile la disciplina in tema di prelazione laddove risulti prevalente la causa onerosa rispetto a quella liberale. Non si propone, però, una valutazione meramente quantitativa, bensì una verifica approfondita, che consenta di salvaguardare l'interesse pubblico, in tutti quei casi nei quali ciò non rischi di snaturare il contratto, operando una coartazione dell'*animus donandi*.

Così, qualora, a seguito di un'indagine sulla sua causa in concreto, sia possibile annoverare il negozio misto tra gli atti a titolo oneroso, si potrebbe ritenere ammissibile l'acquisto in via di prelazione del bene culturale da parte dello Stato, restando l'intento di donare del soggetto alienante ricompreso nell'ambito dei motivi. In quest'ottica, rifuggendo da logiche astratte e verificando la sussistenza di una causa onerosa, l'interesse pubblico, in quanto funzionale al perseguimento di un obiettivo di tutela superindividuale, sarebbe destinato a prevalere rispetto al tradizionale *favor* nei confronti degli atti di liberalità.

---

[36] Per la ricostruzione del dibattito dottrinale, v. G. PERRELLA-S. MARINO, cit., 706.

[37] In questi termini, v. Cass. civ., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 31 ss., con nota di G. ANDREOTTI, *La causa concreta nel giudizio di onerosità e gratuità*, in cui si afferma che la valutazione di gratuità o onerosità di un negozio giuridico vada compiuta con esclusivo riguardo alla causa in concreto, intesa come "sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".



3. – Il procedimento che può sfociare nell'acquisto in via di prelazione da parte dello Stato trae origine da un atto del privato, proprietario del bene, quale è appunto la denuncia di trasferimento. In particolare, il momento in cui essa viene effettuata rappresenta il *dies a quo* di decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di prelazione [38].

Si è ampiamente discusso in dottrina sulla natura giuridica della denuncia, alternandosi, come anche per il provvedimento con cui si esercita la prelazione, due tesi ricostruttive. Secondo un primo approccio interpretativo, si dovrebbe ritenere che abbia la natura di una proposta contrattuale e, dunque, si atteggi ad elemento prenegoziale, a cui farebbe seguito poi l'accettazione del soggetto che esercita la prelazione, chiudendo la sequenza contrattuale [39]. Altra opzione ricostruttiva è, invece, quella della natura pubblicistica, che inquadra la denuncia in termini di mera comunicazione dell'avvenuta stipula di un contratto di alienazione *inter alios*, che non implica alcuna eventuale accettazione da parte del soggetto prelazionario, ma semplicemente gli consente di esercitare il diritto di prelazione, nell'esercizio del suo potere autoritativo [40]. Propone, infine, una soluzione intermedia tra le due già prospettate l'orientamento interpretativo secondo cui tale denuncia avrebbe natura negoziale, ma si inserirebbe nell'ambito di una fattispecie procedimentale a composizione mista, strutturata sulla base di un'alternanza di momenti privatistico – negoziali e autoritativo – provvedimentali [41].

La disciplina della denuncia di trasferimento è contenuta nell'art. 59 del Codice dei beni culturali, che impone tale obbligo per gli atti che trasferiscono, in tutto o in parte e a qualsiasi titolo, la proprietà o, per i beni mobili, anche semplicemente la detenzione di un bene culturale.

Tale disposizione, riproducendo quasi pedissequamente la disciplina prevista dall'art. 58 del Testo unico, stabilisce un termine di trenta giorni entro il quale deve essere effettuata la denuncia [42], che decorre dalla data di stipula dell'atto di trasferimento [43].

---

[38] A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., p. 168.

[39] B. CARBONI, *Natura negoziale della prelazione dello Stato e sua riconducibilità nella categoria delle prelazioni legali*, in AA.VV., *Prelazione e retratto*, *Seminario coordinato da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 532.

[40] In questo senso, v. G. DI GIANDOMENICO, *Natura ed effetti della denuncia e della prelazione dei beni culturali immobili*, in *Giur. it.,* 2008, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2004, n. 6350, in *Riv. giur. edil.*, 2005, p. 558 s.; TAR Toscana, sez. III, 13 aprile 2006, n. 1221, in *dejure.it*.

[41] L.V. MOSCARINI, cit., p. 1013.

[42] L'introduzione di un termine entro cui presentare la denuncia ha consentito di risolvere una serie di



L'art. 59, comma 4, ne specifica il contenuto, elencandone gli elementi essenziali, ossia: i dati identificativi dei beni e delle parti, compreso il domicilio in Italia, nonché la loro sottoscrizione o quella dei rispettivi rappresentanti legali; il luogo ove i beni si trovano; la natura e le condizioni dell'atto di trasferimento.

Si prevede, inoltre, una dettagliata descrizione dei soggetti gravati dall'obbligo della denuncia nonché dei destinatari della stessa. In particolare, essa deve essere presentata: dall'alienante, anche per consentire l'esercizio del diritto di prelazione, o dal cedente la detenzione; dall'acquirente, nei casi di trasferimento avvenuto nell'ambito di procedure di vendita forzata o fallimentare ovvero in forza di una sentenza che produca gli effetti di un contratto di alienazione non concluso; dall'erede o dal legatario.

Il soggetto destinatario è sempre il Ministero, come prevedeva l'art. 58 del Testo unico riproducendo il precedente art. 30 della l. n. 1089/1939, per il tramite però della soprintendenza competente del luogo in cui i beni si trovano. A tal riguardo, la giurisprudenza ha precisato che il termine utile per l'esercizio della prelazione decorre dal momento in cui la denuncia dell'atto traslativo pervenga al Ministero e non già da quello in cui essa venga ricevuta dalla soprintendenza del luogo in cui si trova il bene [44]. Invero, nonostante la soprintendenza sia competente a ricevere la denuncia (art. 59, co. 3), nonché a darne immediata comunicazione alla Regione e agli altri enti pubblici territoriali nel cui ambito si trova il bene (art. 62, co. 1), deve attribuirsi rilievo al *dies a quo* in cui la notizia dell'alienazione sia pervenuta ufficialmente al Ministero, quale organo deputato a conoscere le vicende traslative che hanno ad oggetto beni culturali (art. 59, co. 1) e ad esercitare, in via principale, il diritto di prelazione.

Quanto alla delimitazione dell'ambito applicativo oggettivo, il riferimento alla detenzione ha indotto a ritenere che l'obbligo di denuncia operi in tutti i casi di trasferimento del godimento materiale del bene sia a titolo oneroso, come nella locazione, sia a titolo gratuito, come nel comodato [45].

---

questioni interpretative che erano sorte durante la vigenza della l. n. 1089/1939, il cui art. 32 non prevedeva alcun limite temporale.

[43] In caso di successione *mortis causa*, il termine decorrerà dall'accettazione dell'eredità o dal giorno di apertura della successione, rispettivamente per l'erede e per il legatario.

[44] Cfr. Cass. civ., 22 febbraio 2008, n. 4629, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2155, e diffusamente in A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., p. 163 s., laddove si precisa che, nonostante la Cassazione si sia pronunciata con riferimento agli artt. 30 e 32 della l. n. 1089/1939, i principi affermati in sentenza, considerato che il contenuto di tali disposizioni, ormai abrogate, è stato da ultimo quasi letteralmente trasfuso nel d.lgs. n. 42/2004, possono ritenersi estensibili anche alla normativa attuale.

[45] La previsione di cui all'art. 59 riferisce espressamente l'obbligo della denuncia ai casi nei quali venga



Tuttavia, non tutti gli atti che devono essere denunciati rappresentano il presupposto di un possibile acquisto in via di prelazione. Invero, l'art. 60 attribuisce al Ministero o, in caso di rinuncia, agli enti pubblici territoriali interessati [46] la facoltà di acquistare in via di prelazione i beni culturali che siano stati alienati a titolo oneroso, conferiti in società, dati in permuta o in pagamento [47].

Pertanto, sulla base del combinato disposto degli artt. 59, comma 1, e 60, comma 1, è possibile ritenere che, seppur in linea generale ogni atto di trasferimento di un bene culturale debba essere denunciato al Ministero, sia consentito avvalersi del diritto di prelazione solo con riferimento agli atti traslativi a titolo oneroso [48]. Restano, quindi, soggetti all'obbligo di denuncia ma non possono formare oggetto di prelazione i trasferimenti a titolo gratuito, quelli a causa di morte, nonché le ipotesi di mera detenzione [49].

In questa prospettiva, come è stato ampiamente rilevato in dottrina, emerge la *ratio* ambivalente dell'obbligo di denuncia di cui all'art. 59, che, da un lato, assume una finalità di carattere pubblicistico generale, consentendo la vigilanza e la tutela di tutti i beni culturali appartenenti a privati da parte della competente amministrazione; mentre, dall'altro lato, risulta funzionale al perseguimento di uno specifico scopo, ossia quello, limitato ai soli atti traslativi onerosi, di dar modo alla pubblica amministrazione di valutare l'opportunità di esercitare il diritto di prelazione e, quindi, di acquisire il bene nell'ambito del demanio pubblico culturale [50].

---

trasferita la proprietà o ceduta la detenzione del bene, senza però fare alcun cenno al trasferimento del possesso. Invero, il possesso può intendersi ricompreso nel trasferimento del diritto di proprietà o degli altri diritti reali (cfr. F. DE MARIA, *Commento all'art. 59 del d. lgs n. 42/2004*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 280). In proposito, secondo DI GIANDOMENICO, cit., ciò che interessa, ai fini del controllo dei trasferimenti dei beni vincolati da parte della P.A., è la materiale disponibilità della cosa, non presentando alcun rilievo il possesso avulso da essa o da una situazione di giuridica appartenenza.

[46] A tal proposito, v. Cons. Stato, sez. IV, 3 ottobre 2018, n. 5671, in *dejure.it*, in cui si precisa che, a fronte della rinuncia della Soprintendenza, dovuta alla ritenuta inutilizzabilità del bene a fini istituzionali, è legittima la prelazione esercitata dal Comune, dovendosi ammettere, ai sensi dell'art. 62, co. 3, una diversa valutazione da parte dell'ente locale.

[47] Quanto alla delimitazione dell'ambito applicativo oggettivo della prelazione artistica, si rinvia al par. 2.

[48] P. DE MARTINIS, cit., p. 1018.

[49] G.F. BASINI, cit., p. 464.

[50] A. MANSI, *La denuncia di trasferimento della detenzione nel nuovo Codice dei beni culturali*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, p. 124 s.; F. DE MARIA, *Commento all'art. 59 del d. lgs n. 42/2004*, cit., p. 281. In particolare, v. G. DI GIANDOMENICO, cit., secondo il quale le questioni interpretative più problematiche che si pongono con riferimento all'ambito applicativo dell'obbligo di denuncia andrebbero risolte in relazione al tipo di finalità che la norma si prefigge di realizzare.



3.1. – Qualora la denuncia sia stata omessa o sia stata effettuata tardivamente o si consideri non avvenuta, in quanto priva dei requisiti prescritti dal comma 4 dell'art. 59 o presenti indicazioni incomplete o imprecise, al Ministero continua a spettare il diritto di prelazione, che, secondo il disposto dell'art. 61, co. 2, può essere esercitato nel termine di centottanta giorni dal momento in cui abbia ricevuto la denuncia tardiva o abbia comunque acquisito tutti gli elementi prescritti dalla legge.

La previsione con la quale il legislatore ha introdotto un limite temporale all'esercizio tardivo della prelazione è del tutto nuova rispetto all'omologa del Testo unico ed è frutto di uno sforzo di adeguamento della normativa alle indicazioni di una nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo [51]. Invero, l'art. 61 della l. n. 1089/1939, successivamente trasfuso nell'art. 135 del Testo unico, consentiva al Ministero di procedere alla prelazione senza limiti di tempo.

Così, nel caso Beyeler c. Italia, la Corte Edu, con riferimento al protrarsi di una situazione di irregolarità della denuncia di trasferimento di un quadro di Van Gogh, che aveva consentito l'esercizio del diritto di prelazione da parte dell'amministrazione ad anni di distanza dal momento dell'effettiva conoscenza dell'elemento mancante nella denuncia della vendita originaria tramite intermediario, ossia l'identità dell'acquirente, ha ritenuto che l'interesse patrimoniale del ricorrente rientrasse nel concetto di "bene", tutelato ai sensi dell'art. 1, Prot. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo [52].

In quest'ottica, l'esercizio del diritto di prelazione da parte del Ministero aveva senza dubbio costituito un'illegittima interferenza nel diritto del ricorrente al rispetto dei suoi beni. In particolare, la Corte ha osservato, ribadendo quanto già affermato dalla Cassazione [53], che l'applicazione della normativa nazionale, consentendo che in caso di irrego-

---

[51] Corte eur. dir. uomo, 5 gennaio 2000, Beyeler c. Italia, con nota di A. BULTRINI, *Le vicissitudini del quadro «Il giardiniere» di Vincent Van Gogh*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 779 ss.; F.S. MARINI, *La prelazione «storico-artistica» tra illegittimità costituzionale e violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *dejure.it*. Sul punto v. anche F. FLORIAN, *Commento all'art. 61 del d. lgs. n. 42/2004*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 294.

[52] In particolare, si è rinvenuta una lesione del diritto di proprietà nella condotta delle autorità italiane che, pur informate nel 1983 sulla identità dell'acquirente del quadro di Van Gogh "Il giardiniere", solo nel 1988 hanno esercitato nei suoi confronti il diritto di prelazione, alle condizioni alle quali egli, pur violando le regole sulla denuncia ai fini della prelazione artistica, acquistava il quadro nel 1977 a mezzo di mandatario, realizzando così un guadagno ingiustificato in danno del ricorrente.

[53] Sulla questione era già intervenuta la Corte di Cassazione (ord. 11 novembre 1993), la quale aveva rilevato come la facoltà dell'Amministrazione di potere in ogni tempo esercitare la prelazione avesse sottoposto il diritto del venditore ad una compressione costante, comportando un'incertezza permanente sulla



larità della denuncia il termine per l'esercizio della prelazione rimanesse aperto *ad libitum*, comportasse un'intollerabile incertezza e conferisse all'amministrazione un potere eccessivamente ampio, in contrasto con il principio dell'"equo bilanciamento" tra le esigenze generali della collettività, correlate alla funzione pubblica, e la necessità di salvaguardare il diritto di proprietà, quale diritto fondamentale dell'individuo [54].

La mancata denuncia o una denuncia presentata oltre il termine di trenta giorni comporta, peraltro, anche il configurarsi della fattispecie di reato di cui all'art. 173, co. 1, lett. b) [55]. Tale disposizione punisce, infatti, con la reclusione e con una pena pecuniaria chiunque, essendovi tenuto, non presenti, nel termine prescritto, la denuncia degli atti di trasferimento della proprietà o della detenzione di beni culturali [56].

Nella prelazione artistica, a differenza delle altre ipotesi di matrice legale, all'inadempimento dell'obbligo di denuncia non segue l'attribuzione allo Stato del diritto di retratto del bene, bensì è prevista la nullità dell'atto di alienazione stipulato tra i privati. Trova, infatti, applicazione l'art. 164 del Codice che, pur facendo salva la facoltà del Ministero di esercitare la prelazione secondo quanto stabilito dall'art. 61, comma 2, prevede che: "[L]e alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalle disposizioni del Titolo I della Parte seconda, o senza l'osservanza delle

---

situazione giuridica del bene (sul punto, cfr. G. FAMIGLIETTI-D. CARLETTI-G. VECCIA, *Commento all'art. 61 del d. lgs. n. 42/2004*, in *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, a cura di R. Tamiozzo, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 275 s.).

[54] A. BULTRINI, cit., p. 789, sottolinea come la censura da parte della Corte Edu sia dei margini di manovra eccessivamente ampi dei quali ha potuto beneficiare l'amministrazione, conseguendone peraltro un ingiusto vantaggio, sia del contesto normativo che lo ha consentito costituisce un importante precedente, che pone all'attenzione del legislatore il problema dell'individuazione dei limiti all'eventuale arbitrio pubblico, nell'ottica di tutelare le esigenze di correttezza e trasparenza nei rapporti con il privato, la cui rilevanza trascende i confini del caso Beyeler.

[55] Con riferimento a questa ipotesi, parte della giurisprudenza ha ritenuto che gravi comunque sul privato l'obbligo di denuncia, anche qualora il trasferimento riguardi beni per i quali non sia ancora intervenuta la notifica della dichiarazione dell'interesse culturale, rinviando ad un momento successivo la verifica da parte della pubblica amministrazione circa l'effettiva sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico. E ciò in quanto la *ratio* della norma incriminatrice di cui all'art. 173 andrebbe ravvisata nel preminente interesse dello Stato all'individuazione e alla tutela delle cose di interesse archeologico, storico e artistico, che si concretizza nel prevedere l'obbligo di denuncia degli atti di trasferimento che hanno ad oggetto non solo i beni del patrimonio culturale "dichiarato", ma anche quelli rientranti nel patrimonio culturale "reale" (cfr. Cass. pen., 15 febbraio 2005, n. 21400, con nota di G. Pioletti, Obbligo di denuncia del trasferimento di beni culturali, *Cass. pen.*, 2006, p. 46 ss.).

[56] V. A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., p. 168, la quale rileva come, in tal caso, nonostante la norma identifichi l'autore della condotta con il termine "chiunque", venga in rilievo una fattispecie di reato proprio, che può essere compiuto, cioè, esclusivamente dai soggetti gravati dall'obbligo di denuncia, secondo quanto previsto dall'art. 59, co. 2.



condizioni e modalità da esse prescritte, sono nulli". Laddove, quindi, la denuncia dell'atto di trasferimento si consideri non avvenuta *ex* art. 59, co. 5, o manchi del tutto, l'atto di alienazione che ne ha o che ne avrebbe formato oggetto risulta viziato per espressa previsione legislativa.

Si pone, dunque, il problema di definire i caratteri di tale ipotesi di nullità, anche nell'ottica di individuare la sussistenza di eventuali limitazioni della legittimazione ad agire. In proposito, in dottrina e in giurisprudenza sono state elaborate diverse tesi, che oscillano tra i due poli dell'invalidità e dell'inefficacia.

Così, secondo una prima ricostruzione, verrebbe in rilievo una nullità assoluta, derivante dalla violazione di una norma imperativa di matrice costituzionale, diretta ad impedire il depauperamento del patrimonio artistico nazionale [57]. In particolare, tale qualificazione consentirebbe di rafforzare l'efficacia sanzionatoria sottesa all'art. 164, collocato peraltro nell'ambito del Titolo I della parte IV del Codice, dedicato alle sanzioni di carattere amministrativo, nel senso che la prelazione, che in linea generale presuppone un valido atto di trasferimento, nel caso di specie opererebbe anche in presenza di un atto nullo, proprio perché funzionale ad evitare effetti pregiudizievoli che potrebbero scaturire da una trasmissione del bene posta in essere senza il rispetto delle regole dettate per la sua circolazione.

Questo approccio interpretativo, tuttavia, non ha convinto altra parte della dottrina, secondo la quale, nonostante il riferimento testuale alla nullità, si tratterebbe di un'ipotesi di inefficacia relativa, che comporterebbe la riconduzione della fattispecie nell'ambito non della categoria dell'invalidità, bensì di quella della mera inopponibilità [58]. In questa logica, nel caso di inadempimento dell'obbligo di denuncia, non essendo prevista la possibilità per lo Stato di riscattare il bene, l'atto di alienazione non sarebbe invalido, ma meramente inopponibile al soggetto pubblico prelazionario [59].

---

[57] In dottrina, v. M.R. COZZUTO QUADRI, *Principi costituzionali e prelazione artistica*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1994, p. 748, in nota a Cass. civ. (ord.), sez. un., 19 marzo 1994, n. 228. Tale orientamento aveva ricevuto in precedenza l'avallo di una parte della giurisprudenza che aveva riportato nell'alveo della nullità assoluta l'ipotesi contemplata dall'art. 61, ritenendola in contrasto con norme imperative dirette ad impedire il depauperamento del patrimonio artistico nazionale (cfr. Cass. civ., 7.4.1992, n. 4200, *Foro italiano*, 1992, p. 2403).

[58] B. CARBONI, cit., p. 541; A. PISCHETOLA, *Circolazione dei beni culturali e riflessi sull'attività notarile*, in *Notariato*, 2005, p. 505; P. GUIDA, *Mancata osservanza delle formalità necessarie e ritrasferimento del bene culturale*, in AA.VV., *La funzione del notaio nella circolazione dei beni culturali. Atti del Convegno. Ferrara 21-22 aprile 2012*, in *fondazionenotariato.it*.

[59] Cosicché, durante il termine di sessanta giorni dalla data di ricezione della denuncia, il contratto concluso tra le parti resterebbe, come previsto dalla legge, sospensivamente condizionato all'esercizio del dirit-



A ben guardare, però, rimanendo aderenti al dato testuale di cui all'art. 164, che, al comma 2, fa salva la possibilità dello Stato di avvalersi del diritto di prelazione entro il termine di centottanta giorni previsto per l'esercizio tardivo, si rileva come la nullità, nel caso di specie, sembri preordinata alla tutela dell'esclusivo interesse pubblico alla conservazione e al controllo delle vicende traslative dei beni culturali. In questa prospettiva, emerge con chiarezza il carattere della relatività dell'azione, la quale, pur non risultando espressamente dalla legge, si deve ritenere spetti alla sola autorità amministrativa [60].

L'inquadramento di tale ipotesi in termini di nullità relativa, con la conseguente limitazione della legittimazione ad agire in capo al Ministero, soggetto terzo rispetto al contratto viziato e depositario dell'interesse generale posto a monte della comminatoria, appare del tutto svincolato dalla logica protettiva del contraente debole. Infatti, il carattere della relatività, lungi dall'essere legato ad una posizione di debolezza o asimmetria contrattuale, risulta, in questo caso, funzionale a garantire la conservazione del contratto. In altri termini, il soggetto legittimato a far valere la nullità, in tale ipotesi, è quello che, secondo la valutazione della situazione complessiva [61], emerge come l'unico in grado di verificare se la lesione dell'interesse generale si sia in concreto realizzata e di optare, in caso contrario, per la conservazione del contratto [62].

Così, laddove l'atto di alienazione sia nullo, si deve ritenere che il Ministero, sulla base del combinato disposto tra l'art. 164, co. 2, e l'art. 61, co. 2, possa o avvalersi del

---

to di prelazione; mentre, l'omissione della denuncia determinerebbe la sottoposizione del contratto ad una condizione risolutiva *ex lege*, destinata a incidere sull'efficacia relativa dello stesso, qualora l'amministrazione eserciti il diritto di prelazione entro l'ulteriore termine di centottanta giorni (cfr. B. CARBONI, cit., p. 541).

[60] In questo senso, v. M. D'ORAZI, cit., p. 189, e V. CERULLI IRELLI, *I beni culturali nell'ordinamento italiano vigente*, in *Beni culturali e Comunità europea*, a cura di M.P. Chiti, Giuffrè, Milano, 1994, p. 19, in relazione alle previsioni contenute, rispettivamente, nella l. n. 364/1909 e nella l. n. 1089/1939. Con riferimento alla disciplina attuale, v. G. CASU, *Il nuovo Codice dei beni culturali: aspetti generali e problematiche*, in *Notariato*, 2005, p. 209. In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. II, 24 maggio 2005, n. 10920, in *Foro it.*, 2006, p. 1880, la quale ha, peraltro, escluso, trattandosi di nullità relativa, la rilevabilità d'ufficio della stessa; Cass. civ., 12 ottobre 1998, n. 10083, *Foro it.*, 1999, p. 126; Cass. civ., 26 aprile 1991, n. 4559, in *dejure.it*; Cass. civ., 12 giugno 1990, n. 5688, in *dejure.it*; Cass. civ., sez. un., 24 novembre 1989, n. 5070, in *dejure.it*.

[61] V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 480.

[62] V. A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 340 ss., secondo la quale l'attribuzione della legittimazione ad intentare l'azione di nullità ad un soggetto determinato può, in certi casi, caratterizzare nullità poste a presidio di norme attraverso le quali il controllo sull'autonomia privata persegue la tutela dell'interesse pubblico, senza la mediazione della protezione del soggetto debole.



diritto di prelazione o esercitare l'azione di nullità entro il medesimo termine, ossia centottanta giorni decorrenti dal momento in cui ha acquisito gli elementi costitutivi della denuncia. In questa logica, si può presumere che, qualora il soggetto pubblico decida di optare per l'esercizio della prelazione, come anche nel caso in cui sia decorso il termine per far valere la nullità, ricorra la volontà di conservare il contratto, stabilizzandone gli effetti.

Pertanto, si configura un congegno che, essendo fondato, per un verso, sulla legittimazione relativa dell'azione di nullità e, per altro verso, sulla facoltà comunque concessa allo Stato di avvalersi della prelazione, pare assimilabile, sul piano degli effetti che ne conseguono, al diritto di retratto delineato con riferimento alle altre ipotesi di matrice legale. Ciò induce a ritenere che, *ex* art. 164, co. 2, rilevi, in capo al soggetto prelazionario, il diritto di avvalersi della tutela reale apprestata dal legislatore, insinuandosi nell'atto stipulato tra i privati e attivando un meccanismo procedimentalizzato, a conclusione del quale gli sarà concesso di ottenere il trasferimento della proprietà del bene, riscattandolo dal terzo acquirente [63].

4. – 4.1. – Sulla natura della prelazione artistica si è a lungo discusso, in quanto tale figura presenta connotati peculiari, che non ne rendono agevole l'inquadramento né in un'ottica strettamente privatistica, alla stregua delle altre ipotesi di prelazione legale, né in una prospettiva tecnicamente pubblicistica, riconducendola nell'alveo degli atti amministrativi, finanche di carattere ablatorio.

Considerato che la fonte della prelazione artistica va ravvisata nella legge, in quanto le previsioni normative, di cui agli artt. 60 e ss. del Codice dei beni culturali e del paesaggio, la contemplano espressamente, è, pertanto, inevitabile accostarla, al fine di individuarne la natura giuridica, alle altre figure di matrice legale, quali ad esempio: la prelazione ereditaria, che spetta ad ogni coerede per l'acquisto delle quote degli altri, *ex* art. 732 cod. civ.; la prelazione agraria, che compete al coltivatore diretto, affittuario del fondo o ad esso confinante, per l'acquisto dello stesso, ai sensi dell'art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590, e dell'art. 7 della l. 14 agosto 1971, n. 817; la prelazione attribuita al conduttore di immobili urbani rispettivamente destinati ad un utilizzo abitativo, *ex* art.

[63] In questo senso, v. M. PLASMATI, *La negoziazione dei beni culturali*, in *Contr. impr.*, 2007, pp. 790 s., secondo il quale il Codice dei beni culturali non consentirebbe l'esercizio tardivo della prelazione, bensì attribuirebbe allo Stato il diritto di riscattare il bene dall'acquirente, al pari delle altre ipotesi di retratto di matrice legale.



3, co. 1, lett. g, della l. 9 dicembre 1998, n. 431, e non abitativo, *ex* art. 38 della l. 27 luglio 1978, n. 392 per l'acquisto del bene che forma oggetto di locazione [64].

Tuttavia, come la dottrina ha da tempo rilevato, nonostante tale figura rientri tra le ipotesi di prelazione legale, se ne differenzierebbe per una serie di aspetti [65].

In primo luogo, mentre negli altri casi la notifica dell'intenzione di concludere il contratto precede la stipula dello stesso, con riferimento alla prelazione artistica si prevede prima la conclusione del contratto di alienazione tra i privati e, solo successivamente, la relativa notifica [66]. Pertanto, nelle altre prelazioni legali la dichiarazione del terzo di volerne profittare si inserisce in una fase prodromica alla conclusione del contratto di trasferimento; viceversa, in questo caso, è l'avvenuta stipula del contratto che costituisce presupposto per l'esercizio della prelazione da parte dello Stato [67].

In secondo luogo, nelle altre prelazioni legali è sempre riscontrabile una sorta di contiguità tra l'alienante e il terzo prelazionario, che alcune volte è di tipo giuridico, come avviene tra i coeredi, titolari *pro quota* del medesimo diritto degli altri, o tra il conduttore e il locatore, mentre altre volte è meramente fattuale, come tra i proprietari di fondi confinanti [68].

Un ulteriore profilo di distinzione risiederebbe, inoltre, nella mancanza di uno dei requisiti essenziali delle altre ipotesi di matrice legale, ossia la parità tra le condizioni offerte dall'acquirente privato e quelle alle quali è ammesso ad acquistare il soggetto pubblico [69], che nella prelazione artistica pare non assumere alcuna importanza [70] o presentare al più un rilievo limitato [71]. In particolare, nonostante l'art. 60 del Codice preveda l'acquisto da parte del soggetto pubblico "al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione", ricorrono al-

---

[64] A tali figure di prelazione legale, senza alcuna pretesa di completezza, se ne aggiungono altre, meno note e indagate, previste in caso di: contratto di somministrazione, a favore del somministrante, nell'ipotesi della stipulazione di un successivo contratto per lo stesso oggetto (art. 1566 cod. civ.); divisione ereditaria o trasferimento dell'azienda, a favore dei partecipi all'impresa familiare (art. 230 *bis*, co. 5, cod. civ.); brevetto per invenzione industriale, in relazione alle invenzioni del lavoratore e a favore dell'imprenditore (art. 24 r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, con successive modifiche e integrazioni); acquisto delle azioni e delle obbligazioni convertibili in azioni, rimaste non optate, a favore di coloro che hanno esercitato il diritto di opzione (art. 2441, co. 3, cod. civ.).

[65] G. PIVA, cit., p. 107.

[66] G.F. BASINI, cit., p. 466.

[67] P. DE MARTINIS, cit., p. 1016.

[68] G.F. BASINI, cit., p. 466.

[69] L.V. MOSCARINI, cit., p. 981.

[70] In tal senso v. P. GUIDA, cit., *passim*.

[71] Tale scelta potrebbe trovare giustificazione nell'esigenza di tutela degli interessi pubblici di rango costituzionale che la normativa è volta a soddisfare, attinenti alla conservazione e alla valorizzazione del patrimonio artistico e culturale, cfr. Corte cost., 20 giugno 1995, n. 269, in *dejure.it*.



tri indici sistematici sulla base dei quali la disciplina che regolamenta la prelazione artistica non richiederebbe la parità di condizioni. Tra questi, in primo luogo, rileva il comma 2 della suddetta previsione, che consente la determinazione autoritativa del prezzo da parte del Ministro, nell'ipotesi di prelazione esercitata su alcuni dei beni alienati [72].

A ciò si aggiunga, quale ulteriore elemento a supporto di tale ricostruzione, quello desunto dalla formulazione testuale dell'art. 61, co. 5, del Codice, ai sensi del quale le clausole del contratto traslativo stipulato tra i privati "non vincolano lo Stato", da cui si trae la mancata surrogazione del soggetto prelazionario nella posizione dell'acquirente [73]. Inoltre, altri aspetti che non appaiono compatibili con il requisito della parità di condizioni si ravvisano nella possibilità di esercitare la prelazione anche quando il corrispettivo convenuto tra privati non sia in denaro, come nel caso della permuta, e nella sottoposizione al vincolo della prelazione artistica degli atti di conferimento di beni culturali in società, restandone sacrificato un elemento sovente fondamentale in tali contratti, ossia l'*intuitu personae* [74].

Infine, un'altra differenza riguarderebbe le conseguenze previste nel caso in cui il prelazionario non sia messo nelle condizioni di poter esercitare il suo diritto. Infatti, mentre nelle prelazioni legali gode di una tutela reale attraverso il diritto di retratto, in questo caso al mancato rispetto dell'obbligo di denuncia corrisponde la nullità del contratto tra privati, che però non incide in alcun modo, se non attraverso l'imposizione di un limite temporale entro cui esercitarlo, sulla sussistenza del diritto di prelazione, che continua a spettare al soggetto pubblico.

Così delineato il quadro dei profili distintivi tra la prelazione artistica e le altre ipotesi di matrice legale, parte della dottrina e della giurisprudenza si è, ormai da tempo, orientata nel senso di accogliere la tesi della natura pubblicistica della determinazione acquisitiva del bene da parte dell'amministrazione. In particolare, si ritiene che l'atto di esercizio della prelazione debba farsi rientrare tra gli atti amministrativi unilaterali ad effetti bilaterali [75] ovvero sia qualificabile in termini di atto di appropriazione da parte dello Stato o di provvedimento autoritativo di natura amministrativa, in quanto manifestazione del potere ablatorio pubblico [76].

---

[72] Si tenga presente che il comma 2 dell'art. 60 è stato modificato dal Testo unico n. 490/1999, che ha sostituito al termine "prezzo" quello di "valore economico".

[73] Lo rileva G. PIVA, cit., p. 107, pur riferendosi alla normativa precedente di cui all'art. 31, co. 2, l. n. 1089/1939.

[74] G.F. BASINI, cit., pp. 466 s.

[75] G. PIVA, cit., p. 108; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 185.

[76] In dottrina, v. A. LEPRI, *Prelazione: totale, parziale, determinazione del prezzo, dazione in pagamento*,



Il carattere pubblicistico della prelazione artistica è destinato a riflettersi sulla natura giuridica di tutti gli altri atti attraverso i quali l'interesse pubblico viene soddisfatto. Così, la denuncia di trasferimento, lungi dall'assumere una connotazione negoziale, viene intesa in termini di comunicazione dell'avvenuta stipula dell'atto di alienazione *inter alios* e, in questa logica, si ritiene sostituisca l'avviso relativo all'avvio del procedimento amministrativo [77].

In quest'ottica, l'esercizio della prelazione che esita nell'adozione del provvedimento non viene ricondotto allo schema del diritto potestativo, bensì a quello della potestà, quale espressione di discrezionalità pubblica [78], con la conseguente applicazione delle regole che disciplinano gli atti amministrativi, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione [79]. Ne consegue che i privati, a fronte dell'esercizio della potestà dell'amministrazione, non si trovino tecnicamente in una situazione di soggezione [80], ma siano titolari di un interesse legittimo oppositivo [81], funzionale a proteggerli dall'illegittima privazione del bene.

---

in AA.VV., *La circolazione dei beni culturali: attualità e criticità. Atti del Convegno. Firenze, 12 dicembre 2009*, Milano, 2010, p. 53; P. DE MARTINIS, cit., p. 1015 s.; A. VENDITTI, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: prime considerazioni*, in *Notariato*, 2004, p. 309. In giurisprudenza, v. Cass. civ., 21 agosto 1962, n. 2613, in *Giust. civ.*, 1963, p. 324, laddove si afferma che: "il diritto di prelazione artistica ha una configurazione giuridica propria che si differenzia dalla prelazione legale in quanto in quella legale il soggetto attivo, esercitando il suo diritto, si pone in rapporto contrattuale con il soggetto passivo, surrogandosi all'acquirente originario; nella prelazione artistica, invece, lo Stato agisce per il conseguimento di un interesse pubblico (*rectius* interesse generale) esplicando un potere di supremazia: dunque il trasferimento del bene si realizza per effetto di una manifestazione della potestà di imperio dello Stato". Tra gli arresti più recenti, v. Cons. Stato, 30 luglio 2018, n. 4667, in *dejure.it*; Tar Trentino Alto Adige, 10 settembre 2019, n. 203, in *dejure.it*.

[77] In questo senso v. TAR Toscana, sez. III, 13 aprile 2006, n. 1221, cit. A tal proposito, G. Di Giandomenico, cit., rileva come la denuncia di trasferimento non sia idonea a tutelare il proprietario, tanto quanto lo sarebbe un vero e proprio avviso di avvio del procedimento amministrativo. Invero, perché si possa attuare un'adeguata ponderazione degli interessi contrapposti, il privato alienante e il terzo acquirente dovrebbero essere messi nella condizione di poter apportare le proprie argomentazioni anche in merito all'uso che l'amministrazione intende fare del bene acquistato. In questo senso, v. Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2004, n. 6350, cit., in cui si afferma l'illegittimità del procedimento di prelazione nel caso in cui non sia stato comunicato alle parti l'avvio della compravendita.

[78] V. G.F. BASINI, cit., p. 467, il quale precisa che lo strumento con cui il soggetto pubblico acquista il bene non possa qualificarsi in termini contrattuali.

[79] In tal senso, v. Cons. Stato, sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, cit., nella quale si ritiene che tutte le controversie relative all'esercizio del diritto di prelazione rientrino nella giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle concernenti la tempestività dell'esercizio di tale diritto e la sussistenza di un'idonea copertura finanziaria per il suo esercizio.

[80] La posizione giuridica soggettiva dei privati è, invece, qualificata in termini di soggezione da Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2010, n. 10619, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 662.

[81] Cass. civ., 1 aprile 2020, n. 7643, *in dejure.it*; Cass. civ., sez. un., 5 marzo 2018, n. 5097, in *dejure.it*.



4.1.1. – Nell'ambito dell'orientamento interpretativo che accoglie la tesi della natura pubblicistica dell'atto di esercizio della prelazione artistica, non si concorda sulla sua riconducibilità nella categoria dei trasferimenti di carattere coattivo.

Invero, partendo da un *iter* argomentativo condiviso, solo parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto che, venendo in rilievo una potestà pubblica e non un diritto potestativo, il relativo atto di esercizio da parte dell'amministrazione dovrebbe essere accostato all'istituto affine dell'espropriazione per pubblica utilità e, specificamente, alla fattispecie avente ad oggetto beni culturali di cui agli artt. 95 ss. del Codice [82]. E ciò in quanto, nella prelazione artistica, il trasferimento del bene si verificherebbe automaticamente, in virtù dell'atto di imperio dello Stato, senza che rilevi l'apporto partecipativo volontario dell'alienante, titolare del diritto di proprietà [83].

Così, mentre la tipica prelazione legale si attua sempre attraverso la conclusione di un contratto, che rappresenta il titolo giustificativo dell'acquisizione della titolarità del diritto in capo al prelazionario, ciò non avverrebbe nella prelazione artistica, in cui lo Stato agirebbe in forza di un proprio atto autoritativo, senza subentrare nella posizione contrattuale dell'acquirente, ma instaurando un rapporto diretto con il bene, del quale acquista la proprietà a seguito della manifestazione di un'autonoma determinazione volitiva. Pertanto, nel caso di specie, verrebbe a crearsi un rapporto giuridico bilaterale integrante

---

[82] In dottrina, v., tra gli altri, C. ROSSANO, *Prelazione dello Stato sulle cose di interesse artistico e storico*, in AA.VV., *Prelazione e retratto*, cit., pp. 520 s., secondo il quale i beni di interesse storico e artistico, anche senza rappresentare un *tertium genus* tra beni pubblici e privati, dovrebbero essere qualificati di interesse pubblico, considerate le finalità alle quali assolvono, e, per questo, assoggettati ad una serie di limiti che si sostanziano nell'attribuzione alla P.A. di veri e propri *poteri in rem*. In altre parole, sulla base di tale ricostruzione, verrebbero in rilevo diritti parziali su beni altrui, rientranti nella figura delle servitù di uso pubblico. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 1993, n. 706, in *dejure.it*; Cass. civ., sez. un., 1 luglio 1992, n. 8079, in *Giur. it.,* 1993, p. 812, con nota di C. De Mare; Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 1991, n. 58, in *dejure.it*; Cons. Stato, 10 giugno 1987, n. 400, cit., secondo cui la prelazione artistica non opera alla stregua dell'omonimo istituto civilistico, sempre collegato ad una proposta di alienazione, ma "costituisce espressione di un potere di acquisizione coattiva delle cose di interesse storico ed artistico di proprietà di privati, da esercitarsi in occasione di negozi di trasferimento delle proprietà medesime, sicché il provvedimento con cui in concreto si esercita la prelazione deve essere ricondotto alla più generale categoria degli atti ablatori"; Cass. civ., 17 gennaio 1985, n. 117, in *dejure.it*; Cass. civ., 8 febbraio 1982, n. 720, in *dejure.it*.

[83] Un altro aspetto che accomuna la prelazione artistica all'espropriazione culturale *ex* art. 95 del Codice risiede nel fatto che entrambi gli istituti possono avere ad oggetto solo cose immobili e mobili che, a seguito di un pregresso riconoscimento del loro interesse "artistico, storico, archeologico o etnoantropologico", possano formalmente qualificarsi in termini di "beni culturali"; in ciò differenziandosi dal c.d. acquisto all'esportazione che, ai sensi dell'art. 70 del Codice, può riguardare anche oggetti che, al momento della loro presentazione agli uffici di esportazione, presentino ancora lo stato giuridico di mere "cose", nel senso in cui tale termine è comunemente utilizzato dal legislatore.



una vendita coattiva, da ricondurre alla categoria degli atti espropriativi in senso lato [84].

Tale inquadramento, tuttavia, si è prestato ad una serie di rilievi critici, da parte sia di quell'avveduta dottrina secondo la quale l'acquisto effettuato mediante l'esercizio della prelazione artistica conseguirebbe sempre ad una vendita volontaria [85] sia di quella giurisprudenza che ritiene inammissibile la comparazione tra le procedure ablative connesse alla tutela dei beni culturali e le ordinarie procedure espropriative [86].

In quest'ottica, l'atto di esercizio della prelazione si differenzierebbe dalle modalità di acquisto coattivo previste dal Codice, rappresentate dall'espropriazione e dall'acquisto all'uscita dal territorio nazionale, in quanto collegato all'iniziativa negoziale del proprietario [87]. Così, la prelazione artistica non sarebbe destinata ad operare qualora manchi la volontà della parte privata di alienare il bene culturale, che, rappresentando il presupposto per l'esercizio della stessa, ne impedirebbe l'accostamento alle figure di carattere espropriativo.

A ciò si aggiunga la difficoltà di assimilare il prezzo dovuto dallo Stato, a seguito dell'acquisto del bene in via di prelazione, all'indennizzo di esproprio. A tal riguardo, se è vero che il comma 2 dell'art. 60 prevede, nel caso in cui il bene sia alienato con altri per un unico corrispettivo o ceduto senza indicazione del prezzo o dato in permuta, che il valore economico venga determinato d'ufficio dal soggetto pubblico, è anche vero che l'alienante, qualora non condivida la determinazione ministeriale, vi si può opporre. In particolare, il legislatore del Codice, pur riproducendo quasi pedissequamente la formulazione testuale del precedente art. 59 del Testo unico, ha introdotto, *ex* art. 60, co. 3, la possibilità di rimettere la valutazione del prezzo ad un terzo, designato concordemente dall'alienante e dal soggetto prelazionario [88].

Il ricorso allo strumento privatistico della determinazione del terzo, ossia di un soggetto scelto dalle parti di comune accordo, ma estraneo alla vicenda, che, ai sensi

---

[84] C. ROSSANO, cit., p. 521; S. IVALD, *La prelazione artistica: manifestazione di un tipo peculiare di prelazione legale nell'esperienza italiana e in quella francese*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 523.

[85] S. PUGLIATTI, *Teoria dei trasferimenti coattivi (Introduzione)*, in *Scritti giuridici*, I, 1927-1936, Giuffrè, Milano, 2008, p. 106; G. PIVA, cit., p. 107.

[86] Corte cost., 20 giugno 1995, n. 269, cit.; da ultimo, v. Cons. Stato, sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, cit.

[87] In questo senso, v. N. ASSINI-G. CORDINI, cit., p. 150; G. FAMIGLIETTI-D. CARLETTI-G. VECCIA, *Commento all'art. 60 del d. lgs n. 42/2004*, cit., p. 271; D. CHINELLO, *La prelazione della P.A. in caso di alienazione di beni culturali*, in *Imm. propr.,* 2005, p. 389.

[88] A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, cit., pp. 173 s.



dell'art. 1349 cod. civ., procederà con equo apprezzamento alla quantificazione del prezzo, consente di supportare ulteriormente l'idea secondo la quale la prelazione artistica non possa essere ricondotta nella categoria dei trasferimenti di natura coattiva e, specificamente, tra le procedure espropriative, connotate, invece, dalla determinazione unilaterale dell'indennizzo da parte della pubblica amministrazione.

4.2. – A fronte dell'affermarsi della ricostruzione in chiave pubblicistica della prelazione artistica, merita di essere segnalato l'autorevole e, per certi versi, condivisibile tentativo di ricondurla allo schema negoziale.

In primo luogo, parte della dottrina contesta l'assunto secondo cui tale figura, per poter essere qualificata in termini di prelazione legale, debba avere, come aspetto caratterizzante, la parità tra le condizioni offerte dall'acquirente privato e quelle alle quali è ammesso ad acquistare il soggetto pubblico, con la conseguente surrogazione di quest'ultimo nella posizione del primo. In particolare, si osserva come, nella maggior parte delle ipotesi di prelazione di matrice legale, non siano richieste né la previa individuazione di un terzo acquirente né l'instaurazione di un accordo tra le parti [89]. Si pensi, ad esempio, alla prelazione concessa al conduttore, ai sensi dell'art. 38 l. n. 392/1978, sulla base della quale il locatore è tenuto a dare comunicazione del mero intendimento di trasferire il bene locato ad altri.

Peraltro, anche nei casi nei quali la denuncia obblighi l'alienante alla trasmissione di un contratto, come nella prelazione agraria in cui il proprietario deve notificare al coltivatore la proposta di alienazione, trasmettendogli il preliminare di compravendita, *ex* art. 8, co. 4, l. n. 590/1965, si ritiene che si tratti di prescrizioni aventi lo scopo di comunicare le condizioni alle quali l'alienante intende trasferire il bene, senza che da ciò derivi la possibilità di opporre al soggetto prelazionario le specifiche clausole del contratto stipulato con il terzo. Pertanto, anche qualora sussista un accordo con il terzo acquirente, il prelazionario instaurerebbe comunque con l'alienante un rapporto di tipo originario, senza che rilevi alcuna surrogazione.

Così, anche nella prelazione artistica non sembra ricorrere una fattispecie surrogatoria, in quanto l'esercizio della stessa nei termini previsti, che comporta il mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione, libera i contraenti dalle rispettive obbligazioni, consentendo all'alienante di rivolgersi al soggetto pubblico. In questo caso, il rappor-

[89] B. CARBONI, cit., p. 535 ss.



to tra alienante e prelazionario, al pari di ciò che avviene nelle altre ipotesi di prelazione legale, appare del tutto autonomo rispetto al preesistente negozio stipulato con il terzo acquirente [90].

In tale prospettiva, la denuncia di trasferimento, quale obbligo imposto all'alienante di offrire previamente l'acquisto del bene allo Stato, pare potersi assimilare, al pari di ciò che avviene negli altri casi di prelazione legale, ad una proposta contrattuale [91].

Da qui il tentativo di ricostruire anche l'atto di esercizio della prelazione in chiave privatistica, alla luce di un ulteriore indice sistematico, che nella disciplina vigente è stato espressamente contemplato dalla previsione di cui all'art. 61, co. 3, del Codice, secondo cui il provvedimento con cui l'amministrazione esercita tale diritto deve essere notificato all'alienante e all'acquirente e la proprietà del bene passa allo Stato a partire dalla data dell'ultima notifica. Così, si ritiene che, affinché la determinazione volitiva dell'amministrazione produca l'effetto traslativo, sia necessario che essa venga ritualmente portata a conoscenza del soggetto proponente [92]. In altri termini, se l'atto di esercizio della prelazione ha natura recettizia anche quando il diritto venga esercitato dallo Stato, allora, secondo tale ricostruzione, nella fattispecie in esame ricorrerebbe il medesimo meccanismo negoziale rilevabile nelle altre ipotesi di matrice legale. In particolare, l'adozione del provvedimento con cui l'amministrazione esercita la prelazione, che qualora si tratti di beni immobili rappresenta il titolo necessario per la trascrizione, in questo schema, si ridurrebbe ad una mera accettazione della proposta contrattuale formulata dall'alienante tramite la denuncia di trasferimento.

Pertanto, nel caso di specie, non verrebbe in rilievo un potere d'imperio, bensì l'esercizio di un diritto dalla legge riservato al soggetto pubblico, il quale non pone in essere alcuna attività di natura ablatoria, limitandosi a prestare il proprio consenso all'alienazione del bene culturale [93].

4.3. – Il problema dell'individuazione della natura giuridica della prelazione artistica, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di disciplina applicabile nonché di

---

[90] B. CARBONI, cit., p. 537.

[91] L. V. MOSCARINI, cit., p. 1013.

[92] Si tenga presente che nello stesso senso si interpretava l'art. 32 della l. n. 1089/1939, il cui comma 3 prevedeva che la proprietà passasse allo Stato "dalla data del provvedimento col quale è esercitata la prelazione".

[93] B. CARBONI, cit., pp. 534 s.



tutela giurisdizionale, oggi non può più essere affrontato attraverso la mera alternativa pubblico – privato.

Invero, alla luce del progressivo emergere di ambiti di contatto tra diritto privato e diritto pubblico, destinati a interagire creando momenti di coesistenza e di confronto, sorge la necessità di abbandonare schemi rigidi e partizioni limitanti, per inquadrare i profili che caratterizzano la fattispecie in un'ottica funzionale, attenta ai reali interessi in gioco [94]. In altri termini, si tratta di accedere all'idea, ormai pienamente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza nonché palesata nelle scelte del legislatore, secondo la quale esisterebbe un "terzo spazio" di rilevanza giuridica, nel cui ambito ricondurre quelle relazioni tra i privati e lo Stato che non possono qualificarsi esclusivamente né in termini contrattuali né alla stregua di attività amministrative discrezionali, ma che invece assumono una natura ibrida [95].

Proprio con riferimento alla prelazione artistica, è dato constatare come rilevi un'alternanza di momenti privatistico – negoziali e pubblicistico – provvedimentali [96], nessuno dei quali però merita di essere trascurato o ridimensionato, a vantaggio di una qualificazione netta della fattispecie ma eccessivamente semplificante. Si tratta, infatti, di una figura che, a ben guardare, si colloca in una zona di confine, il cui fondamento eminentemente pubblicistico non pare argomento sufficiente per escluderne l'assimilazione ad uno strumento consensuale, quale è, peraltro, considerata tradizionalmente la prelazione legale [97].

---

[94] In tal senso, v. S. PUGLIATTI, in *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e diritto amministrativo*, a cura di M. Trimarchi, Esi, Napoli, 2017, p. 199 ss. e spec. 227 s., il quale, già negli anni '70 del secolo scorso, affermava, partendo dal superamento delle classificazioni generiche e adottando un approccio metodologico analitico, che la coesistenza del diritto amministrativo e del diritto privato costituisse una fenomenologia ben più ampia e rilevante di quanto potesse sembrare.

[95] Sull'esistenza di istituti caratterizzati da un'intrinseca complessità e non qualificabili in armonia con il contesto in cui sono collocate, v. S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 720 ss. e spec. p. 744.

[96] L.V. MOSCARINI, cit., p. 1012 s.

[97] V. G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 26 ss., il quale riteneva, con riferimento alla prelazione contemplata dalla l. n. 1089/1939, che si trattasse di una fattispecie peculiare, la cui portata non poteva essere intesa attraverso un'interpretazione rigorosamente unilaterale. In quest'ottica, essa sembrava non prestarsi ad una qualificazione in termini di procedimento ablatorio, per poter essere più opportunamente ricondotta, considerata la necessità che si realizzasse il presupposto costituito dall'iniziativa privata, nello schema logico della prelazione legale. Si propendeva, dunque, per una visione mista, fondata sull'idea che su un procedimento privato se ne innestasse uno di natura amministrativa, che finiva, in conseguenza alla *ratio* pubblicistica dei poteri acquisitivi riconosciuti allo Stato, per condizionarne modalità ed effetti giuridici.



Così, se, in tempi meno recenti, la tesi della natura pubblicistica trovava giustificazione nella posizione di superiorità che lo Stato assumeva nella relazione con il privato, esercitando il proprio potere esclusivamente in forma individuale, oggi questo approccio risulta, per certi versi, anacronistico [98]. Cioè, la prelazione artistica interviene in un rapporto che il privato instaura con il soggetto pubblico, quale ente esponenziale dell'intera collettività, che, pur restando asimmetrico, nasce e si sviluppa in un contesto tendenzialmente paritario [99]. In altri termini, non può ritenersi che l'amministrazione, nell'avvalersi della prelazione, eserciti un potere speciale, ma semmai che rilevi la procedimentalizzazione dell'esercizio di un potere di cui è essa titolare, alla stessa stregua dei privati, in base alla sua autonomia negoziale [100].

In questa logica, l'amministrazione, per perseguire l'interesse pubblico, anziché porre in essere un'attività autoritativa, sceglie di avvalersi di uno strumento, che, pur non potendosi assimilare tecnicamente al contratto, presenta comunque la natura di un negozio giuridico [101].

---

[98] L'originaria elaborazione teorica del negozio si colloca in un contesto storico caratterizzato dalla contrapposizione tra l'individuo e lo Stato, che si traduce in una dialettica binaria tra i due poli opposti, rappresentati, da un lato, dalla libertà e dall'autonomia del singolo e, dall'altro, dalle esigenze e dalle prerogative dell'autorità statale (sul punto, v. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Cedam, Padova, 2001, p. 54). Per la ricostruzione dell'evoluzione storica dei rapporti tra Stato e privato, v. V. ROPPO, *Negozio giuridico, Stato, società civile. Sui rapporti tra teoria del negozio giuridico e teoria dell'atto amministrativo*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di C. Salvi, Feltrinelli, Milano, 1978, p. 201 ss.

[99] V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 20, rileva, peraltro, come emerga già dal sistema costituzionale, corroborato dal diritto europeo, una concezione fondata su un'idea di amministrazione paritaria, nella quale l'esercizio dei poteri autoritativi, che corrisponde all'eccezione e non alla regola, è circoscritto ai casi espressamente previsti dalla legge, a loro volta limitati dalla stretta necessità.

[100] Sulla capacità giuridica di diritto privato degli enti pubblici, v. S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 139 ss. In proposito, v. anche C. CASTRONOVO, cit., pp. 665 s., il quale, adottando una prospettiva, in cui la responsabilità rappresenta il momento emblematico del passaggio da una logica di diritto pubblico a una di diritto privato, osserva come l'autonomia, intesa come potere di modellare il rapporto che l'amministrazione accetta di esercitare insieme al soggetto privato, diventi il "luogo di elezione di una pur parziale civilizzazione della prima, nella quale il principio di autorità cede a quello di solidarietà e il rapporto nasce all'insegna della collaborazione, come modo il più congruo per evitare la perniciosa responsabilità".

[101] Sull'adozione del modello negoziale in ambito pubblicistico, v. A. NERVI, *Profili strutturali degli accordi ex artt. 11 e 15 legge 241/90*, in F. GIGLIONI-A. NERVI, *Gli accordi delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 14, Esi, Napoli, 2019, p. 47 ss., il quale osserva come oggi si apra dinanzi al giurista contemporaneo uno scenario rinnovato, in cui il rapporto tra polo pubblico e polo privato si è arricchito di contenuti molteplici, segnando un profondo mutamento di prospettiva rispetto all'impostazione tradizionale. In particolare, alla luce della recente evoluzione dell'or-



E ciò, in primo luogo, in quanto è evidente come il trasferimento del bene in capo al prelazionario derivi sempre da una vendita volontaria [102], in cui l'alienante, che continua a godere, come nelle altre ipotesi di prelazione di matrice legale, della libertà di contrarre, è solo vincolato, per legge, in rapporto alla scelta dell'acquirente. Peraltro, anche in questo caso, si tratta di un vincolo destinato a venir meno qualora lo Stato non eserciti il diritto di prelazione [103].

Pertanto, il procedimento che può sfociare nell'acquisto della proprietà da parte del soggetto pubblico trae origine da un atto del privato, quale è la denuncia di trasferimento di cui all'art. 59 del Codice dei beni culturali, assimilabile, al pari di ciò che avviene nelle altre ipotesi di prelazione legale, ad una proposta contrattuale. In particolare, così come previsto dall'art. 38, co. 2, l. n. 392/1978, con riferimento alle modalità attraverso le quali deve effettuarsi la denuncia al conduttore di immobile destinato ad uso commerciale, essa consiste nell'indicazione degli elementi essenziali, tassativamente indicati dalla legge, del contratto di alienazione [104] ed è diretta a consentire all'amministrazione di esercitare il diritto di prelazione.

In modo non dissimile da quella del conduttore o del coerede, la denuncia rappresenta, quindi, l'atto con cui l'alienante manifesta la sua volontà di trasferire ad altri il bene, con la conseguenza che, qualora manchi o si consideri come non avvenuta, in quanto risulti priva degli elementi richiesti o presenti informazioni incomplete o imprecise, sarà preclusa al soggetto pubblico, una volta che sia decorso anche il termine previsto per l'esercizio tardivo *ex* art. 61, co. 2, del Codice, la possibilità di attivarsi per l'acquisto [105].

Se alla denuncia non segue alcuna iniziativa dello Stato, la proprietà del bene passerà all'acquirente automaticamente, allo scadere del termine di sessanta giorni [106], pendente il quale l'art. 61, co. 4, espressamente stabilisce una sospensione dell'efficacia dell'atto

---

dinamento giuridico, si assiste ad un recupero della negozialità, a seguito del diffondersi e del consolidarsi di strumenti operativi di natura consensuale, per la cui qualificazione in un'ottica sistematica non è possibile fare riferimento solo alla nozione di contratto.

[102] In questo senso, v. Corte cost., 20 giugno 1995, n. 269, cit.

[103] S. PUGLIATTI, *Teoria dei trasferimenti coattivi (Introduzione)*, cit., p. 106.

[104] Invero, la denuncia non consiste necessariamente nella trasmissione del contratto preliminare, come previsto nella prelazione agraria, *ex* art. 8 l. n. 590/1965.

[105] B. CARBONI, cit., p. 533.

[106] Il diritto di prelazione, ai sensi dell'art. 61, co. 1, può essere esercitato nel termine perentorio di sessanta giorni dalla data di presentazione della denuncia da parte del soggetto alienante, non rivestendo alcuna rilevanza qualsiasi altra fonte da cui ne abbia tratto conoscenza. In tal senso, si è espresso il Consiglio di Stato, con riferimento all'interpretazione delle previsioni di cui agli artt. 30 e 32 della l. n. 1089/1939 (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 1997, n. 1489, in *dejure.it*).



di alienazione [107]. Qualora, invece, l'amministrazione decida di accogliere la proposta formulata dall'alienante, adotterà un provvedimento acquisitivo della proprietà del bene, destinato a produrre effetti corrispondenti a quelli dell'atto di alienazione già concluso, ma sospensivamente condizionato. In questa ipotesi, è evidente come il soggetto pubblico si muova in un contesto paritario, in cui gli è riconosciuta, *ex* art. 60, co. 1, del Codice, la facoltà di acquistare in via di prelazione il bene culturale "al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione o al medesimo valore attribuito nell'atto di conferimento" [108]. Si riscontra, quindi, la sussistenza di uno scambio, connotato, tendenzialmente, dalla parità tra le condizioni offerte dal terzo acquirente e quelle alle quali è ammesso a contrattare il soggetto pubblico prelazionario, che non pare concepito per essere destinato ad incidere negativamente sulla sfera giuridica dell'alienante, comprimendo la sua libertà di disposizione ovvero alterando il risultato economico che deriva dall'atto di alienazione. Non sembra, peraltro, presentare alcuna rilevanza, con riferimento alla fondatezza di tale ricostruzione, il dato relativo all'avvenuta stipula del contratto di alienazione con il terzo acquirente, che nell'impostazione tradizionale viene utilizzato per distinguere la prelazione artistica dalle altre ipotesi di prelazione legale e sostenerne la natura pubblicistica.

Quanto, poi, alle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di denuncia, si configura un congegno che, pur fondato sulla nullità dell'atto di alienazione, pare assimilabile, sul piano degli effetti che ne conseguono, al diritto di retratto delineato con riferimento alle altre ipotesi di matrice legale. Invero, in tal caso, lo Stato, unico soggetto legittimato a far valere la nullità, può scegliere di avvalersi della tutela reale apprestata dal legislatore, proprio esercitando il diritto di prelazione, *ex* art. 164, co. 2 [109], ossia attraverso un meccanismo procedimentalizzato, a conclusione del quale gli sarà concesso di ottenere il trasferimento della proprietà del bene, riscattandolo dal terzo acquirente.

Nell'ambito della fase di contrattazione, invero, rilevano anche dei momenti nei quali

---

[107] In dottrina si è tentato di ricondurre la sospensione dell'efficacia del contratto al meccanismo operativo della presupposizione, nel senso che il mancato esercizio della prelazione, anziché rappresentare l'evento dedotto in condizione, riguarderebbe un potere dell'amministrazione, immanente nella disciplina del trasferimento dei beni culturali a titolo oneroso e il cui manifestarsi sarebbe indipendente dalla volontà delle parti (cfr. P. DE MARTINIS, cit., p. 1016).

[108] Già l'art. 31 della l. 1 giugno 1939, n. 1089, disponeva che, nel caso di alienazione a titolo oneroso, il Ministro avesse "facoltà di acquistare la cosa al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione" o, nell'ipotesi in cui le cose fossero state alienate insieme ad altre per un unico corrispettivo, secondo il prezzo stabilito d'ufficio dal Ministro.

[109] In questo senso, v. M. PLASMATI, cit., pp. 790 s.



la disciplina pare risentire del carattere asimmetrico della relazione tra lo Stato e il privato, nella misura in cui alcune previsioni sembrano dirette a rafforzare la posizione del soggetto pubblico. Si pensi, ad esempio, all'art. 60, co. 2, che consente al prelazionario, qualora il bene sia alienato con altri per un unico corrispettivo o sia ceduto senza la previa determinazione del corrispettivo in denaro o sia dato in permuta, di stabilirne d'ufficio il valore economico. Tuttavia, anche in questa ipotesi, il legislatore tenta di realizzare un contemperamento tra le istanze pubblicistiche e le ragioni privatistiche, prevedendo, nel caso in cui le parti non si accordino con riferimento al valore economico della cosa alienata, il ricorso alla determinazione del terzo, che procederà, *ex* art. 1349 cod. civ., con equo apprezzamento [110].

L'effetto traslativo è poi destinato a prodursi, secondo quanto disposto dall'art. 61, co. 3, "alla data dell'ultima notifica", ossia nel momento in cui, come nelle altre ipotesi di matrice legale, l'alienante riceva notizia dell'intenzione dell'amministrazione di acquistare il bene, avvalendosi del diritto di prelazione. Anche in tal caso, la previsione della tassatività del termine entro cui deve essere notificato il provvedimento all'alienante e all'acquirente denota l'attenzione del legislatore alla tutela delle ragioni privatistiche.

Tale tendenza emerge, inoltre, nella previsione di un termine tassativo entro il quale il soggetto pubblico può avvalersi del suo diritto anche tardivamente, ai sensi dell'art. 61, co. 2, evitando che, in caso di irregolarità della denuncia, sussista in capo all'amministrazione un potere eccessivamente ampio, in quanto esercitabile *ad libitum*, con un'inaccettabile ingerenza nella sfera giuridica del proprietario del bene [111]. Nella stessa logica sembra, peraltro, concepita la previsione del diritto del terzo acquirente di recedere dal contratto, qualora l'amministrazione eserciti una prelazione parziale, di cui all'art. 61, co. 6.

---

[110] Si tenga presente che rappresenta una novità la procedura, delineata ai commi 3 e 4 dell'art. 60, per la determinazione del "valore economico della cosa", qualora l'alienante non accetti il prezzo stabilito d'ufficio. In questo caso, alle valutazioni della commissione di tre membri, prevista dalla legge Bottai e riprodotta nel Testo unico, il Codice sostituisce la "determinazione del terzo", ossia di un soggetto estraneo alla vicenda e scelto concordemente dalle parti, che, ai sensi dell'art. 1349 cod. civ., "deve procedere secondo equo apprezzamento". Peraltro, da tale norma sono state mutuate anche le disposizioni che prevedono la nomina del terzo da parte del Presidente del Tribunale (del luogo di conclusione del contratto), qualora non vi sia accordo tra le parti ovvero il terzo designato non voglia o non possa accettare l'incarico, nonché l'impugnabilità della determinazione del terzo in caso di errore o di manifesta iniquità. Cfr. G. FAMIGLIETTI-D. CARLETTI-G. VECCIA, *Commento all'art. 60 del d. lgs n. 42/2004*, cit., pp. 272 s., in cui si rileva come la previsione della determinazione del valore economico da parte del terzo appaia una soluzione più agevole nella pratica e, con ogni probabilità, più rispettosa delle ragioni dell'alienante.

[111] In proposito si rinvia al par. 3.1.



Appare, pertanto, chiaro, soprattutto alla luce dell'attuale tendenza ad ammettere e ad accreditare l'adozione di modelli ricostruttivi propri del diritto civile anche in ambito pubblicistico [112], che, a seguito della denuncia, si instauri tra l'amministrazione e il privato un rapporto, seppur asimmetrico, di tipo consensuale, che sfoci poi nell'adozione del provvedimento amministrativo di prelazione. In altri termini, sembrerebbe che l'amministrazione, nell'esercitare il diritto di prelazione artistica, lungi dall'agire in via autoritativa, si attivi utilizzando uno schema negoziale funzionalmente orientato al perseguimento di un interesse pubblico [113].

Così, seguendo questa linea ricostruttiva e accedendo all'idea secondo la quale il potere amministrativo discrezionale si gioverebbe, in un'ottica complessa, di nuove forme attraverso le quali manifestarsi, si consentirebbe all'amministrazione di adottare una scelta, quale quella relativa all'esercizio del diritto di prelazione artistica, realmente fondata sulla ponderazione tra interesse pubblico e interesse privato.

---

[112] La dottrina amministrativa tradizionale riteneva assoluta l'inconciliabilità dell'esercizio del potere pubblico, tipico del modo di agire delle pubbliche amministrazioni, con l'adozione di atti negoziali, affermando la necessaria separazione tra il momento funzionale e quello dell'esercizio dell'autonomia (in tal senso, v. P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1972, *passim*). Oggi, invece, può dirsi largamente condivisa, sia in dottrina sia in giurisprudenza, l'opportunità di abbandonare tali posizioni. In dottrina, v., tra gli altri, F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, *Giuffrè*, Milano, 2002, p. 29; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Esi, Napoli, 1999, p. 125 ss. In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. un., 24 maggio 2013, n. 12901, in *dejure.it*; Cass. civ., sez. un., 30 novembre 2012, n. 21348, in *dejure.it*.

[113] V. F. GIGLIONI, *Gli accordi in generale*, in F. GIGLIONI-A. NERVI, *Gli accordi delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., p. 8 ss., il quale, nel delimitare lo spazio "terzo" da ritenersi ormai riservato agli accordi della pubblica amministrazione di cui agli artt. 11 e 15 della l. 7 agosto 1990, n. 241, rileva come l'attività negoziale della pubblica amministrazione non possa essere considerata scissa dal tratto identitario dell'azione pubblica, consistente nel perseguimento di un interesse pubblico. In altri termini, il carattere funzionale di tale attività non comporta l'uniformità degli esiti giuridici ai quali si perviene a conclusione dei procedimenti amministrativi. In quest'ottica, l'esercizio dell'attività negoziale da parte della pubblica amministrazione se, da un lato, è assimilabile, tranne che per le procedure adottate, a quella posta in essere dai privati, dall'altro, ha una portata più estesa, in quanto diretta alla cura dell'interesse pubblico. Ne deriva la configurabilità di negozi giuridici funzionalmente condizionati, attraverso i quali l'amministrazione esercita il proprio potere adottando un modello consensuale.

JUS CIVILE



GIUSEPPE MARINO

Ricercatore di Diritto privato – Università di Palermo

IL CONTRATTO DI INVESTIMENTO ASSICURATIVO ALL'INTERSEZIONE TRA ORDINAMENTO ASSICURATIVO E FINANZIARIO

SOMMARIO: *1. Nuovi impieghi delle polizze assicurative sul mercato finanziario: i prodotti di investimento assicurativi. – 2. Il processo di "finanziarizzazione" delle polizze di assicurazione sulla vita. – 3. Profili innovativi della disciplina generale dei prodotti assicurativi alla luce del recepimento della* Insurance Distribution Directive*. – 4. La nuova regolamentazione dei prodotti di investimento assicurativo tra ordinamento assicurativo e finanziario. – 5. Dal tipo sociale e giurisprudenziale delle polizze* linked *al tipo normativo del contratto di investimento assicurativo. – 6.* Segue*. – 7. Il paradigma codicistico del contratto di assicurazione sulla vita. – 8. Elasticità del tipo e autonomia privata: il contratto di investimento assicurativo con causa puramente speculative. – 9.* Segue*. Il contratto di investimento assicurativo con causa complessa speculativo-previdenziale. – 10. La disciplina dei contratti di investimento assicurativo tra normativa dell'intermediazione finanziaria e codice civile. – 11. Prodotti assicurativi, prodotti finanziari ed evoluzione del mercato finanziario.*

1. – La materia assicurativa è, di questi tempi, agitata da un notevole fermento, particolarmente accentuato in taluni ambiti tradizionalmente non appannaggio del contratto di assicurazione nella conformazione recata dal codice civile.

Tale fermento scaturisce, anzitutto, dalle dinamiche dei mercati e dalla capacità del comparto assicurativo di conquistare territori "nuovi" rispetto a quelli battuti con l'assicurazione contro i danni e sulla vita, nelle loro già molteplici declinazioni [1]. Ne è un sag-

[1] Epifania dell'espansione delle imprese assicurative in settori di mercato confinanti si ritrova nella crescente offerta, nel contesto continentale e interno, di polizze assicurative che si accompagnano all'erogazione di un finanziamento – in specie destinato a un consumatore – e si collocano *a latere* delle garanzie in senso stretto prestate dal sovvenuto. Alcuni interventi normativi nazionali hanno inciso proprio sulla disciplina delle polizze assicurative abbinate a mutui o altre forme di credito: così in seno al codice del consumo è stato introdotto nel 2011 (dall'art. 36-*bis*, comma 1°, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, c.d. Decreto Salva Italia), all'art. 21 concernente le pratiche commerciali ingannevoli, il comma 3-*bis*, il quale prescrive che "è considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una



gio l'espansione delle compagnie assicurative nel mercato dei servizi *lato sensu* finanziari, mediante la diffusione di una variegata famiglia di polizze sulla vita c.d. *linked*, le quali si connotano per la spiccata componente finanziaria conferita dal diretto collegamento tra il premio corrisposto dal cliente e l'investimento in quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero con il valore di altri indici di riferimento [2].

A far da *pendant* all'evoluzione del mercato assicurativo, si registra una marcata attenzione alla materia anche sul versante della produzione normativa di matrice europea, consegnata da ultimo alla *Insurance Distribution Directive* (dir. Ue 2016/97, di seguito anche *IDD*) e ai relativi regolamenti di attuazione [3], con cui si è messo mano a una complessiva revisione della disciplina della "distribuzione assicurativa" e, specificamente, alla definizione di una mirata regolamentazione dei c.d. "prodotti di investimento assicu-

---

polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario". A distanza di pochi giorni, il legislatore ha stabilito che, in primo luogo, l'obbligo per i mutuanti (banche, istituti di credito e intermediari finanziari) che "condizionano l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita" di sottoporre al mutuatario almeno due preventivi; ha imposto, inoltre, che tali preventivi debbano riguardare prodotti assicurativi emessi da due differenti gruppi assicurativi non riconducibili ai mutuanti medesimi; ed, infine, ha sancito che, in ogni caso, il cliente è libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita che preferisce e la banca è tenuta ad accettarla senza mutare le condizioni offerte per l'erogazione del credito (così l'art. 28, comma 3°, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, c.d. Decreto liberalizzazioni). Senza pretese di completezza in dottrina cfr. TINA, *Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento (art. 125-sexies t.u.b.) mediante attivazione della copertura assicurativa,* in *Giur. comm*., 2018, 789 ss.; LO VOI, *Auto ed etero regolazione ai tempi delle* Authorities*. Il caso delle polizze connesse ai contratti di finanziamento*, in *Oss. Dir. civ. comm*., 2018, 461 ss.; LANDINI, *Contratti di finanziamento collegati a contratti bancari e tutela dell'assicurato*, in *Assicurazioni*, 2016, I, 5 ss.; SIRI, *La protezione dell'assicurato mutuatario nel codice del consumo*, in AA.VV., *Le assicurazioni abbinate ai finanziamenti*, a cura di Marano-Siri, Milano, Milano, 2016, 2016, 43 ss.; MARTINA, *Le caratteristiche delle garanzie assicurative*, ivi, 77 ss.; PIRILLI, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra tutela del cliente ed equilibrio di mercato*, in *Contr.*, 2013, 943 ss.; QUARTA, *Estinzione anticipata dei finanziamenti a tempo determinato e modulazioni del costo del credito (commissioni di intermediazione, oneri assicurativi e penalità)*, in *Riv. dir. banc*., 2013; CALEO, *Polizze assicurative connesse ai mutui e garanzie del credito*, in *Obbl. contr.*, 2012, 767 ss.; ID., *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, ivi, 906 ss. Sul tema dell'assicurazione del credito v. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito. Prospettive di comparazione*, Milano, 2003. In generale sulle tendenze evolutive più recenti nel mercato assicurativo si veda AA.VV., *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, a cura di Landini-Ruggeri, Napoli, 2018.

[2] Questi i termini della definizione del c.d. ramo III delle assicurazioni sulla vita, dettata dall'art. 2 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, c.d. codice delle assicurazioni private, sulla quale si tornerà oltre.

[3] Il riferimento corre, per ciò che qui interessa più da vicino, al Reg. (UE) 2017/2359, che disciplina gli obblighi di informazione e le norme di comportamento applicabili alla distribuzione di prodotti di investimento assicurativi.



rativi". Abrogata la previgente direttiva 2002/92/CE in materia di intermediazione assicurativa [4], la nuova normativa ora ne prosegue le linee di azione, ora se ne distacca, convergendo – come si vedrà più da vicino lungo l'analisi – verso regole e costrutti normativi già sperimentati dal legislatore europeo in altre discipline dei mercati regolati, dal credito mobiliare e immobiliare al consumatore ai servizi di investimento. Il recepimento della *IDD* nell'ordinamento interno, avvenuto ad opera del d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68, ha profondamente inciso sull'impianto generale del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, *infra* anche Cap) [5]. A livello della normativa secondaria, alla quale com'è noto è demandata un'ampia fetta della regolamentazione della materia, l'Autorità di vigilanza del settore ha provveduto a un generale riordino della disciplina di riferimento con l'adozione del regolamento n. 40/2018 IVASS.

Riflesso del moto evolutivo che, come accennato, contrassegna il mercato assicurativo e la legislazione di settore, si scorge anche nell'elaborazione giurisprudenziale. Al centro della scena giurisprudenziale municipale hanno campeggiato le decisioni concernenti la clausola c.d. *claims made* nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, tema giunto, in una sorta di *climax*, per due volte nel giro di tre anni dinanzi alle Sezioni Unite [6]. Le pronunce hanno dato risposta agli interrogativi concernenti l'ammis-

---

[4] Sulla quale v. VOLPE PUTZOLU, *L'attuazione della direttiva sulla intermediazione assicurativa. Doveri e responsabilità degli intermediari*, in *Ass.*, 2004, I, 329; PARACAMPO, *Direttiva 2002/29/CE sull'intermediazione assicurativa e prospettive di adeguamento*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XXI, a cura di Antonucci, Torino, 2004, spec. p. 76 ss.

[5] Per una visione d'insieme dell'impatto della *Insurance Distribution Directive* nell'ordinamento interno si veda BRIZI, *Le nuove categorie normative in materia di prodotti assicurativi finanziari*, in *Danno e resp.*, 2019, 24 ss.; MORELLO, *Le nuove misure per l'innalzamento della qualità del servizio di distribuzione assicurativa*, in *Corr. Giur.*, 2018, 1477 ss.

[6] La vicenda giurisprudenziale si è intersecata con gli interventi del legislatore interno che si è segnalato per una (non consueta) vitalità nella legiferazione su profili afferenti al contratto di assicurazione, in particolare lì dove, con sempre maggior frequenza, esso intercetta la traiettoria della responsabilità civile: il riferimento corre, in primo luogo, alla previsione generale che, com'è noto, ha imposto l'obbligo per i professionisti di "stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale" a tutela dei clienti (si tratta del comma 5° dell'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011, (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148 del 2011, come successivamente novellato dall'art. 1, comma 26°, l. n. 124 del 2017) sulla cui scia il nuovo ordinamento della professione forense ha prescritto espressamente per gli avvocati analogo obbligo di assicurazione per la responsabilità civile (così ha disposto l'art. 12, comma 1°, l. 31 dicembre 2012, n. 247, che ha poi demandato al Ministro della giustizia la previsione e l'aggiornamento delle condizioni essenziali della relativa polizza). E ancora, in tempi più recenti, il complessivo ripensamento della disciplina della responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, operato dalla l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Gelli-Bianco), all'art. 10 ha sancito l'obbligo delle strutture sanitarie di assicurazione per la responsabilità civile verso i terzi e i prestatori d'opera, esteso alla copertura degli esercenti le professioni sanitarie di cui le strutture medesime si avvalgano. Siffatte previsioni – le quali, in generale, segnano un avanzamento della



sibilità di un meccanismo assicurativo della responsabilità civile difforme da quello consacrato dalla disciplina codicistica all'art. 1917 cod. civ., la meritevolezza degli interessi in tal modo perseguiti dalle parti a mente dell'art. 1322 cod. civ. e, in estrema sintesi, la validità sotto diversi profili della clausola suddetta [7]. A fianco di questa defatigante vicenda, intorno alle menzionate polizze *linked* si è coagulata un'abbondante produzione giurisprudenziale, tanto europea che interna – sulla quale si soffermerà l'attenzione nel prosieguo – che si è appuntata, principalmente, sul profilo della qualificazione di tali contratti e sulla conseguente individuazione della disciplina ad essi applicabile.

Nel corso dello studio si volgerà, in particolare, lo sguardo verso le questioni concernenti i c.d. "prodotti di investimento assicurativi", alla luce delle novità apportate dalla *Insurance Distribution Directive* e dalla normativa interna di attuazione sia primaria che secondaria. Preliminarmente, si proverà a dare sistemazione al "gioco" di fonti e di regole che danno forma, in quest'ambito, a un quadro normativo estremamente articolato: in esso la disciplina si disloca presso fonti diverse sia su un piano orizzontale che verticale,

---

linea di obbligatorietà del congegno assicurativo per coloro i quali, in ragione dell'esercizio di attività professionali, si trovano particolarmente esposti alla commissione di illeciti produttivi di danni nei confronti di terzi – sono venute alla ribalta dei repertori giurisprudenziali per aver adottato un modello di assicurazione imperniato sulla clausola c.d. *claims made*: la quale, com'è noto, opera in funzione della circostanza che nel periodo di vigenza della polizza intervenga una domanda di risarcimento da parte del terzo danneggiato (il c.d. *claim*, purché poi inoltrato dall'assicurato al proprio assicuratore), così derogando al paradigma di assicurazione della responsabilità civile delineato dall'art. 1917 cod. civ., comma 1°, c.d. *loss occurrence* o *act committed* che, invece, si riferisce a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nell'arco temporale di operatività del contratto, quale che sia il momento in cui la richiesta di danni venga avanzata. Per uno sguardo complessivo su queste novità normative si veda *ex plurimis* U. SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *NGCC*, 2018, II, 1678; GAZZARA, , *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli avvocati*, in in *Contr. e impr.*, 2017, 988 ss.; SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e resp.*, 2017, 301 ss.

[7] Si tratta di due note sentenze a Sezioni Unite della Cassazione, la prima del 24 settembre 2018, n. 22437, in *Corr. Giur.*, 2019, con nota di D'AURIA, *Polizze* claims made*: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, 28 ss. Si vedano i commenti di CORRIAS, *Le clausole clausole* claims made. . *Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite,* in *NGCC*, I, 147 ss.; DE LUCA, *Clausole* claims made*: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare*, ivi, 78; A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione* claims made, ivi, 70 ss.; RIVA, *L'ultima parola delle sezioni unite della Cassazione – in materia di clausole* claims made, in *Contr. impr.*, 2019, 9 ss. La seconda del 6 maggio 2016, n. 9140, in *BBTC*, 2016, II, 643 ss., con nota di CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, 656 ss. In tema cfr. VERNIZZI, *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative "retroattive"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 861 ss.; GUARNERI, *Le clausole* claims made *c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, ivi, 1238 ss.; CARNEVALI, *La clausola* claims made *nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2016, 753 ss.; CALVO, *Clausole* claims made *fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 927. Per un panorama generale delle questioni v. A. CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole* claims made, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 685 ss.



la cui evoluzione appare, almeno *prima facie*, sospinta da una forza, per così dire, *centrifuga* rispetto al codice civile. Appare opportuna, allora, un'operazione di coordinamento tra plessi normativi dai quali traspaiono sensibilità, *rationes* e obiettivi inevitabilmente distanti: da un canto, la disciplina del codice civile, pensata sulla conformazione e regolamentazione del tipo (o dei tipi) contratto di assicurazione concepito quale atto di autonomia privata e quale conseguente rapporto negoziale; dall'altro, la legislazione settoriale assicurativa sia primaria che secondaria, per lo più di derivazione europea, imperniata su *policies* di regolazione delle svariate attività dei "distributori assicurativi" e dell'offerta sul mercato di "prodotti assicurativi", integrata con la disciplina dell'intermediazione finanziaria che viene in esponente ogni qualvolta sia prestato un servizio di investimento, sempre più orientata all'edificazione di un diritto europeo del mercato finanziario *lato sensu* inteso [8].

Ci si interrogherà, altresì, sull'atteggiarsi dei rapporti tra questo complesso apparato normativo e l'autonomia privata, sotto una duplice angolazione: per un verso, per illuminare gli spazi di libertà che l'ordinamento riserva nella conformazione dei "prodotti" da immettere sul mercato agli operatori professionali i quali, in questo settore, hanno trainato l'innovazione della prassi contrattuale talora creando *ex novo* segmenti di mercato e schemi contrattuali, proprio come nel caso delle polizze *linked*; per altro verso, allo scopo di definire i limiti imposti dalla legge all'autonomia negoziale, precipuamente preordinati al rafforzamento della tutela dei clienti in una materia caratterizzata dalla accentuata complessità e rischiosità della relazione contrattuale [9].

---

[8] Senza tralasciare, inoltre, l'impatto trasversale della normativa consumeristica, qualora soggettivamente e oggettivamente applicabile. Sull'intrecciarsi delle fonti normative nella materia assicurativa si vedano in letteratura, pur con differenti prospettive, P. PERLINGIERI, *Il diritto delle assicurazioni nel sistema ordinamentale*, in *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, cit., 313 ss.; VOLPE PUTZOLU, *Contratto di assicurazione, impresa assicuratrice e distribuzione tra Costituzione, codice civile, codici di settore e regolamenti dell'autorità di controllo,* ivi, 15 ss.; CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1749 ss.; A.D. CANDIAN, *Il nuovo Codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e "resistenze"*, in *Contr. impr.*, 2006, 1300 ss.

[9] Nel dibattito dottrinale sul tema della tutela dell'autonomia privata, in specie declinata nel contratto c.d. asimmetrico, si veda la riflessione di CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 39 e 49, secondo cui tradizionalmente essa sconta la prospettiva della sola parte che, per la posizione di forza che ricopre nella dinamica della contrattazione, sia in grado di imporre all'altra i contenuti dell'assetto di interessi avuto di mira. Rispetto a tale impostazione, ritenuta unilaterale e distorta, l'A. ne contrappone un'altra per la quale il riconoscimento e la tutela dell'autonomia privata imponga un concetto essenzialmente bilaterale, per cui "non evoca il potere di una parte sull'altra, ma quello di ambedue, nella misura in cui consenta a ciascuna di esercitare la propria signoria della volontà": possono essere, pertanto, predicati anche rispetto alla posizione della parte debole del rapporto, la cui sfera di autonomia deve



L'idea di fondo che muove la riflessione è cogliere la spinta al rinnovamento che contrassegna le discipline dei contratti volti alla prestazione di servizi assicurativi e di investimento, nel quadro delle politiche europee e interne di regolazione delle attività di distribuzione e intermediazione assicurativa e mobiliare sul mercato finanziario. Lungo questa linea di indagine, si intende assumere la specola privilegiata di un "territorio di frontiera", qual è quello occupato dai prodotti di investimento assicurativi, e sottoporre a scrutinio l'ipotesi ricostruttiva della venuta alla luce di un nuovo tipo contrattuale, del quale occorre identificare gli elementi strutturali e funzionali caratterizzanti e la disciplina applicabile. Al crocevia tra mercato dei servizi assicurativi e dei servizi finanziari, tra polizza assicurativa e contratto di investimento, lì dove cioè l'architettura del prodotto assicurativo appare *piegata* alla realizzazione di effetti giuridici e al conseguimento di risultati economici non corrispondenti a quelli reputati tradizionalmente propri del contratto di assicurazione, si osserverà infatti il passaggio dalle *antiche* relazioni con la disciplina codicistica dell'assicurazione alle *nuove* convergenze con altre normative finitime dei mercati regolati, in particolare dell'intermediazione finanziaria.

2. – La riflessione prende le mosse dall'osservazione dei cambiamenti che hanno segnato e segnano l'attività assicurativa, in particolare nel comparto dell'assicurazione sulla vita. Quest'ultimo ha tradizionalmente veicolato la capacità dell'impresa assicurativa di raccogliere il risparmio diffuso tra il pubblico. [10] Nella letteratura giuseconomica è condivisa la raffigurazione di un processo di trasformazione di questo settore del mercato assicurativo continentale e nazionale, al quale faceva da sfondo lo scenario economico degli anni Settanta del secolo scorso, sferzato, com'è noto, da forti tendenze inflattive [11].

essere garantita dalla compressione che la maggior forza, contrattuale o informativa, della controparte rischia di determinare. Sul punto v. C. SCOGNAMIGLIO, *L'autonomia contrattuale e la legge*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 315, secondo cui "il tema dei rapporti tra legge ed autonomia privata deve essere visto, tanto più in una prospettiva di diritto privato europeo, anche alla luce delle relazioni tra il singolo atto di autonomia privata ed il mercato, e, dunque, della possibilità che la disciplina del concreto contratto "sporga" sino a farsi componente della stessa tecnica regolativa del mercato".

[10] I dati economici relativi al 2018 riportati dal Sole24ore mostrano come quasi un quinto del risparmio italiano è allocato in prodotti emessi e distribuiti da intermediari assicurativi.

[11] Per una descrizione del fenomeno nei suoi diversi stadi cfr. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazioni sulla vita, fondi assicurativi e fondi comuni di investimento*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 228 ss.; MIOLA, *Il risparmio assicurativo*, Napoli, 1988, 24 ss.; BUGIOLACCHI, *L'assicurazione vita*, in *Le assicurazioni private*, a cura di Alpa, Giur. sist. civ. e comm. fondata da Bigiavi, 3, Torino, 2006, 2713 ss.; PIRAS, *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011, 1 ss.; IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, vol. X, Padova, 2011, 432 ss.; GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni. L'impresa –*



La conseguente erosione del potere d'acquisto della moneta, da un canto, rendeva la prestazione assicurativa, generalmente prefissata *ab initio* nel suo ammontare e per sua stessa natura proiettata nel tempo rispetto alla conclusione del contratto, inidonea al soddisfacimento dei bisogni della vita dell'assicurato; d'altro canto, la svalutazione monetaria determinava notevoli inconvenienti anche per l'impresa assicurativa, la quale, garantendo l'erogazione di un capitale *invariabile* e indipendente dalla *performance* degli impieghi cui i premi stessi venivano destinati, si sobbarcava un maggior rischio, riverberantesi sulle c.d. riserve matematiche accantonate [12]. Un simile andamento ingenerava una crisi di domanda sul mercato delle polizze sulla vita, i cui i rendimenti risultavano poco competitivi rispetto agli ordinari strumenti finanziari e in concreto ostativi al raggiungimento della finalità previdenziale normalmente attesa dall'assicurato [13].

I primi modelli di polizze sulla vita c.d. rivalutabili – che si diffondono dapprima negli anni '50 nel mercato finanziario anglo-americano e, successivamente, in quello continentale – vedevano la luce come risposta all'esigenza di rendere più appetibile l'impiego del risparmio assicurativo, allo scopo di garantirne quantomeno la tenuta di potere economico nell'arco di tempo su cui naturalmente si dispiega il rapporto assicurativo [14]. Il punto di rottura di questa parabola evolutiva è, tuttavia, rappresentato dall'ingresso sulla scena delle c.d. polizze *linked* nel mercato assicurativo angloamericano e, a partire dalle

---

I Contratti, in *Tratt. dir. comm.*, fondato da Buonocore, diretto da Costi, III, 3, Torino, 2013, 384; CAMEDDA, *La tutela precontrattuale dei sottoscrittori di polizze linked stipulate prima delle riforme del t.u.f.*, in *BBTC*, 2014, 448 ss.

[12] Com'è noto, la disciplina delle riserve matematiche consente all'impresa assicurativa di garantire la certezza delle prestazioni promesse, qualunque sia stata la redditività dei beni che quella riserva vanno a costituire sulla base di una gestione il cui rischio, almeno in via ordinaria, è assunto dall'impresa assicurativa medesima. In tema cfr. MIOLA, *Il risparmio assicurativo*, cit., 88.

[13] Già FANELLI, *Assicurazione sulla vita e intermediazione finanziaria*, in *Ass.*, 1986, 202 ss., notava come la progressiva finanziarizzazione delle polizze di assicurazione sulla vita ne era condizione di sopravvivenza di fronte alla svalutazione monetaria e alla conseguente crisi del settore. Sulle c.d. polizze "indicizzate" v. ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, Bari, 2000, 196.

[14] Generalmente stipulate per il caso di morte a vita intera, in esse la somma assicurativa subisce una rivalutazione annuale per effetto dell'assegnazione di una percentuale dei rendimenti finanziari realizzati dalla gestione degli investimenti realizzati con il capitale assicurato, collegata alla polizza. Ne raffigura gli elementi peculiari GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni. L'impresa – I Contratti*, cit., 386. La dottrina prevalente ritiene che le polizze rivalutabili, pur caratterizzate da un'evidente componente speculativa, rimangano però connotate dalla funzione previdenziale e, quindi, siano senz'altro riconducibili al ramo I vita: in questi termini si esprime A. GAMBINO, *Mercato finanziario, attività assicurativa e risparmio previdenziale*, in Giur. comm., 1989, I, 20 ss.; nonché VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna 1992, 49; in senso adesivo, MARTINA, *Fondi pensione chiusi e gestione dei rischi*, Milano, 2008, 25, 85; CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 94; BUGIOLACCHI, *L'assicurazione sulla vita,* cit., 2743 s.



fine degli anni '80, anche in quello italiano: etichettate dalle compagnie assicurative come polizze sulla vita, in esse il *quantum* e, prima ancora, l'*an* stesso della prestazione dell'assicuratore dipendono dall'andamento delle operazioni di investimento in strumenti finanziari del capitale assicurato versato dal sottoscrittore. [15] Guardando agli schemi negoziali divenuti socialmente tipici nella pratica degli affari, si è soliti distinguere le polizze *unit linked* dalle *index linked*: nelle prime, il premio, generalmente versato in un'unica soluzione dal contraente, è investito in un paniere di fondi di investimento diversamente composti – azionari, obbligazionari, monetari – interni o esterni all'assicuratore, di guisa che, alla scadenza del contratto o al verificarsi dell'evento in esso dedotto, l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato una somma pari al valore delle quote del fondo mobiliare al momento della scadenza della polizza o del riscatto da parte del cliente. Nelle polizze *index linked*, viceversa, l'entità delle prestazioni contrattuali è sensibile alle variazioni di un indice azionario o di altro indice dedotto in contratto [16]. Secondo un'ulteriore classificazione elaborata dalla dottrina in base ai modelli contrattuali più ricorrenti sul mercato, si distingue tra polizze *linked* pure, *linked* garantite e parzialmente garantite. Nella prima fattispecie, è la stessa restituzione del capitale, versato a titolo di premio dal cliente, ad essere incerta, in quanto dipendente dalle fluttuazioni dei mercati mobiliari: è quindi plausibile – e ciò si è, d'altronde, drammaticamente verificato nei noti casi delle obbligazioni Lehman Brothers o del *crack* del gruppo finanziario Madoff [17] – l'ipotesi che il valore della polizza si azzeri a causa dell'insolvenza

[15] In generale sul processo evolutivo dalla polizza sulla vita tradizionale ai prodotti finanziari assicurativi si vedano A. GAMBINO, *Finalità e tendenze attuali delle assicurazioni sulla vita (Le polizze vita come prodotti finanziari)*, in *Riv. dir. comm*., 1985, I, 104 ss. ID., *Mercato finanziario, attività assicurativa e risparmio previdenziale*, in *Giur. comm*., 1989, I, 13 ss.; ID., *La prevenzione nelle assicurazioni sulla vita e nei nuovi prodotti assicurativo-finanziari*, in *Ass*., 1990, I, 28 ss.; ID., *Linee di frontiera tra operazioni di assicurazioni e bancarie e nuove forme tecniche dell'assicurazione mista sulla vita a premio unico*, in *Ass*., 1993, I, 157 ss. Sul tema si segnalano, altresì, i contributi di GALGANO, *«Il prodotto misto» assicurativo finanziario*, in *BBTC*, 1988, I, 91 ss.; LENER, *Il prodotto assicurativo fra prodotto finanziario e prodotto previdenziale*, in *Dir. econ. ass*., 2005, 1236 ss.; ALPA, *I prodotti assicurativi finanziari*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di Amorosino-Desiderio, Milano, 2006, 77 ss.; MARTINA, *I prodotti finanziari e i «prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione»*, in, *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, a cura di De Angelis-Rondinone, Torino, 2008, 345 ss.; SIRI, *I prodotti finanziari assicurativi*, Roma, 2013, *passim*.

[16] In quest'ultimo caso, l'impresa assicurativa generalmente investe il premio corrisposto dall'assicurato nell'acquisto di obbligazioni strutturate ovvero strumenti finanziari a rendimento variabile caratterizzati dalla combinazione di una componente obbligazionaria e di una componente derivata, generalmente costituita da *swap*.

[17] Si fa riferimento alla nutrita serie di pronunce giurisprudenziali legate al fallimento del colosso Lehman Brothers Inc., nel settembre 2008, che aveva emesso titoli cui erano collegate migliaia di polizze vita,



dell'emittente degli strumenti finanziari in cui è allocato l'investimento e che l'assicuratore non sia tenuto a eseguire alcuna prestazione in favore della controparte. Nelle polizze *linked* c.d. garantite (e/o in quelle parzialmente garantite), invece, una specifica clausola garantisce la restituzione dell'intero (o di parte del) capitale al termine del periodo assicurativo o al verificarsi di un certo evento, ovvero la garanzia di un rendimento dell'investimento operato [18].

Con le polizze *linked* si è assistito a un deciso cambio di passo nel *modus operandi* dei gruppi assicurativi, che si sono progressivamente insinuati nel mercato finanziario competendo con gli strumenti *stricto sensu* mobiliari attraverso prodotti sempre più sofisticati [19]. Nella figura della polizza *linked* si raggiunge l'apice di un processo di *finanziarizzazione* del prodotto assicurativo, ossia la definitiva elezione dell'investimento del capitale assicurato a vero e proprio oggetto dell'operazione contrattuale.

Sul punto si tornerà per la sua centralità nell'economia della riflessione, ma sin d'ora preme sottolineare la cifra differenziale tra la tradizionale configurazione dell'assicurazione sulla vita e le polizze *linked*: nella prima, l'obbligazione dell'assicuratore consiste nel pagamento di un capitale o di una rendita in un ammontare *fisso*, predeterminato dalle parti, subordinato al verificarsi dell'evento della vita del contraente dedotto in contratto: ragion per cui l'assicuratore è, di regola, chiamato a sopportare il rischio che le scelte di investimento dei premi pagati dall'assicurato non diano i rendimenti attesi. Ne consegue che i modi in cui vengono impiegate le somme versate dal contraente assicurato rappresentino un profilo estraneo e irrilevante nel rapporto assicurativo, avente a che vedere esclusivamente con il piano dell'attività dell'assicuratore e con la correlativa assunzione del rischio d'impresa.

Viceversa, nelle polizze *linked*, la somma dovuta dall'impresa assicurativa diviene

---

a cagione del quale proprio per effetto del meccanismo del collegamento (c.d. *link*), si è ingenerata la perdita totale degli ingenti premi investiti dai sottoscrittori delle polizze medesime. Si vedano al riguardo i commenti a Trib. Milano 12 febbraio 2010, contenuti in PIRAS, *Polizze index linked collegate ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *BBTC*, 2012, 73 ss.; TARANTINO, *Caveat emptor: polizze index linked e garanzia di restituzione del capitale alla scadenza*, in *BBTC*, 2011, 617 ss.; GOBIO CASALI, *Polizze linked e caso Lehman brothers: tramonto della funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita?*, in *Giur. it*., 2010, 2347 ss.; N. SALANITRO, *Prodotti finanziari assicurativi collegati ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *BBTC*, 2009, 491 ss.

[18] Cfr. A. ALBANESE, *L'assicurazione sulla vita*, in *Diritto delle assicurazioni*, a cura di Franzoni, Bologna, 2016, 99 ss.; ID., *Le polizze linked tra assicurazione sulla vita e prodotti finanziari*, in *NGCC*, 2016, 1575; SANGIOVANNI, *La Cassazione sull'equiparazione delle polizze* unit linked *a strumenti finanziari*, in *Corr. giur*., 2013, 773.

[19] Cfr. BRIZI, *Le nuove categorie normative in materia di prodotti assicurativi finanziari*, cit., 25.



variabile e dipendente dall'andamento dell'investimento del capitale sul mercato mobiliare. Come meglio si proverà ad argomentare nel prosieguo, all'esito di questo processo di attrazione dell'investimento finanziario al centro dell'operazione economica sottesa alla polizza *linked*, si è realizzata una vera e propria *mutazione* della specie, nella direzione di una rottura con il modello tradizionale dell'assicurazione sulla vita: il principale elemento di discrepanza è segnato dalla circostanza che il "rischio di mercato", consistente nella fluttuazione dei valori degli strumenti finanziari in cui il capitale assicurato viene investito, è in questo caso allocato nella sfera giuridica dell'assicurato e non in quella dell'assicuratore. Da ciò derivano almeno due ordini di conseguenze, sui quali l'interprete è chiamato a interrogarsi: dall'angolo visuale dell'assicuratore che conclude una polizza *linked*, si atteggia diversamente la natura dell'attività svolta e l'entità del rischio d'impresa assunto in forza di un simile contratto; dal punto di vista dell'assicurato, scema, o viene del tutto meno, la connotazione previdenziale che, classicamente, ha permeato il contratto di assicurazione sulla vita.

3. – Muovendo al piano dell'analisi del dato normativo, l'azione riformatrice del settore assicurativo operata dal legislatore europeo, culminata nell'adozione della menzionata *Insurance Distribution Directive* del 2016, ha interessato, in via generalizzata, il modo di operare sul mercato dei "distributori assicurativi" – categoria che oggi accomuna qualsiasi impresa di assicurazione o intermediario assicurativo (art. 1, lett. n, Cap) – nonché, in modo specifico, la regolamentazione dei prodotti di investimento assicurativo. Secondo un'articolazione per cerchi concentrici, alle disposizioni che governano in generale l'attività e i prodotti assicurativi, alle quali si dedicherà questa prima parte dell'analisi, si aggiunge un gruppo di regole puntuali per i prodotti di investimento assicurativo, su cui si soffermerà l'attenzione nel paragrafo seguente.

La *IDD* e i relativi regolamenti delegati consolidano e irrobustiscono linee di intervento già delineatesi nella menzionata direttiva del 2002 in materia di intermediazione assicurativa (e, sulla scia di questa, nel Cap e nel Regolamento ISVAP 5/2006), la quale aveva introdotto una disciplina di tutela del cliente, che contemplava, tra l'altro, un *set* di informazioni obbligatorie che l'impresa assicurativa era tenuta a rendere in sede pre e post contrattuale, la valutazione delle esigenze assicurative della controparte e l'adeguatezza del contratto concluso. [20] I previgenti artt. 120, 183 e 185 Cap (nonché gli artt. 49, comma 4°, e

[20] Per una riflessione sul previgente assetto del codice delle assicurazioni cfr., per molti, DI AMATO,



52 Regolamento ISVAP n. 5/2006) prevedevano, infatti, che imprese e intermediari assicurativi dovessero acquisire dal cliente le informazioni necessarie a proporre o consigliare prodotti adeguati alle sue esigenze assicurativo-previdenziali, dopo avergli illustrato le caratteristiche essenziali del contratto, tenendolo poi sempre adeguatamente informato nel corso del rapporto. [21] A seguito del recepimento nell'ordinamento interno della *IDD*, il contenuto dei "vecchi" artt. 120, comma 3° e 183 Cap si è, per così dire, *sfrangiato* e, al contempo, dilatato e arricchito. In particolare, i principi che governano la condotta dei distributori di prodotti assicurativi sono sanciti dal nuovo art. 119-*bis*, il quale prescrive che essi "operano con equità, onestà, professionalità, correttezza e trasparenza nel miglior interesse dei contraenti" [22]. Nella sua formulazione attuale, l'art. 183 Cap sancisce – oggi con esclusivo riguardo alla fase esecutiva dei rapporti contrattuali (diversamente dal passato, ove si riferiva anche al momento dell'offerta di prodotti assicurativi) – che i comportamenti delle imprese assicurative devono informarsi ai canoni di diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati, alla prevenzione dei possibili conflitti di interesse e all'osservanza della regola di adeguatezza dei contratti conclusi alle esigenze dei propri clienti. [23] Emerge evidente la sintonia e la convergenza tra questo rinnovato impianto normativo e la disciplina, da tempo radicata, dell'intermediazione finanziaria, in particolare nei principi sanciti dall'art. 21 TUF [24].

Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, cit. 363 ss.; SIRI, *Trasparenza delle operazioni e tutela dell'assicurato nel codice delle assicurazioni e nella legge sulla tutela del risparmio*, ivi, 385 ss.

[21] In particolare l'art. 120, comma 3°, Cap, disponeva che: "In ogni caso, prima della conclusione del contratto, l'intermediario assicurativo di cui al comma 1°, anche in base alle informazioni fornite al contraente, propone o consiglia un prodotto adeguato alle sue esigenze, previamente illustrando le caratteristiche essenziali del contratto e le prestazioni alle quali è obbligata l'impresa di assicurazione".

[22] V. sul punto SABBATELLI, *Adeguatezza e regole di comportamento dopo il recepimento della direttiva IDD*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, 203 ss.

[23] Il vigente art. 183 Cap, rubricato "regole di comportamento", così recita: "Nell'esecuzione dei contratti le imprese devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati; b) (abrogato); c) organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino loro pregiudizio; d) realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei contraenti e degli assicurati". Con la menzionata novella del 2018 è stata abrogata la lett. b) dell'art. 183 Cap che prevedeva che gli intermediari assicurativi dovessero "acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati": la disciplina dell'informazione precontrattuale e dell'adeguatezza dei prodotti assicurativi è stata allocata all'art. 119 *ter* su cui *infra*. Sul previgente dettato normativo Cfr. TOMMASINI, *Commento all'art. 183*, in AA.VV., *Il codice delle assicurazioni private*, diretto da Capriglione, II, 2, Padova, 2007, 201 ss.

[24] Sui principi generali di condotta che governano la disciplina dell'intermediazione finanziaria si veda



Il piano maggiormente inciso dall'ultimo intervento normativo è, tuttavia, quello precontrattuale, ove si condensano una serie di obblighi di comportamento gravanti sugli operatori professionali. In linea generale, si richiede che tutte le informazioni concernenti le operazioni contrattuali di distribuzione assicurativa, a partire dalle comunicazioni pubblicitarie relative ai prodotti distribuiti destinate alla platea di potenziali contraenti e assicurati, osservino i canoni di correttezza, chiarezza, imparzialità e completezza (art. 119-*bis*, comma 2°, Cap)[25]. L'edificio normativo si asside su due previsioni di nuovo conio, le quali esibiscono un ambito oggettivo di applicazione distinto: mentre l'art. 119-*ter* è destinato a disciplinare in via generalizzata tutti i prodotti assicurativi, l'art. 121-*septies* è pensato esclusivamente per i prodotti di investimento assicurativo (e verrà, pertanto, preso in considerazione nel paragrafo seguente). [26]

Gli spunti di riflessione sollecitati all'interprete da queste previsioni e, in particolare, dal richiamato art. 119-*ter* Cap [27], sono molteplici. Tale ultima disposizione scandisce

---

VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Eur. dir. priv*., 2000, 1049 ss.

[25] La trama degli obblighi informativi gravanti sugli intermediari è completata dalle disposizioni immediatamente susseguenti, le quali ne definiscono contenuti generali e indefettibili (art. 120 Cap) o particolari ed eventuali (art. 120-*bis* sulla trasparenza delle remunerazioni e 120-*ter* sulla trasparenza dei conflitti d'interesse), nonché le modalità di somministrazione (art. 120-*quater*). Va poi segnalato un altro gruppo di norme, collocate nel titolo dedicato alla "trasparenza delle operazioni e alla protezione dell'assicurato", che pone un ulteriore *set* di obblighi di informazione, ipostatizzandone il contenuto in altrettanti documenti informativi standardizzati, che si differenzia per la circostanza che i destinatari sono esclusivamente gli emittenti sul mercato di prodotti assicurativi e non gli altri intermediari (artt. 185 e ss. Cap). Il solo *discrimen* appare segnato dal differente ambito soggettivo di applicazione delle norme in tema di trasparenza, le quali impongono la redazione di documenti informativi soltanto alle imprese e intermediari che assemblano ed emettono sul mercato i prodotti assicurativi che poi verranno distribuiti alla platea di potenziali clienti.

[26] Per tale intendendosi già ai sensi della direttiva c.d. MiFid II (dir. 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari) nonché ai sensi del Regolamento (UE) N. 1286/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati, richiamato dall'art. 1, comma 1°, lett. ss-*bis*, Cap, come "un prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato".

[27] Sotto la rubrica "Consulenza e norme per le vendite senza consulenza" l'art. 119-*ter* Cap così dispone: "1. Prima della conclusione di un contratto di assicurazione, il distributore di prodotti assicurativi: a) acquisisce dal contraente ogni informazione utile a identificare le richieste ed esigenze del contraente medesimo, al fine di valutare l'adeguatezza del contratto offerto; e b) fornisce allo stesso informazioni oggettive sul prodotto assicurativo in una forma comprensibile al fine di consentirgli di prendere una decisione informata. 2. Qualsiasi contratto proposto deve essere coerente con le richieste e le esigenze assicurative del contraente". [27] Il comma 3° disciplina specificamente la prestazione da parte del distributore assicurativo del servizio di *consulenza*, disponendo che "se viene offerta una consulenza prima della stipula di qualsiasi contratto specifico, il distributore di prodotti assicurativi fornisce al cliente una raccomandazione persona-



un articolato procedimento di formazione del vincolo contrattuale tra distributore assicurativo e cliente, il cui primo e primario passaggio è governato da una vera e propria "*know your customer rule*" gravante sui distributori assicurativi: già in occasione del contatto iniziale è imposto, infatti, all'assicuratore l'obbligo di acquisire dal cliente le informazioni strumentali a ricostruire le sue esigenze e richieste assicurative [28]. Questo momento è collocato dalla norma in una posizione di *priorità* logica e normativa, in quanto necessario all'adempimento del passaggio consecutivo del procedimento, rappresentato dall'obbligo dell'intermediario assicurativo di formulare proposte e concludere contratti assicurativi coerenti ed adeguati alle richieste ed esigenze del cliente. [29] Vale a dire che sull'elaborazione delle informazioni ottenute dal potenziale cliente e sulla loro valutazione in chiave professionale, a stregua dei richiamati principi di correttezza, diligenza e trasparenza, l'assicuratore struttura il giudizio di *coerenza* del prodotto assicurativo alle esigenze e richieste del cliente, ossia agli interessi che questi concretamente intende perseguire con il contratto (art. 119-*ter,* comma 2°) [30].

La regola di coerenza alle esigenze e richieste del contraente assicurato è cifra peculiare dell'ordinamento assicurativo, elemento di novità rispetto alla disciplina dell'inter-

---

lizzata contenente i motivi per cui un particolare prodotto sarebbe più indicato a soddisfare le richieste e le esigenze del cliente".

[28] Evidente è, d'altronde, nel dettato dell'art. 119-*ter* Cap, così come nella normativa secondaria, l'intima relazione di strumentalità che si instaura tra le regole informative e lo scrutinio di coerenza ed adeguatezza destinato a governare la selezione dei prodotti assicurativi in relazione al singolo cliente. Tra i numerosi studi dedicati alle regole di conoscenza e informazione dell'investitore nell'ambito della disciplina dell'intermediazione finanziaria si veda, *ex multis*, MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 72 ss.; SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Discipline e forme di tutela,* Milano, 2004, 205 ss., il quale mette in risalto lo stretto rapporto di strumentalità tra il dovere di informarsi dell'intermediario e l'obbligo di valutazione dell'adeguatezza delle operazioni di investimento.

[29] Siffatta gerarchia si ritrova e specifica anche nella regolamentazione secondaria, ove è imposto ai distributori assicurativi di chiedere notizie sulle caratteristiche personali e sulle esigenze assicurative o previdenziali dell'assicurato "che includono, ove pertinenti, specifici riferimenti all'età, allo stato di salute, all'attività lavorativa, al nucleo familiare, alla situazione finanziaria ed assicurativa e alle sue aspettative in relazione alla sottoscrizione del contratto, in termini di copertura e durata" (così i commi 1° e 2° dell'art. 58 del reg. IVASS 40/18).

[30] Sul punto il recepimento della disciplina europea da parte del legislatore interno non brilla per accuratezza. Lì dove l'art. 20 IDD menziona esclusivamente la regola di coerenza dei prodotti assicurativi alle esigenze e richieste del cliente, i primi due commi dell'art. 119-ter evocano unitariamente sia il canone di coerenza che quello di adeguatezza dei prodotti assicurativi alle esigenze e richieste del cliente: qui il richiamo diviene una sorta di endiadi e comporta una sovrapposizione indebita delle due regole, di cui non è dato discernere una diversità di contenuti precettivi o di ambiti applicativi. Al contrario, nei paragrafi seguenti si proverà a distinguere la diversa portata delle due regole nell'ambito della disciplina dei prodotti di investimento assicurativo.



mediazione finanziaria. Si tratta di una direttiva generale di selezione di qualsiasi prodotto assicurativo proposto da un distributore assicurativo: la valutazione di coerenza impinge direttamente sulla scelta del tipo di contratto da concludere e, per ciò, sulla individuazione e delimitazione dell'oggetto e del contenuto del medesimo. In essa si scorge un punto di incontro tra il carattere seriale e massificato della produzione e distribuzione di prodotti assicurativi sul mercato e la necessità che esso sia ritagliato sugli interessi manifestati dal cliente all'assicuratore in fase precontrattuale. La regola di coerenza è volta a garantire che vi sia aderenza e congruenza tra questi ultimi e il regolamento negoziale divisato dalle parti e, in definitiva, che l'assetto di interessi concretamente emergente dal regolamento negoziale sia idoneo a perseguire "*demands and needs*" del cliente.

Nello stadio finale del procedimento appena delineato, il professionista è tenuto a somministrare al cliente informazioni oggettive in merito al prodotto assicurativo selezionato sulla base del principio di coerenza (art. 119-*ter,* comma 1°, lett. b), in un linguaggio comprensibile dal destinatario, volte a porlo nella condizione di assumere decisioni consapevoli. Contenuto e portata delle informazioni rese dall'intermediario assicurativo sono modulati dalla disciplina europea in ragione di due coordinate di riferimento: l'effettiva complessità del prodotto assicurativo proposto e il tipo di cliente destinatario delle medesime [31]. La qualificazione ulteriore di *oggettività* indirizza l'informazione su alcuni elementi standard del prodotto assicurativo (caratteristiche, durata, costi, limiti della copertura assicurativa), indispensabili per la formazione di una volontà (auspicabilmente) consapevole del cliente.

Un utile metro di paragone per definire la latitudine di siffatto obbligo informativo generale concernente qualsiasi prodotto assicurativo è rappresentato dal confronto con la previsione di cui al successivo comma 3° dell'art. 119-*ter* Cap, che disciplina specificamente il servizio di consulenza precontrattuale prestato dal distributore assicurativo. In quest'ambito, infatti, mutano funzione e contenuto delle informazioni che l'intermediario

[31] Così può argomentarsi dall'art. 20, comma 4°, IDD, il quale dispone "previamente alla conclusione di un contratto, indipendentemente dal fatto che vi sia o meno una consulenza e che il prodotto assicurativo faccia parte o meno di un pacchetto a norma dell'articolo 24 della presente direttiva, il distributore di prodotti assicurativi fornisce al cliente le informazioni pertinenti sul prodotto assicurativo in una forma comprensibile al fine di consentirgli di prendere una decisione informata, tenendo conto della complessità del prodotto assicurativo e del tipo di cliente. Tale disposizione ha trovato attuazione al comma 4° dell'art. 58 del reg. 40/18, il quale specifica sul punto che "sulla base delle informazioni raccolte, i distributori, tenuto conto della tipologia di contraente e della natura e complessità del prodotto offerto, forniscono al contraente medesimo, in forma chiara e comprensibile, informazioni oggettive sul prodotto, illustrandone le caratteristiche, la durata, i costi, i limiti della copertura ed ogni altro elemento utile a consentirgli di prendere una decisione informata".



deve rendere alla propria controparte nella fase della formazione del vincolo contrattuale: posto che il distributore deve sempre spiegare al cliente *cosa* sta proponendo (fornire "informazioni oggettive sul prodotto assicurativo", art. 119-*ter*, comma 1°, lett. b), se offre anche una raccomandazione personalizzata deve chiarire anche *perché* lo sta proponendo (dando conto dei "motivi per cui un particolare contratto è ritenuto più indicato a soddisfare le richieste e le esigenze del contraente medesimo", art. 119-*ter*, comma 3°) [32].

In generale, dal disegno normativo emerge la centralità attribuita dall'ordinamento assicurativo alla finalità dell'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative. [33] La chiave di volta di questo corpo normativo è rinvenibile nell'art. 3 Cap, ove la protezione dei clienti è enfaticamente collocata in posizione di *primazia* rispetto ad altri obiettivi quali la stabilità del sistema e dei mercati. Tale disposizione è latrice di una vera propria scala assiologica, avente valore ordinante nell'inter-

[32] In ogni caso – che sia prestato il servizio di consulenza o meno – il distributore è tenuto a informare il cliente per iscritto, su supporto cartaceo o comunque durevole, in modo corretto, esauriente e facilmente comprensibile nonché a titolo gratuito (art. 120-*quater* Cap).

[33] Tra le strategie di tutela del cliente si segnala, ancor più a monte della fase precontrattuale, la c.d. *product oversight and governance*, cui il regolatore europeo aveva già dato impulso nella direttiva MiFid II e che oggi appare un *trend* di *policy* dei mercati in significativa ascesa. In sintesi, essa si traduce nel governare fin dalla sua genesi il processo di costruzione e approvazione del prodotto assicurativo da parte della compagnia assicurativa affinché, già al momento del suo "concepimento", siano chiari, da un canto, il mercato di riferimento e le categorie di clienti finali ai quali il prodotto *non* può essere distribuito; e, dall'altro, siano stati analizzati i rischi tipici e la coerenza della strategia di distribuzione in raffronto al mercato di riferimento stesso, adottando ogni ragionevole misura per assicurare che il prodotto sia distribuito al mercato *target* individuato (arg. *ex* art. 30-*decies* Cap, sulla scia dell'art. 21, commi 2-*bis* e 2-*ter*, TUF). Per una riflessione sul tema nel settore assicurativo, anche alla luce dei provvedimenti dell'*European Insurance and Occupational Pensions Authority* (EIOPA), si veda SCIARRONE ALIBRANDI, *Mercato assicurativo e tutela del cliente*, in *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, cit., 107 ss. Per un'analitica illustrazione della disciplina europea in campo finanziario cfr. BUSCH, *Product Governance and Product Intervention under MiFID II/MiFIR*, in Busch-Ferrarini (eds.), *Regulation of the EU Financial Markets. MiFID II and MiFIR*, Oxford, 2017, 123 ss. Con riferimento alle regole interne si veda cfr. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali*, Milano, 2018, 221 ss.; ID., *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *BBTC*, 2019, 1 ss. Nella disciplina dei mercati finanziari, l'art. 24, par. 2, dir. MiFid II stabilisce che gli intermediari "che realizzano strumenti finanziari" (c.d. *manufacturer*) devono far sì che "tali prodotti siano concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali individuato all'interno della pertinente categoria di clienti e che la strategia di distribuzione degli strumenti finanziari sia compatibile con il target", in conformità a uno specifico "processo di approvazione" da porre in essere "prima della loro commercializzazione o distribuzione alla clientela" (art. 16, par. 3, MiFID II e art. 9 Dir. delegata MiFID II). Del pari, l'intermediario che provvede alla distribuzione (c.d. distributor) "[…] deve conoscere gli strumenti finanziari offerti o raccomandati, valutarne la compatibilità con le esigenze della clientela cui fornisce servizi di investimento tenendo conto del mercato di riferimento di clienti finali di cui all'articolo 16, paragrafo 3, e fare in modo che gli strumenti finanziari siano offerti o raccomandati solo quando ciò sia nell'interesse del cliente" (art. 24, par. 2, MiFID II e art. 10 Dir. delegata MiFID II).



pretazione della disciplina assicurativa e nella sua ricostruzione dogmatica. Qui si coglie, invero, un tratto di diversità con la corrispondente previsione nell'apparato normativo dell'intermediazione finanziaria, ove le medesime finalità sono invece poste in posizione di piena equiordinazione [34].

4. – Delineata questa cornice generale, la *Insurance Distribution Directive* mette a punto un gruppo di regole destinato specificamente a disciplinare, sul piano oggettivo, i "prodotti di investimento assicurativi", immessi e distribuiti sul mercato da imprese e intermediari assicurativi (art. 26 *IDD*) [35]. Il senso di siffatta opzione di politica del diritto riposa sulla esigenza, avvertita dal legislatore europeo, di regolare la "componente di investimento contenuta in tali prodotti" (*considerando* n. 56 *IDD*), considerati, a tutti gli effetti, alternativi e concorrenziali rispetto agli ordinari strumenti finanziari soggetti alla normativa MiFid [36].

La trama delle fonti interne in tema di prodotti di investimento assicurativi è particolarmente intricata: alla menzionata disciplina primaria e secondaria del settore assicurativo si affiancano, infatti, talune previsioni dettate dal TUF e dai regolamenti emanati dalla Consob [37] che incidono, sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo, sulla materia in esame. In quest'ambito, si palesa l'intreccio tra la disciplina dell'attività di distribuzione assicurativa e di intermediazione finanziaria in senso stretto, dei contratti aventi

---

[34] Il confronto letterale tra l'art. 3 Cap e l'art. 5 TUF fa risaltare la soluzione di continuità: così il primo dispone che "scopo principale della vigilanza è l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative. A tal fine l'IVASS persegue la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e riassicurazione, nonché, unitamente alla CONSOB, ciascuna secondo le rispettive competenze, la loro trasparenza e correttezza nei confronti della clientela. Altro obiettivo della vigilanza, ma subordinato al precedente, è la stabilità del sistema e dei mercati finanziari"; viceversa, all'art. 5 TUF si prevede che "la vigilanza sulle attività disciplinate dalla presente parte ha per obiettivi: a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario; d) la competitività del sistema finanziario; e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria".

[35] Si tratta di una disciplina che viene esplicitamente etichettata dal legislatore europeo come *supplementare*, intendendo così rimarcare come a tali contratti si applichi comunque la richiamata disciplina generale concernente tutti i prodotti assicurativi.

[36] Emblematico è, in questa è prospettiva, il *considerando* n. 56 della *IDD*, nella parte in cui si mette in luce che "i prodotti di investimento assicurativi sono spesso prospettati ai clienti come possibile alternativa o in sostituzione di prodotti di investimento soggetti alla direttiva 2014/65/UE" (ossia la c.d. MiFid II). Sulla scelta legislativa di una disciplina peculiare di questi prodotti volta al rafforzamento della tutela del cliente si sofferma BERTI DE MARINIS, *La natura delle polizze assicurative a carattere finanziario e la tutela dell'assicurato-investitore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1525 ss.

[37] Il riferimento corre al rinnovato Regolamento Intermediari Consob (delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018).



ad oggetto la prestazione di servizi assicurativi e di investimento: se talora, infatti, si registra un avvicinamento di logiche e regole, altre volte si osserva una vera e propria commistione o sovrapposizione di previsioni che rende non più distinguibili i confini tra i due insiemi normativi.

Unica è, in primo luogo, la definizione di "prodotto di investimento assicurativo", fatta propria a livello europeo dalla *IDD* e corrispondente a quella già adottata dall'art. 4, n. 2), del reg. (UE) n. 1286/2014 (attuativo della dir. MiFid II), e richiamata, a livello interno, sia in seno al Codice delle assicurazioni private che al Testo unico Finanza. Rinviando l'analisi della previsione al prosieguo dello studio, per prodotto di investimento assicurativo si intende "un prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato" (art. 1, comma 1°, lett. ss-*bis*, Cap e art. 1, lett. w-*bis*.3, TUF).

Allorché il legislatore scende poi a dettare le regole specifiche che mirano a disciplinare la menzionata "componente di investimento" peculiare dei prodotti di investimento assicurativo, si osserva una fedele riproduzione di soluzioni e costrutti già da tempo in auge in seno alla normativa dell'intermediazione finanziaria, nell'impalcatura eretta dalla prima direttiva MiFid[38]. Pienamente sovrapponibile, ad esempio, è la modulazione della regola che presiede alla selezione da parte del distributore assicurativo delle operazioni di investimento e disinvestimento del capitale versato dal sottoscrittore del prodotto[39]. All'art. 121-*septies*, comma 2°, Cap, si prevede, infatti, che alla prestazione di un

[38] Il recepimento interno della *IDD* porta avanti una stagione normativa di progressiva assimilazione della disciplina dei prodotti di investimento assicurativo a quella dei contratti per la prestazione di servizi di investimento, come risposta all'impatto della crisi dei mercati finanziari: stagione inaugurata nel biennio 2005-2006 dall'introduzione del Codice delle Assicurazioni e dalla c.d. legge sulla tutela del risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262), con cui si era compiuta un'estensione dell'ambito di applicazione di talune regole in materia di intermediazione finanziaria a quei prodotti che, pur emessi e collocati sul mercato dalle imprese assicurative, si caratterizzano per un contenuto eminentemente finanziario. L'art. 11, comma 3º, della l. 28 dicembre 2005, n. 262 ha introdotto all'interno del TUF l'art. 25-*bis*, rubricato "Prodotti finanziari emessi da banche ed imprese di assicurazione", il quale ha disposto l'applicabilità a tali prodotti degli artt. 21 e 23 TUF, attribuendo alla Consob, in relazione agli stessi, i poteri di vigilanza regolamentare, informativa e ispettiva sui soggetti abilitati e sulle imprese di assicurazione. L'estensione delle norme in tema di offerta pubblica di prodotti finanziari è avvenuta mediante l'abrogazione e la successiva riformulazione dell'art. 100, comma 1º, lett. f), TUF il quale, nella versione originaria, esonerava l'offerta di "prodotti assicurativi emessi da imprese di assicurazione" dall'applicazione della disciplina sulla sollecitazione all'investimento. Un'esauriente raffigurazione delle diverse tappe di questa evoluzione in ALPA, *I prodotti assicurativi finanziari*, cit., 77 ss.

[39] Va rimarcata la facoltà attribuita agli Stati membri dall'art. 29 *IDD* di rendere obbligatoria la prestazione del servizio di consulenza e, quale immediato corollario, l'applicazione universale del canone di ade-



servizio di *consulenza* – consistente, come detto, nel fornire raccomandazioni personalizzate al cliente che illustrino le ragioni per cui si propone un determinato prodotto o una certa decisione di investimento – corrisponda una stringente regola di *adeguatezza* alle conoscenze ed esperienze del contraente in relazione al tipo di investimento, alla sua situazione finanziaria, alla capacità di sostenere perdite, agli obiettivi di investimento e alla tolleranza al rischio. Essa, dunque, varia al variare del tipo di servizio in concreto prestato dal distributore assicurativo ed è direttamente proporzionale al tasso di discrezionalità che connota le scelte di investimento. Il raffronto con la previsione che, nella disciplina dell'intermediazione finanziaria, com'è noto impone all'intermediario finanziario che presti il servizio di consulenza o di gestione di portafogli di rispettare il canone di adeguatezza delle operazioni di investimento/disinvestimento (art. 21 TUF e art. 40 Reg. Intermediari Consob), fa emergere una piena coincidenza anche dei criteri alla stregua dei quali deve essere compiuto siffatto scrutinio [40].

Ogni qualvolta da parte del distributore assicurativo non venga fornito il servizio di consulenza, la disciplina in esame deflette verso il criterio dell'*appropriatezza* delle operazioni di investimento alle caratteristiche ed esigenze del cliente (arg. *ex* art. 121-*septies*, comma 4°, Cap.) [41]. Si ha qui una recessione nel rigore dello standard di condotta imposto all'intermediario assicurativo rispetto al canone di adeguatezza, in particolare sul piano dell'obbligo di c.d. "profilatura" del cliente, atteso che la raccolta di informazioni necessarie a tale vaglio di appropriatezza dovrà vertere esclusivamente sulle "conoscenze ed esperienze in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di prodotto o servizio proposto o richiesto" del cliente medesimo (e non anche sulla sua situazione finanziaria, sulla capacità di sostenere perdite, sugli obiettivi di investimento e la tolleranza al rischio, come nella regola di adeguatezza) [42]. Anche in questo caso la disposizione

---

guatezza, per qualsiasi prodotto di investimento assicurativo o per una particolare classe: il legislatore italiano ha rinviato alla normativa delegata – al tempo in cui si scrive, non ancora adottata – l'identificazione dei casi in cui il distributore assicurativo sia tenuto a fornire consulenza alla controparte (si veda l'art. 121-*septies*, comma 1°, Cap).

[40] Sulla latitudine della regola di adeguatezza nell'ordinamento finanziario e assicurativo si veda in particolare R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, *passim*.

[41] Va segnalata come la versione italiana della direttiva, all'art. 30, par. 4, appaia poco perspicua sul piano tecnico laddove rende con il termine *adatto* il concetto giuridico dell'appropriatezza che compare nelle altre lingue della direttiva (*appropriateness*, *caractère approprié*).

[42] Può d'altronde rilevarsi come simili contegni da parte dell'assicuratore possano essere, in ogni caso, dovuti in forza delle clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza che presiedono, più in generale, all'esecuzione del rapporto contrattuale nascente dal contratto di investimento assicurativo a mente degli artt. 183 Cap e 21 TUF.



del codice delle assicurazioni è pedissequa riproduzione del dettato dell'art. 42 del Reg. Intermediari Consob, il cui raggio di applicazione copre, com'è noto, servizi di investimento diversi dalla consulenza e dalla gestione di portafogli, quali la negoziazione di strumenti finanziari, in cui trova minor spazio la discrezionalità dell'intermediario finanziario nelle decisioni di investimento assunte [43].

Se la direttiva di adeguatezza (o appropriatezza, secondo il servizio reso) presiede alla fase esecutiva del rapporto nascente dal contratto di investimento assicurativo, a monte va valorizzata la portata della già menzionata regola trasversale di *coerenza* di qualsiasi prodotto assicurativo: regola di cui è premessa e ribadita l'applicabilità, quasi a mo' di *refrain*, anche nell'*incipit* dell'art. 121-*septies.* Vale a dire che anche nella fase di proposta e di selezione del prodotto assicurativo, *sub specie* di investimento, il distributore assicurativo è tenuto in ogni caso rispettare tale parametro di coerenza alle richieste ed esigenze del cliente. Tale presidio di tutela del cliente apre a un giudizio teso a scrutinare la rispondenza o meno del concreto programma negoziale agli interessi da questi manifestati in sede precontrattuale. Si pensi al caso, macroscopico ma non inverosimile nella prassi, dell'assicurato che abbia manifestato preoccupazioni ed esigenze di indole previdenziale per garantire, a sé o a un terzo beneficiario, un capitale o una rendita "sicuri" nell'*an* e nel *quantum* al verificarsi di un determinato evento della sua vita: il quale, viceversa, si trovi a concludere un contratto di investimento assicurativo avente causa puramente speculativa, per cui sia tenuto a sopportare il rischio di perdite sul capitale investito, poi effettivamente verificatosi [44]. In questa direzione, deve essere altresì rimarcata

[43] Coincidenti con le disposizioni del Regolamento Intermediari della Consob sono altre due norme dettate dall'art. 121-*septies*: la prima impone all'intermediario assicurativo di informare il contraente che il prodotto non è appropriato alle sue caratteristiche ed esigenze (comma 6°); la seconda stabilisce che ove il contraente non fornisca, o fornisca in modo insufficiente, le informazioni circa le sue conoscenze ed esperienze, l'intermediario assicurativo lo informi che tale circostanza pregiudica la capacità di valutare l'appropriatezza del prodotto stesso (comma 7°).

[44] In questa ipotesi, si ritiene che il cliente possa vantare una tutela *invalidante* del contratto di investimento assicurativo. Si manifesta, nel caso descritto, una divergenza tra il piano della volontà *subiettiva* espressa dal cliente e quello dell'*oggettivo* assetto di interessi che con il contratto le parti hanno organizzato. La circostanza che l'*intentio* del cliente, tesa al perseguimento di una finalità di natura assicurativo-previdenziale, non abbia rinvenuto puntuale e congruente attuazione nel regolamento contrattuale pattuito dà luogo, nel linguaggio della legislazione speciale, ad una inesatta valutazione da parte dell'intermediario della coerenza del prodotto assicurativo alle esigenze e richieste del cliente. Tradotto nel linguaggio delle tutele del diritto comune, il rimedio per l'assicurato va rintracciato nelle regole che salvaguardano la libertà e consapevolezza del consenso e, segnatamente, nell'annullamento per dolo, ove ne ricorrano i presupposti di cui all'art. 1439, ovvero per errore sull'oggetto o sulla natura del contratto (art. 1429, n. 1, cod. civ.). In particolare, tale ultima tutela potrebbe trovare ammissibilità sul rilievo che l'errore, essenziale *per tabulas*, è anche facilmente riconoscibile dall'intermediario, il quale ha l'obbligo legale e contrattuale di interpretare



l'importanza dei menzionati obblighi generali di informazione oggettiva riferiti al prodotto assicurativo di investimento: il cliente dovrà essere posto nelle condizioni di comprendere la natura speculativa del contratto in parola e, in particolare, i rischi scaturenti dall'operazione economica, ad esempio legati all'eventualità di una perdita del capitale versato all'esito dell'investimento mobiliare.

In un'ottica di protezione del cliente, è da salutare con favore l'introduzione, per la prima volta nel campo assicurativo, di un'analitica regolamentazione del *conflitto di interesse*. Anche qui in evidente analogia con la disciplina dei mercati finanziari, l'impianto normativo si regge, in prima battuta, su una serie di misure di carattere preventivo, di natura organizzativo-aziendale, volte a identificare ed evitare i possibili conflitti insorgenti nella prestazione dei servizi assicurativi tra gli interessi del cliente e quelli del distributore assicurativo ovvero tra interessi di più clienti. [45] Soltanto qualora siffatti presidi non abbiano sortito l'effetto atteso e persista il rischio di un contrasto con l'interesse del cliente, si configura l'obbligo dell'intermediario assicurativo di informare chiaramente il contraente, in sede precontrattuale, circa la natura e la fonte di tale conflitto (art. 119-*bis*, comma 7°, Cap) [46].

---

correttamente le esigenze del cliente inverandole nella conclusione di un contratto *coerente*. Dalla tutela invalidante deriverebbe per il contraente la possibilità di ottenere la ripetizione del capitale versato, maggiorato degli interessi *medio tempore* maturati, conseguente alla disciplina generale dell'indebito oggettivo. Alternativamente, potrebbe esservi spazio per il rimedio risarcitorio derivante dalla responsabilità precontrattuale del distributore assicurativo che si sia reso inadempiente rispetto ai menzionati obblighi di coerenza e informazione e, in generale, alle clausole di correttezza e trasparenza, idoneo a ristorare la mancata realizzazione dell'interesse previdenziale manifestato dal cliente ma disatteso dall'assicuratore.

[45] In via di specificazione di tale previsione generale, il regolatore delegato pone una sorta di tipizzazione di alcune fattispecie di conflitto d'interessi: anzitutto, si prevede un *duty to abstain* per i distributori dall'assumere, direttamente o indirettamente (anche tramite rapporti di gruppo o rapporti di affari, propri o di società del gruppo), "la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di distributore del relativo contratto in forma individuale o collettiva" (così art. 55, comma 2°, reg. 40/18); ulteriori ipotesi spaziano dal divieto di politiche di compenso dei distributori (e dei loro dirigenti e dipendenti) che incentivino taluni prodotti rispetto ad altri, a quello di attuare trattamenti più favorevoli per un cliente in detrimento di altri. Altre regole impongono poi agli intermediari assicurativi di proporre contratti e suggerire modifiche contrattuali nell'interesse dei contraenti alle migliori condizioni possibili con riferimento al momento, alla dimensione e alla natura dei contratti e delle operazioni stesse; di operare al fine di contenere i costi a carico dei contraenti ed ottenere il miglior risultato possibile in relazione agli obiettivi assicurativi; di astenersi dal proporre variazioni contrattuali e dal suggerire operazioni con frequenza non necessaria alla realizzazione degli obiettivi assicurativi (art. 55, ult. co., reg. 40/18).

[46] La tutela del cliente per operazioni di investimento in strumenti finanziari del capitale versato per l'acquisto di una polizza *unit linked*, compiute in una delle menzionate situazioni di conflitto di interessi in mancanza della dovuta informazione, potrà dunque essere costituita, oltre che dal risarcimento del danno dovuto a titolo di responsabilità contrattuale dell'intermediario finanziario per inadempimento degli obblighi legali e contrattuali di informazione, dall'annullabilità delle operazioni stesse laddove ricorrano i presupposti fissati dall'art. 1394 cod. civ.



L'ordito normativo in materia di contratti di investimento assicurativo rivela, infine, la sua sostanziale unitarietà, pur nella molteplicità di sedi normative in cui è dislocato, all'esito dell'analisi del Regolamento Consob Intermediari, nella rinnovata formulazione del febbraio 2018. Il perimetro di applicazione oggettivo e soggettivo delle previsioni di cui al Regolamento differisce soltanto apparentemente da quello sinora preso in esame, discorrendosi di "prodotti finanziari assicurativi" e di "soggetti abilitati all'intermediazione assicurativa" da intendersi quali banche, Sim e imprese di investimento. A ben vedere, sul piano oggettivo la categoria dei prodotti finanziari assicurativi raggruppa la famiglia dei prodotti di investimento assicurativi di cui al ramo III e quella dei contratti di capitalizzazione di cui al ramo V dell'art. 2 Cap, che condividono l'inclinazione spiccatamente finanziaria. In definitiva, è consentita agli intermediari finanziari la distribuzione sul mercato di siffatti prodotti nonché la prestazione del servizio di consulenza in ordine a quelli emessi da imprese assicurative. Sugli intermediari finanziari corrono gli obblighi che ordinariamente accompagnano la prestazione di servizi di investimento, qui esclusivamente applicabili al rapporto con il cliente *retail*, richiamati dall'art. 134 Reg. Intermediari Consob: tra cui spiccano i doveri informativi in fase precontrattuale, l'obbligo di concludere un contratto-quadro in forma scritta propedeutico alla realizzazione delle operazioni sui mercati finanziari, le norme in tema di adeguatezza, appropriatezza e conflitto di interessi [47].

5. – Dall'itinerario evolutivo sinora tracciato è possibile osservare come, sino ai recenti interventi normativi di derivazione europea in materia di mercati finanziari e assicurativi consegnati alla *Insurance Distribution Directive* e alla direttiva MiFid2, mentre guadagnavano piena tipicità *sociale*, quali schemi contrattuali largamente praticati nel mondo degli affari in un'ampia varietà di configurazioni, le polizze *linked* siano rimaste per un ampio arco temporale su un piano di atipicità normativa, quasi del tutto ignorate dal legislatore europeo e interno [48].

---

[47] Così dispone l'art. 134 del Reg. Intermediari: "alla distribuzione di prodotti finanziari assicurativi, anche mediante tecniche di comunicazione a distanza, effettuata dalle imprese di assicurazione si applicano le disposizioni di cui agli articoli 36, 37, 40, 41, 42, 51, comma 1, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, nonché le disposizioni di cui ai Titoli VIII e IX del Libro III e al Libro IV e l'articolo 126 […]".

[48] Le polizze *linked* sono state menzionate per la prima volta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 174. In realtà, già la l. 22 ottobre 1986, n. 742 – nel recepire nel nostro ordinamento la c.d. prima direttiva vita (n. 79/267/CEE del 5 marzo 1979) – aveva preso in considerazione le figure in esame. Tale provvedimento, tuttavia, si limitava a menzionare le sole polizze *unit linked* ("connesse con fondi di investimento"), ricomprendendole nel ramo III dell'allegato A "classificazione per ramo".



Nelle acque incerte di una disciplina a corto di regole *ad hoc*, attorno a dette fattispecie si è stratificata una cospicua elaborazione sia dottrinale che giurisprudenziale. Da essa emerge(va), in modo palpabile, un certo senso di disorientamento dell'interprete dinanzi a figure contrattuali *ibride* che, sotto il *nomen* di polizza assicurativa sulla vita, esibiscono una componente di investimento del capitale assicurato particolarmente accentuata, non collimante con la configurazione tradizionale del tipo codicistico disegnato dagli artt. 1882 e 1919 e seguenti cod. civ. [49]. Non a caso, il dibattito dottrinale si è appuntato sulla qualificazione di tali contratti, in una sorta di pendolo tra il modello dell'assicurazione sulla vita e quello dei contratti per la prestazione di servizi di investimento. [50] Parallelamente, si è coagulato un abbondante *ius pretorium*, frutto dell'elevato contenzioso insorto negli ultimi anni per effetto delle perdite patrimoniali subite dai sottoscrittori di prodotti di tal foggia, che si è espresso in merito alla qualificazione di tali negozi e alla conseguente individuazione della disciplina applicabile. Sul fronte del diritto applicato, in particolare, si è formata una netta polarizzazione degli orientamenti. La parte maggioritaria della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, in assenza di una puntuale regolamentazione, è pervenuta all'inquadramento delle polizze *linked* nella categoria dei contratti di investimento [51]. A siffatto esito è giunta operando una qualifica-

[49] Discorre di "disagio del giudice di fronte a una fattispecie che non corrisponde alla nozione tradizionale di assicurazione sulla vita" VOLPE PUTZOLU, *Le polizze* linked *tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, in *Ass*., 2012, I, 414.

[50] Tra i contributi dottrinali che danno conto dell'evoluzione recente del tema delle polizze *linked* si veda, senza ambizione di esaustività, VOLPE PUTZOLU, *Le polizze* linked *nel diritto europeo e nel diritto italiano*, in Ass., 2016, I, 213 ss.; EAD., *Le polizze* linked *tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, cit., 400 ss.; EAD, *La distribuzione dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione*, in *Ass*., 2007, 179 ss.; EAD., *Le polizze* Unit linked *ed* Index linked *(ai confini dell'assicurazione sulla vita)*, in *Ass.*, 2000, I, 233 ss.; CORRIAS, *La natura delle polizze* linked *tra previdenza, risparmio e investimento*, in *Ass*., 2016, I, 225 ss.; ID., *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze* linked*: La riproposizione di un tema*, in *BBTC*, 2015, 459; ID., *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta e responsabilità*, in *Ass*., 2011, I, 388.; A. GAMBINO, *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, in *Ass*., 2007, 191 ss.; PIRAS, *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, cit., *passim*; ROSSETTI, *Polizze "linked" e tutela dell'assicurato*, in *Ass*., 2002, I, 223 ss.

[51] Quale immediato precipitato, ne è stato ritratto, anche con riferimento a polizze *linked* stipulate prima dell'entrata in vigore delle menzionate riforme estensive del biennio 2005-2006, l'applicazione della normativa *ratione temporis* vigente per un ordinario strumento finanziario e, segnatamente, i principi generali ricavabili dagli artt. 21 e 23 TUF e dalle previsioni del Reg. Consob Intermediari risalente al 1998: nella giurisprudenza di legittimità si veda Cass., 18.4.2012, n. 6061, in *Foro it*. 2013, 2, 1, 631, con nota di BECHI. In altra pronuncia della Suprema Corte (Cass., 22.12.2006, n. 27458, in *Mass. Giust civ.*, 2006) si è sostenuto che le polizze *unit linked* identifichino una fattispecie contrattuale atipica che si caratterizza per la irrilevanza del rischio demografico, il quale invece è da ritenersi elemento essenziale nell'individuazione della causa dei contratti di assicurazione sulla vita.



zione del contratto distonica rispetto al *nomen* di polizza assicurativa sulla vita (di ramo III) attribuito dai paciscenti (*rectius* dall'impresa assicuratrice) e valorizzando, nell'accertamento in concreto della causa del contratto, il tratto dell'investimento, ritenuto incompatibile con la funzione previdenziale tipica, invece, del contratto di assicurazione sulla vita. Non sono mancate, d'altronde, talune eccezioni: nella giurisprudenza interna di merito si è levata qualche voce dissonante, la quale ha posto l'accento sulla circostanza che, anteriormente alla c.d. legge sul risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262) e all'approvazione del codice delle assicurazioni private, il legislatore avesse esplicitamente ritenuto di non inserire tali figure contrattuali nell'elenco degli strumenti finanziari di cui all'art. 1, comma 2º, TUF, e di conseguenza ha individuato nella disciplina assicurativa (antecedente al codice delle assicurazioni private) le norme applicabili a tali contratti. [52] La questione della natura delle polizze assicurative *linked* è stata intersecata incidentalmente anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dalla prospettiva peculiare dell'interpretazione dell'art. 3, par. 2, lett. *d*), della dir. 85/577/CEE, concernente la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, nella parte in cui esclude dall'ambito di applicazione della direttiva medesima i contratti di assicurazione sulla vita [53]. Nel dichiarato intento di offrire un'esegesi della nozione di contratto di assicurazione "autonoma e uniforme in tutta l'unione Europea" e di non svuotare di qualsiasi significato prescrittivo la richiamata eccezione, il giudice europeo ha ritenuto che il legislatore dell'Unione intendesse adottare una nozione omnicomprensiva, considerando tali anche le polizze *unit linked, reputate "*normali nel diritto delle assicurazioni". La qualificazione delle polizze in questione come assicurazioni sulla vita sarebbe altresì corroborata, ad avviso della Corte di Giustizia, dalla classificazione di tali contratti tra i rami-vita operata del legislatore europeo. Non può non sottolinearsi la debolezza di siffatti argomenti, i quali si appuntano unicamente sul piano dello svolgimento delle attività delle imprese assicurative sui mercati finanziari, via via ampliatesi attra-

[52] In questo senso cfr. Trib. Milano, 23.4.2013, n. 5663, in *www.dirittobancario.it*; nonché Trib. Roma, 18.4.2012, n. 8666 e 2.5.2012, in *www.ilcaso.it*.

[53] Si tratta della decisione della Corte giustizia UE, 1.3.2012, c-166/2010, in *Danno e resp*., 2012, 1876 ss., con nota di PIRAS, *Le polizze* unit linked *al vaglio della corte di giustizia UE*. Ad avviso della Corte, ai fini, quantomeno, dell'applicazione della normativa comunitaria (con particolare riferimento dir. 85/577/CEE in tema di contratti negoziati fuori dai locali commerciali), debbono dunque considerarsi contratti di assicurazione anche "i contratti *unit linked* [...] sebbene non prevedano la garanzia della conservazione del capitale [...] perché il legislatore dell'Unione li ha inclusi in un ramo dell'assicurazione sulla vita". La Corte di Giustizia si è espressa in termini analoghi anche nella sentenza del 31.5.2018, c-542/2016, in *Foro it*., 7-8, 4, 381 ss.



verso l'impiego di una variegata gamma di prodotti e schemi negoziali; ma che nulla dice in ordine agli elementi caratterizzanti la fattispecie del contratto di assicurazione *tout court*, la cui ricorrenza consenta di ritenervi incluse o meno le polizze *linked,* ovvero che consentano di discernere questa figura da modelli contrattuali contigui ma differenti. Certo è che emerge un potenziale *cortocircuito* tra la categoria del prodotto assicurativo, così come interpretata dal giudice europeo, e il tipo assicurativo configurato dal codice civile; cortocircuito che sollecita l'interprete a un'opera di rimeditazione e ricomposizione del dato normativo. [54]

Oggi, lo scioglimento di alcuni nodi problematici posti dalle polizze *linked* trova, per certi versi, un nuovo e più rassicurante approdo nella raffigurata regolamentazione dei prodotti di investimento assicurativo. Invero, nell'intervento del legislatore europeo e interno si può scorgere un'opera – seppur incompleta – di *tipizzazione* del "contratto di investimento assicurativo", che recepisce talune delle configurazioni delle polizze *linked* diffusesi nella pratica degli affari [55]. Come si vedrà *funditus* nel paragrafo seguente, si assiste a un processo di enucleazione di un tipo legale *nuovo*, nell'ambito del quale il legislatore isola e scolpisce nello *ius positum* i tratti caratterizzanti dei tipi sociali più ricorrenti. [56]

---

[54] Anche in altri ordinamenti è stato affrontato il problema della qualificazione delle polizze *linked*. In Germania, recentemente, il *Bundesgerichtshof* ha affermato che una polizza *unit linked* debba essere considerata come un contratto di assicurazione sulla vita: in un caso in cui l'assicurato aveva perso il capitale investito a seguito di uno scioglimento anticipato dal contratto, la Suprema Corte tedesca ha rilevato che non vi sono tutele per l'assicurato che sia stato adeguatamente informato relativamente al prodotto scelto, accettandone possibili profitti e perdite (sentenza del BGH del 21 marzo 2018, Az.: IV ZR 353/16).

[55] Si vedano i riferimenti di cui al par. 2 alla distinzione tra polizze *unit* e *index linked* diffuse nella prassi commerciale e al differente atteggiarsi delle polizze pure, parzialmente garantite e garantite.

[56] Sul fenomeno della tipicità legale e sul processo di formazione di un nuovo tipo legale si veda, senza alcuna pretesa di completezza, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 345 ss.; SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, 788; ID., *La qualificazione*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv*. diretto da Rescigno, 2018, 557 ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, 3; ID., *Operazioni commerciali in cerca del «tipo» contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1331; DE NOVA, *Il tipo contrattuale,* Padova, 1974, 129 ss. e 173 ss.; ID., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011; E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1999, 1 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.,* a cura di Iudica-Zatti, 2° ed., Milano, 2011, 403 ss.; P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti,* in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003, 391 ss.; ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006, 515 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Il regolamento*, a cura di Vettori, *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, II, Milano, 2006, 195 ss; GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 491; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, *passim*.



Com'è noto, sul piano ermeneutico il *tipo* è lo strumento nell'armamentario metodologico dell'interprete che consente al reale, al concreto, di fare ingresso nell'astrattezza e generalità della norma, un punto di sutura tra i fenomeni sociali e l'ordinamento positivo [57]. Nella scienza giuridica, la logica dei tipi si disloca in una sorta di linea *mediana* tra realtà e regola, guida la comprensione della fattispecie concreta nell'*id quod plerumque accidit*, ossia nella sua peculiarità ricorrente così come recepita dalla proposizione normativa, conducendo l'interprete nell'accostamento della fattispecie concreta a quella astratta. Detta logica è, dunque, contrapposta a forme di concettualismo estremo e astrattizzante e diviene strumento gnoseologico dell'orientamento di pensiero che guarda alla

[57] Gli studi di ermeneutica giuridica più avanzati sul "tipo" si devono alla scienza giuridica germanica: se il merito di averlo introdotto come concetto tecnico va riconosciuto a Jellinek (JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1° ed. Berlin, 1900, 27 ss.), ad alcune prestigiose trattazioni di metodologia giuridica si deve la sua piena acquisizione allo strumentario del giurista contemporaneo: in particolare si fa riferimento alla monografia di ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, trad. it., *La concretizzazione come riferimento al "tipo" nel diritto e nella scienza giuridica*, in *L'ermeneutica giuridica tedesca*, a cura di Carlizzi-Omaggio, Pisa, 2016, 169 ss.; e al volume di LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966, 194 ss. Entrambi questi studiosi concepiscono il tipo in contrapposizione con il concetto generale astratto: pur essendo comunque il frutto di un processo di astrazione, ed essendo dotato del carattere della generalità, il tipo costituisce una forma di pensiero più concreta del concetto, venendo quasi a coincidere, nell'eredità della filosofia hegeliana, con il "concetto generale-concreto". Tuttavia, nel processo astrattivo che porta alla costruzione del tipo l'intuizione gioca un ruolo fondamentale: le singole caratteristiche proprie di un determinato oggetto non vengono semplicemente sommate, ma formano un "insieme considerato nella sua completezza" (così HEYDE, *Typus. Ein Betrag zur Typologik*, in *Studium Generale*, 1952, 235 ss.). Mentre del concetto si dà una definizione, che individua gli elementi costitutivi, tutti necessari, entro la quale può o meno essere sussunto l'oggetto concreto, del tipo si dà la descrizione di un quadro i cui confini sono aperti e non perfettamente definiti: pertanto, il problema dell'appartenenza a un tipo della fattispecie concreta non si pone come un *aut-aut*, ma consente una risposta graduata in termini di riconduzione e accostamento (v. HASSEMER, *Tabestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermenutik*, Köln, 1968, 115). Siffatta conformazione del tipo, e del tipo contrattuale in particolare, ritrova una nobile parentela, nella metodologia delle scienze dello spirito, con l'"idealtipo" weberiano, il quale, tuttavia, lo concepisce come un "puro concetto-limite ideale a cui la realtà deve essere misurata e comparata, al fine di illustrare determinati elementi significativi del suo contenuto empirico": il tipo ideale "è ottenuto mediante l'accentuazione unilaterale di uno o di alcuni punti di vista, e mediante la connessione di una quantità di fenomeni particolari diffusi e discreti, esistenti qui in maggior e là in minore misura, e talvolta anche assenti, corrispondenti a quei punti di vista unilateralmente posti in luce, in un quadro concettuale in sé unitario. Nella sua purezza concettuale questo quadro non può mai essere rintracciato empiricamente nella realtà; esso è un'utopia […]": WEBER, *L' "oggettività" conoscitiva*, in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 2003, 108, 112. In STUART HUGHES, *Coscienza e società. Storia delle idee in Europa dal 1890 al 1930*, Torino, 1967, 304-306, si legge che l'idealtipo di Weber, espressione che questi aveva ritrovato propri negli scritti di Jellinek, ha rappresentato uno dei più importanti contributi del maestro alla metodologia del pensiero sociale, ed è stato poi ripreso da Schumpeter che ne ha aumentato il grado di precisione, in complesse formule logiche e matematiche, nella formulazione dei suoi "modelli" socio-economici.



natura delle cose [58]. Il tipo è una sorta di *centro* che fa contemporaneamente riferimento alla concretezza della realtà e all'astrattezza della norma. Seguendo quest'ordine di idee, si riscontra allora una *circolarità* nella funzione euristica del tipo che procede dal fatto alla norma e poi compie il "tragitto di ritorno". Nel giuridificare una nuova fattispecie contrattuale, il legislatore seleziona e ipostatizza un modello di organizzazione di interessi diffusosi nella vita economica e sociale, spesso frutto dell'opera di grandi gruppi economici, offrendone una disciplina formata da norme di carattere sia dispositivo che cogente: le prime traducono la ragionevole composizione dei contrapposti interessi delle parti che a quel contratto sono normalmente correlati; le seconde illuminano sui profili la cui rilevanza generale induce l'ordinamento ad intervenire con una prescrizione che non ammette deviazioni dei privati.

Spetta poi all'interprete il compito di ricostruire il "tipo normativo" sotteso a siffatto complesso di regole dedicato a quel dato contratto, identificandone, attraverso un processo logico *per genus proximum et differentiam specificam*, gli elementi che lo individuano e ne contrassegnano la specificità rispetto a (eventuali) tipi contrattuali finitimi preesistenti [59]. La base di siffatta indagine è offerta, dunque, tanto dalla nozione del contratto dettata dal legislatore, quanto dalle norme, sia imperative sia dispositive e suppletive,

---

[58] Scrive ENGISCH, *La concretizzazione come riferimento al "tipo" nel diritto e nella scienza giuridica*, cit., 175, che si può ambire a parlare di tipi nel diritto "là, dove ciò che è in paragone è concreto, sia poi questo qualcosa di reale o di evidente o di integrale o di specifico o di individuale, si sforza di fare irruzione nel mondo dei concetti giuridici". Secondo KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache", Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965, 37, la *Natur der Sache* è strettamente connessa al tipo, dato che "l'essenza, la natura di un rapporto giuridico si presenta, trova la sua espressione nel tipo"; per cosa (*Sache*) non s'intende soltanto il singolo rapporto di vita e il suo casuale esser così, ma il rapporto ricorrente ossia il tipo. Risuonano forti gli echi della teoria *fenomenologica* del diritto, "regionalizzazione" nella scienza giuridica del movimento di pensiero (fenomenologico, appunto) dei primi decenni del Novecento legato a Edmund Husserl e all'ontologia di Nicolai Hartmann.

[59] Il ricorso alla tecnica della tipizzazione presuppone la sussistenza di uno o più elementi dotati di virtù individuativa del tipo che la nostra dottrina ha tradizionalmente identificato nella causa del contratto: per tutti cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* in *Tratt. dir. civ. italiano*, diretto da Vassalli, 2° ed., Torino, 1960, 185-186; PUGLIATTI, *Precisazione in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, 114; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 8° ed., Napoli, 1964, 173. Sulla scia del movimento di pensiero che ha messo in luce un certo grado di confusione tra causa e tipo (M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 563-564, 573; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 71 ss., 123 ss., 234 ss.), la dottrina ha sostenuto che se è vero che sovente il principale elemento di identificazione del tipo contrattuale coincida con la natura delle prestazioni discendenti dal contratto, tante altre volte il legislatore elegge a tratti distintivi rispettivamente la qualità delle parti, la natura del bene oggetto del contratto, il fattore temporale, il modo di perfezionamento del contratto: per una esauriente illustrazione si veda, in luogo di molti, DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 84 ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit., 404-405.



che formano la disciplina di quel contratto [60]. Così pensato, il tipo normativo diviene una tecnica di comprensione del senso e della portata dell'operazione economica concreta posta in essere dai privati, che viene conformata e/o assecondata dal legislatore in conformità alle scelte di politica del diritto inverate negli enunciati positivi [61].

6. – Mettendo in atto nella materia che occupa le indicazioni generali di metodo appena illustrate, nella disciplina dei prodotti di investimento assicurativo si rintraccia, anzitutto, la nozione di contratto di investimento assicurativo da intendersi come "un prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato" (art. 1, comma 1°, lett. ss-*bis*, Cap e art. 1, lett. w-*bis*.3, TUF, che richiamano l'art. 4, n. 2, del reg. UE n. 1286/2014). Molto rilevanti, al fine di delimitare i contorni della nozione di prodotti di investimento assicurativi, risultano le *esclusioni* previste dalla medesima disposizione: in base ad essa, non possono essere considerati prodotti di investimento assicurativi né prodotti pensionistici di vario genere né i contratti di assicurazione sulla vita, qualora le prestazioni dedotte in contratto siano dovute *soltanto* in caso di decesso o per incapacità dovuta a lesione, malattia o disabilità. [62] Ancora, all'art. 41 Cap, il legislatore allude, seppur non esplicitamente, alle due tipologie di polizze *linked* più diffuse sul mercato, *unit linked* al comma 1° e *index linked* al secondo. Al comma 4° della medesima previsione, si ammette altresì che tali prodotti possano non prevedere alcuna garanzia di risultato dell'investimento o altra prestazione garantita da parte dell'assicuratore [63]. A completare il quadro normativo concorre la previsione che

[60] Così definisce la base di ricostruzione del tipo normativo DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 140.

[61] Cfr. ALPA, *La causa e il tipo*, cit., 520; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., 196.

[62] La stessa disposizione circoscrive il relativo ambito oggettivo di applicazione, stabilendo che tale definizione non include: "1) i prodotti assicurativi non vita elencati all'allegato I della direttiva 2009/138/CE (Rami dell'assicurazione non vita); 2) i contratti assicurativi vita, qualora le prestazioni previste dal contratto siano dovute soltanto in caso di decesso o per incapacità dovuta a lesione, malattia o disabilità; 3) i prodotti pensionistici che, ai sensi del diritto nazionale, sono riconosciuti come aventi lo scopo precipuo di offrire all'investitore un reddito durante la pensione e che consentono all'investitore di godere di determinati vantaggi; 4) i regimi pensionistici aziendali o professionali ufficialmente riconosciuti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2003/41/CE o della direttiva 2009/138/CE; 5) i singoli prodotti pensionistici per i quali il diritto nazionale richiede un contributo finanziario del datore di lavoro e nei quali il lavoratore o il datore di lavoro non può scegliere il fornitore o il prodotto pensionistico".

[63] Si tratta di previsione, rubricata "contratti direttamente collegati ad indici o a quote di organismi di investimento collettivo del risparmio" che detta le regole in tema di coperture delle riserve tecniche cui so-



colloca, nel catalogo delle attività assicurative del c.d. ramo-vita, il ramo III che comprende le sole assicurazioni sulla vita (ossia quelle di cui ai rami I e II, sulla durata della vita umana e di natalità e nuzialità) "le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento" (art. 2 Cap) [64]. Come già osservato, le altre previsioni di carattere inderogabile impongono l'obbligo di adeguatezza (o appropriatezza) delle scelte di investimento del capitale del cliente gravante sul distributore assicurativo (art. 121-*septies* Cap).

A partire da questi, pur frammentari, addentellati normativi l'interprete può procedere nell'opera di individuazione del tipo normativo sotteso alla disciplina in esame. Anzitutto, sul piano delle obbligazioni principali gravanti sulle parti, nello schema legale del contratto di investimento assicurativo, da un canto il cliente si obbliga a versare un capitale (generalmente in un'unica soluzione); dal canto suo, l'obbligazione primaria del distributore assicurativo consiste nell'investimento di questo capitale in quote di organismi di investimento collettivo del risparmio e nella restituzione al cliente al controvalore di mercato dei fondi medesimi (nel caso polizze *unit linked*) o di altro indice di riferimento (nelle polizze *index linked*), alla scadenza del contratto o in occasione dell'esercizio del diritto di riscatto (*i.e.* di recesso) da parte del cliente medesimo [65].

Sul piano del *quando*, l'obbligazione principale dell'assicuratore è legata alla scadenza temporale dedotta in contratto o all'esercizio del potere di riscatto attribuito al cliente.

---

no tenute le imprese assicurative anche con riferimento a tali prodotti assicurativi.

[64] Il codice delle assicurazioni private ripropone al comma 1° dell'art. 2 la classificazione per ramo dei rischi appartenenti al comparto vita, precedentemente contenuta nell'allegato I al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 174. Pur non presentando apprezzabili novità di carattere contenutistico – essendo rimasta sostanzialmente immutata la descrizione dei rami – assume, tuttavia, un significativo rilievo sul piano sistematico la diversa collocazione topografica attribuita a tali disposizioni, anticipata all'*incipit* del testo normativo. A mutare è stato esclusivamente la rappresentazione del ramo III che risulta più puntuale di quella contenuta nella previgente disciplina e, quindi, più rispondente alla triplice tipologia di polizze c.d. *linked* conosciuta nella prassi (polizze collegate a quote di fondi esterni, polizze collegate a quote di fondi interni e polizze collegate ad indici o altri valori esterni). In dottrina non si è mai dubitato, peraltro, che l'espressione "connessione con fondi di investimento", contenuta nel d.lgs. n. 174/1995, fosse da intendere in senso ampio e, quindi, riferibile a tutte e tre le ipotesi menzionate (si veda, per tutti, SPOLIDORO, Sub *art. 2*, in *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, a cura di Partesotti e Ricolfi, Padova 2000, 56 s.). In tema si veda CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *RDC*, 2009, 89.

[65] Su questo profilo cfr. STELLA RICHTER JR., *Obbligo di restituire e obbligo di gestire nell'attività finanziaria: alla ricerca di una disciplina per gli "ibridi" bancari ed assicurativi*, in *Banca, impresa e società*, 2002, 495 ss.



Sul piano del *quantum*, elemento connotativo è il collegamento (*link*) tra la misura della prestazione dell'assicuratore e l'investimento sul mercato finanziario del capitale: in altri termini, la prima è commisurata al valore degli strumenti finanziari nei quali è stato investito il premio versato dal contraente assicurato esposto al c.d. *rischio di mercato*, ossia alla volatilità dei prezzi nei mercati finanziari. Ciò che appare tratto tipologicamente caratterizzante del contratto di investimento assicurativo è che tale rischio di mercato è assunto in tutto, o almeno in parte, dal cliente: come desumibile dalla richiamata definizione di prodotto di investimento assicurativo e dall'art. 41 Cap, nel contratto può non essere contemplata a favore del sottoscrittore una garanzia di rendimento dell'investimento o finanche di restituzione del capitale originariamente versato o alcun altra prestazione garantita collegata al verificarsi di un evento della vita del contraente. Come meglio si dirà a breve, nel differente atteggiarsi e dislocarsi dell'alea negoziale si dà la *ratio distinguendi* tra il prodotto di investimento assicurativo e lo schema tipico del contratto di assicurazione sulla vita.

Si è al cospetto di un contratto a prestazioni sinallagmatiche, nel quale assume rilievo il peculiare contenuto delle prestazioni che le parti reciprocamente si obbligano ad eseguire e si apre una necessaria proiezione temporale, di durata, nell'attuazione del rapporto. L'investimento sui mercati finanziari dei fondi monetari del cliente forma, pertanto, l'*oggetto* del contratto, e non un mero elemento esterno all'operazione contrattuale. Si tratta di una fattispecie contrattuale che si biforca in una fase di *programmazione*, ossia di individuazione degli obiettivi del cliente, delle caratteristiche dell'investimento, del rischio di mercato atteso, da consegnare ad una sorta di contratto-quadro; e in una consecutiva fase di *attuazione*, consistente nelle singole operazioni di investimento e disinvestimento, dispiegate necessariamente lungo un (più o meno ampio) arco temporale, che esigono, ineludibilmente una (più o meno ampia) dose di discrezionalità dell'intermediario professionale, implicante la possibilità di correzione, riallineamento o mutamento delle scelte di allocazione sul mercato dei capitali. Queste scelte dovranno rispondere alla regola di adeguatezza (o appropriatezza, secondo i casi) al profilo del cliente medesimo, ora, come detto, prescritta espressamente nella regolamentazione speciale dei prodotti di investimento assicurativi come per ogni altro contratto di investimento (art. 121-*septies* Cap). Dall'andamento di queste operazioni di investimento dipenderà, in definitiva, il *quantum* della prestazione dovuta dal distributore assicurativo alla scadenza del contratto o al momento dell'esercizio del potere di riscatto. Nel contratto di investimento assicurativo è allora il cliente, e non il distributore assicurativo, a sopportare il rischio legato all'andamento dell'investimento del capitale corrisposto: è l'alea meramente *economica* paradigmatica del contratto di investi-



mento, normalmente addossata all'investitore [66]. La gestione e messa a rendimento sul mercato mobiliare da parte dell'intermediario del capitale affidato dal cliente, a esclusivo rischio di quest'ultimo, penetrano quindi nella causa del contratto di investimento assicurativo: esso si caratterizza per una indefettibile causa *speculativa*, colorata da una peculiare componente gestoria [67].

Nel complesso degli elementi sinora raffigurati va individuata la c.d. componente di investimento del prodotto di investimento assicurativo. Essa ne forma una cifra indefettibile, com'è possibile evincere dal richiamato regime delle esclusioni contemplato dalla nozione di prodotto di investimento assicurativo: quest'ultimo, infatti, non può coincidere né con un prodotto di tipo pensionistico, né con un *puro* contratto di assicurazione sulla vita, attesa l'esclusione dalla sua nozione dei contratti in cui la prestazione dell'assicuratore dipenda *esclusivamente* dal decesso del contraente o da altre eventi attinenti alla sua vita (art. 4, n. 2, del reg. UE n. 1286/2014) [68]. È agevole ricavarne come esso non possa esaurirsi a una figura avente funzione squisitamente previdenziale e/o assicurativa.

---

[66] Antecedentemente al recepimento nell'ordinamento interno della *IDD*, la dottrina maggioritaria ha predicato una qualificazione di tali polizze alla stregua di "contratti innominati di investimento", ove fa evidentemente premio la spiccata componente speculativa dell'operazione posta in essere dalle parti: così A. GAMBINO, *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, cit., 192; ID., *Linee di frontiera tra operazioni di assicurazioni e bancarie e nuove forme tecniche dell'assicurazione mista sulla vita a premio unico*, in *Ass.*, 1993, I, 165; ID., *La prevenzione nelle assicurazioni sulla vita e nei nuovi prodotti assicurativo-finanziari*, in *Ass.*, 1990, 39 ss.; ID., Mercato *finanziario, attività assicurativa e risparmio previdenziale*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 22 ss.; SABATELLI, *I prodotti misti assicurativi e finanziari*, in *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, a cura di Patroni, Griffi e Ricolfi, Milano, 1997, 110; ovvero di strumenti finanziari: GALGANO, *Il ''prodotto misto'' assicurativo-finanziario*, cit., 91; GRECO, *Violazione del principio di buona fede e tutela dei sottoscrittori di polizze vita* index linked, in *Obbl. e contr.*, 2010, 584; ss.; GUADAGNO, *La natura delle polizze unit linked e la disciplina applicabile*, in *NGCC*, 2011, II, 155 ss.; LANDINI, *Art. 1923 c.c., e polizze* index *e* unit linked, in *Riv. giur. sarda*, 2011, I, 394 ss.; PALMENTOLA, *Sulla pignorabilità delle polizze* index linked, in *NGCC*, 2011, I, 190 ss.; SIRI, *I prodotti finanziari assicurativi*, cit., *passim*; ALBANESE, *L'assicurazione sulla vita*, cit., 92 ss. In senso contrario si esprime in particolare VOLPE PUTZOLU, *Le polizze* linked *nel diritto europeo e nel diritto italiano*, cit., 213 ss.; EAD., *Le polizze* linked *tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, cit., 400, secondo cui "le polizze *linked* non sono «prodotti finanziari», ma contratti di assicurazione connessi con una operazione finanziaria o, se si preferisce, con un prodotto finanziario. Il rilievo dell'operazione finanziaria è, quindi, soltanto indiretto". Analogamente NAZZARO, *Disciplina applicabile ai prodotti finanziari assicurativi: le cosiddette «polizze* linked*»*, in *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, cit., 175 ss., che valorizza le regole sullo svolgimento dell'impresa assicurativa dettate in tema di riserve tecniche anche con riguardo ai prodotti di investimento assicurativi.

[67] Discorre di *causa lucrandi* ROSSETTI, *Polizze "linked" e tutela dell'assicurato*, cit., 225.

[68] In tal senso si orienta anche BRIZI, *Le nuove categorie normative in materia di prodotti finanziari*, cit., 29, secondo cui le esclusioni *ex lege* riguardano le polizze stipulate per soddisfare una finalità eminentemente previdenziale.



D'altro canto, la stessa espressione *componente* di investimento vale a indicare che si tratta soltanto della parte di un tutto. Il prodotto di investimento assicurativo resta, infatti, inquadrato nella categoria dei prodotti assicurativi del c.d. ramo-vita [69], confezionato e immesso sul mercato da una impresa assicurativa, e ciò non può che esibire una immediata refluenza sulla configurazione del tipo negoziale. Se ne desume che in seno al regolamento contrattuale del prodotto di investimento assicurativo dovrà, in ogni caso, essere contemplata una prestazione, consistente nel pagamento di un capitale, legata al verificarsi di un evento della vita o della morte del contraente. Va detto che la questione dell'estensione e dei limiti dell'autonomia contrattuale degli operatori professionali in questa materia si gioca proprio in punto di distribuzione del rischio finanziario in capo al cliente e di determinazione della misura di siffatta prestazione nel singolo contratto di investimento assicurativo. Come meglio si illustrerà nel prosieguo, dalla correlazione della prestazione dovuta dall'assicuratore in caso di morte o sopravvivenza del contraente ad un rischio demografico e finanziario dipende la ricorrenza nel singolo prodotto di investimento assicurativo di un contenuto propriamente assicurativo e, pertanto, di una connotazione previdenziale della causa del contratto. È in tale componente che si rintraccia la *sostanza* assicurativa del negozio in discorso, che non si esaurisca esclusivamente al piano della formale classificazione nel "ramo-vita", bensì ne denoti il *proprium* assicurativo in senso classico-moderno.

Ciò detto, appare evidente come la *giuridificazione* del contratto di investimento assicurativo risulti – come anticipato nel paragrafo precedente – parziale, vista la registrata incompletezza del dato normativo: sicché non perde di senso, sia speculativo sia pragmatico, l'operazione ermeneutica di accostamento del contratto di investimento assicurativo a tipi contrattuali finitimi che gli si avvicinino per struttura e funzione [70]. Essa risulta, in-

[69] Risulta tagliato fuori il *genus* dei contratti di assicurazione contro i danni. Secondo BRIZI, *Le nuove categorie normative in materia di prodotti finanziari*, cit., 25, nt. 6, non appare intercettato da questa traiettoria evolutiva il genere complementare delle assicurazioni contro i danni. La ragione per la quale il contratto di assicurazione sulla vita a ciò meglio si presti rispetto all'assicurazione contro i danni sembra potersi individuare nel fatto che quanto nel ramo danni trova limite *ex lege* nel principio indennitario (sintetizzabile nella cogente aderenza della misura e della stessa debenza della prestazione assicurativa al "danno prodotto dal sinistro" *ex* art. 1882 cod. civ.), per le polizze vita appare invece slegato da particolari vincoli esterni. In definitiva, nel ramo vita, mancando qualsiasi referente oggettivamente limitante quale è invece rappresentato dal pregiudizio subito dall'assicurato nelle polizze danni, l'apprezzamento e la quantificazione del rischio cui è soggetto l'assicurato dipendono esclusivamente dalla percezione, da parte di quest'ultimo, delle necessità previdenziali assolte dal contratto.

[70] Non dissimile nei termini è stato invero il dibattito sollevato dalle polizze cauzionali o fideiussorie contemplate nel comparto danni (ramo XV, art. 2, comma 3°, Cap) e connotate dalla clausola a prima richiesta e senza eccezioni, delle quali si discuteva la natura assicurativa o di garanzia. L'orientamento preva-



fatti, necessaria all'individuazione delle regole chiamate a colmare le lacune della disciplina specifica del contratto di investimento assicurativo, nella dicotomia tra il modello dell'assicurazione sulla vita e quello del contratto per la prestazione di servizi di investimento. Si tratta di porre mano a un'operazione di precisazione di confini e di verifica di possibili intersezioni e contraccolpi con i tipi contrattuali finitimi.

7. – Nel percorso di indagine tratteggiato, non pare un fuor d'opera preliminarmente individuare i tratti distintivi del modello codicistico dell'assicurazione sulla vita in generale, al fine di mettere in luce soluzioni di continuità e discontinuità con il contratto di investimento assicurativo. In questa limitata sede, non è possibile *pour cause* riepilogare le molteplici ricostruzioni offerte della dottrina. In sintesi, può dirsi che la riflessione si è soffermata sull'individuazione della causa – concepita qui quale funzione del contratto astrattamente configurata dal legislatore – sia dell'assicurazione contro i danni che dell'assicurazione sulla vita, e, più in generale, sulla sistemazione dogmatica del contratto di assicurazione [71], dividendosi com'è noto tra tesi cosiddette monistiche [72], dualisti-

---

lente in letteratura e ormai consolidatosi anche in giurisprudenza riconosce alle polizze fideiussorie la natura di garanzie personali del credito assimilabili, nella sostanza, al c.d. contratto autonomo di garanzia. Sia sufficiente richiamare la nota pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite, del 18 febbraio 2010, n. 3947 (con riguardo alla quale può vedersi il commento di TARTAGLIA, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 497 ss.) nonché la successiva Cass. 10 gennaio 2012, n. 65. In dottrina escludono, tra gli altri, l'indole assicurativa delle polizze fideiussorie CALVO, *Il contratto di assicurazione (Fattispecie ed effetti)*, in *Tratt. della resp. civ.*, diretto da Franzoni, 2012, 159 ss.; CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano 2006, 493 ss.

[71] Per una più esauriente rappresentazione delle diverse concezioni elaborate in letteratura si veda CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 42 ss.; nonché ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, I, *L'impresa di assicurazione. Il contratto* di *assicurazione in generale*, Padova, 2011, 738 ss.

[72] Già nella vigenza del codice di commercio si era levata a favore della concezione unitaria l'autorevole voce di VIVANTE *Trattato di diritto commerciale*, 5° ed., IV, *Le obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, Milano, 1928, § 129, n. 1856, 334 ss., spec. 338 s. e n. 1863, 356, secondo cui il minimo comune denominatore tra ogni specie di assicurazione è costituito da una generica "tecnica di sicurezza che il contratto permette agli assicurati", considerato "che l'impresa può coprire con sicurezza i rischi altrui perché può raccogliere mercé le contribuzioni degli assicurati un fondo corrispondente al valore attuale che dovrà loro pagare più tardi". Sotto l'impero del codice civile attuale, propendono per una concezione del contratto di assicurazione fondata sulla sua natura indennitaria, pur con diversità di argomenti, DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, 21 ss.; ASCARELLI, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 364 ss.; spec. 391 ss.; ID., *Elisir di lunga vita e interesse nell'assicurazione*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1952, 1148 ss.; BUTTARO, voce *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 427 ss.; ID., voce *Assicurazione contro i danni*, ivi, 493; ID., voce *Assicurazione sulla vita*, ivi, 611 ss. Altra concezione monistica è la c.d. teoria economica fondata sull'insorgenza



che [73] e pluralistiche [74], a seconda della identificazione di uno, due o più tipi contrattuali nel disegno consegnato dal compilatore codicistico agli artt. 1882 e seguenti.

Sul piano della causa del contratto di assicurazione sulla vita, diverse sono le tesi avanzate in letteratura. Tra di esse, ha prevalso per lungo tempo quella che vi ravvisa, analogamente all'assicurazione contro i danni, una funzione di tipo *indennitario*, reputando che la morte e gli altri eventi della vita suscettibili di essere contemplati siano idonei a determinare un danno in senso lato. Altra impostazione, affermatasi in tempi più recenti, ne identifica una funzione tipicamente *previdenziale*, talora comune all'assicurazione contro i danni [75] talora contrapposta [76]. Muovendo dall'assunto dell'incompletezza del dato normativo

---

nell'assicurato di un bisogno economico: la più compiuta illustrazione si deve a GOBBI, *Osservazioni sulla relazione tra caratteri economici e giuridici dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1936, 249 ss. Altra nota elaborazione assegna in generale al contratto di assicurazione una funzione *lato sensu* previdenziale: cfr., in luogo di altri, F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *R. it. prev. soc.*, 1948, 188; ID., *Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Ass.*, 1962, 45. Altra isolata opinione afferma che le due figure assicurative previste dall'art. 1882 cod. civ., presenterebbero come tratto comune il c.d. "trasferimento del rischio", ossia l'eliminazione, a vantaggio dell'assicurato, del rischio e/o dell'alea economica di un evento: SALANDRA, *Dell'assicurazione*3, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 179 ss., spec. 185 ss. Per la concezione unitaria propende, più di recente, BRACCIODIETA, *Del contratto di assicurazione. Disposizioni generali (Artt. 1882-1903)*, in *Comm. al cod. civ.* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2012, 19 ss.

[73] La rappresentazione più compiuta di questa tesi si deve a FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, XXXVI, 1, Milano 1973, 90 ss., 461 ss.; ID., *La «*summa divisio*» delle assicurazioni private: riflessioni su di un vecchio problema*, in *Foro it.*, 1962, IV, c. 51 ss. Più di recente si orienta in questo senso CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, cit., 70, secondo il quale "nel diritto italiano i contratti propriamente assicurativi sono oggettivamente idonei a realizzare due e due sole funzioni, sufficientemente delineate, ad ognuna delle quali corrisponde una precisa disciplina". Prosegue affermando che assicurazione contro i danni e assicurazione sulla vita "non presentino alcune caratteristiche comuni soprattutto, ma non esclusivamente, di genere strutturale. Tuttavia […] queste non sono sufficienti per la configurazione di un tipo contrattuale unitario. Si è innanzi a due tipi differenti che, se si vuole, possono costituire insieme una sottocategoria (di contratti aleatori) ai quali il legislatore ha riconosciuto una porzione – per il vero modesta – di disciplina comune (c.d. disciplina metatipica)".

[74] Argomenta per l'esistenza di uno schema aperto, caratterizzato da più sottotipi, in ragione della varietà delle prestazioni suscettibili di essere promesse dall'impresa SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, Milano, 1992, 10 ss.

[75] L'idea della funzione previdenziale dell'assicurazione in generale si deve a F. SANTORO PASSARELLI, *Funzione delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, cit., 45; già ID., *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, cit., 188, dove l'A. precisa che l'assicurazione sulla vita adempie "ad una funzione di previdenza, tanto se l'assicurazione sia fatta per un evento attinente alla durata della vita umana diverso dalla morte dell'assicurato quanto se sia fatta per questo evento".

[76] In tal senso, tra gli altri, FANELLI, *Prestazione di rendita e assicurazione di rendita: note preliminari per la disciplina della previdenza integrativa*, in *Ass.*, 1987, I, 197 ss., spec. 213; SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, cit., 81 ss., nt. 30; nonché MARCHETTI, *La previdenza privata nel sistema delle impo-*



codicistico concernente questo tipo negoziale, è stata prospettata l'esigenza di integrarne in via interpretativa il tessuto per mezzo della valorizzazione delle norme costituzionali, che all'art. 38 riconoscono e tutelano, accanto al sistema pensionistico pubblico e obbligatorio, anche la previdenza privata. Strumento precipuo di espressione è rappresentato proprio dal contratto di assicurazione sulla vita, il quale partecipa di tale causa previdenziale, oggetto, per l'appunto, di piena protezione nel nostro ordinamento a livello costituzionale [77]: tale funzione previdenziale si contrassegna per l'indefettibile "collegamento che viene istituito […] tra l'erogazione della prestazione da parte di un soggetto che ha preventivamente raccolto le risorse dal beneficiario della stessa […] e il verificarsi di un evento della vita umana contemplato dalle parti, di guisa che dette risorse vengono vincolate definitivamente alla specifica finalità alla quale sono state destinate — ossia alla soddisfazione dei bisogni del beneficiario originati dall'accadimento di tale evento — e non possono in alcun modo essere distolte dalla stessa" [78]. È una visione accolta anche dalla giurisprudenza a Sezioni Unite della Cassazione, che riconosce nella causa previdenziale dell'assicurazione sulla vita una funzione di soddisfacimento di "bisogni dell'età post-lavorativa o derivanti dalla morte di chi percepisce un reddito" ovvero "di bisogni altrui" [79].

Infine, va segnalata anche l'opposta tesi di chi sostiene che dalle previsioni codicistiche relative all'assicurazione sulla vita non si stagli in modo chiaro e definito la funzione perseguita da tale contratto e che, pertanto, debba ammettersi che lo schema assicurativo sia *polifunzionale*, strumentale al conseguimento di finalità tra loro anche molto differenti, che i paciscenti concretamente perseguano (di investimento, di garanzia *etc.*) [80].

---

ste sui redditi, Padova 1989, 35, il quale rileva che "l'assicurazione è l'unico strumento giuridico utilizzabile sul piano contrattuale che consente – in mancanza di una disciplina legale che regolamenti la previdenza privata – di ripetere in forma privatistica lo schema pubblicistico del rapporto previdenziale, storicamente ed intrinsecamente assicurativo".

[77] Così A. GAMBINO, *Linee di frontiera tra operazioni di assicurazioni e bancarie e nuove forme tecniche dell'assicurazione mista sulla vita a premio unico*, cit., 164, il quale sostiene che tale funzione rinviene il primo e fondamentale referente normativo nel comma 5° dell'art. 38 Cost. e la forma più lineare di espressione nell'assicurazione sulla vita di cui agli artt. 1919 ss. cod. civ., alla quale è accordata diretta protezione costituzionale.

[78] Descrive in questi termini la funzione previdenziale per così dire generica CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, cit., 90-91; ID., *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, cit., 61 ss.

[79] Così Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Foro it.,* 2008, 9, 1, 2540, con nota di LA ROCCA, *Le sezioni unite e la «dimensione evolutivamente assunta ... dell'assicurazione sulla vita»;* ivi, 3434, con nota di FERRARI, *La funzione previdenziale fra diritto pubblico e diritto privato*. Nella sentenza si afferma che l'assicurazione sulla vita è "l'assicurazione privata (pur nelle possibili sue varie modulazioni negoziali) maggiormente affine agli istituti di previdenza elaborati dalle assicurazioni sociali."

[80] Così VOLPE PUTZOLU, *Le polizze* linked *tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, cit., 407: "il po-



In questo ventaglio di ricostruzioni, appare opportuno fissare taluni punti fermi nel quadro codicistico in tema di assicurazione sulla vita, utili al ragionamento che si sta portando avanti. Anzitutto, dagli artt. 1882 e 1919 cod. civ. emerge la necessità che, a fronte di una prestazione certa da parte dell'assicurato (o contraente), ossia il pagamento del premio, la prestazione dell'impresa assicurativa (consistente nel pagamento di un capitale o di una rendita) sia, viceversa, subordinata al verificarsi di un "evento attinente alla vita umana" del contraente. Tal evento deve connotarsi per il fatto di essere futuro ed *incerto* in ordine all'*an* (nelle polizze legate alla c.d. sopravvivenza, natalità, nuzialità, invalidità grave etc.) o quantomeno al *quando* (morte del contraente)[81]. Si afferma, per conseguenza, l'inquadramento del contratto di assicurazione sulla vita nella categoria dei contratti *aleatori*: essi, com'è noto, si caratterizzano per l'assunzione di un rischio da parte di un contraente correlato all'incertezza dell'evento dedotto in contratto, sfuggente al controllo delle parti, da cui dipende la misura o l'esigibilità stessa della sua prestazione[82]. Nell'assicurazione sulla vita, specificamente, l'assicuratore assume un rischio normalmente definito come "demografico", ossia di ordine probabilistico, legato all'incertezza di un evento attinente alla vita del contraente, che incide sulla quantificazione delle prestazioni delle parti e, quindi, sul nesso di corrispettività delle medesime[83].

---

stulato che il contratto di assicurazione sulla vita debba avere necessariamente una funzione «previdenziale» non trova alcun riscontro nella disciplina del codice civile"; e soggiunge che "la nozione del codice civile è «neutra» per quanto riguarda la finalità del contraente".

[81] Per una dettagliata esposizione della pluralità di modi nei quali l'evento può incidere sullo schema della polizza sulla vita v. CASTELLANO, *Vicende del rapporto di assicurazione sulla vita (Risoluzione di diritto, riduzione e riscatto. Il mutuo su polizza*), Padova 1963, 127; più di recente BARISON, *Art. 1919*, in BARISON-GAGLIARDI, *Dell'assicurazione sulla vita Artt. 1919-1927*, in *Comm. al cod. civ.* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2013, 10 ss.

[82] Com'è noto, il codice civile del 1865 annoverava espressamente il contratto di assicurazione tra quelli aleatori e gli studiosi lo hanno tradizionalmente fatto assurgere a paradigma della categoria. Anche sotto l'impero del codice vigente la dottrina prevalente ha continuato a predicare l'aleatorietà dell'assicurazione: si veda, per tutti, NICOLO', voce *Alea*, in *Enc. dir*., II, Milano, 1958, 1034; A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, *passim*. Nega invece la riconduzione del contratto di assicurazione alla categoria dei contratti aleatori DI GIANDOMENICO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Tratt. dir. priv*., diretto da Bessone, XIV, Torino, 2005, 55.

[83] Secondo CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, cit., 95, dalla definizione legislativa del contratto di assicurazione sulla vita di cui agli artt. 1882 e 1919 cod. civ. "si evince senza possibilità di equivoco che per potersi integrare la fattispecie legale del modello deve necessariamente sussistere il rischio demografico; occorre, cioè, che il regolamento contrattuale attribuisca ad un evento futuro ed incerto, attinente alla vita umana, l'idoneità ad incidere sulla esigibilità e/o sulla determinazione della prestazione dell'assicuratore (artt. 1882 e 1895 c.c.)". In questo senso, altresì, MIOLA, *Assicurazione e mercato finanziario*, in *Dir. e giur.*, 2000, 20. In senso opposto VOLPE PUTZOLU, *Le polizze* unit linked *e* index linked, in *Ass*., 2000, 235, configura un modello generale particolarmente



Dalle disposizioni generali sul contratto di assicurazione si evince la centralità dell'elemento del *rischio* che conforma, in particolare, l'obbligazione principale dell'assicuratore, la cui sussistenza e attualità, in pari tempo, è: *i)* presupposto di validità del contratto medesimo (art. 1895); *ii)* aspetto centrale nella predeterminazione ad opera delle parti in fase precontrattuale, oggetto di attenzioni da parte del legislatore codicistico, il quale elabora qui regole che parzialmente derogano norme di parte generale del contratto (artt. 1892 e 1893); *iii)* elemento le cui vicende nel corso del rapporto arrivano a impingere sull'equilibrio e sulla modulazione delle rispettive prestazioni o finanche sulla stessa persistenza del *vinculum* (artt. 1896, 1897 e 1898)[84]. Soprattutto, la perimetrazione del rischio connota il *sinallagma* contrattuale, posto che le previsioni dettate sul contratto di assicurazione in generale rendono rilevante giuridicamente (oltre che operativamente sul piano della tecnica assicurativa, contrassegnata dal procedimento attuariale) la relazione tra rischio e determinazione del premio dovuto dall'assicurato, sia in fase di formazione del contratto che lungo tutta la durata del rapporto[85].

Alla luce di questi elementi devono svolgersi talune considerazioni in riferimento al tema della causa del contratto di assicurazione sulla vita. Il richiamo alla "funzione previdenziale" dell'assicurazione sulla vita finisce, nei termini prospettati, per peccare di *vaghezza*, nel senso che esso non pare idoneo a tenere distinto – semmai piuttosto a raggruppare – siffatto tipo contrattuale da altre figure negoziali e non (ad esempio i fondi pensione, individuali o collettivi, o il contratto di rendita vitalizia), le quali partecipano di una generica destinazione previdenziale, ma non possono per ciò solo essere conside-

---

"elastico" di assicurazione della vita, in virtù del quale l'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore non sarebbe elemento indefettibile del contratto di assicurazione sulla vita e ciò troverebbe conforto nelle regole riguardanti ai criteri di computo delle riserve tecniche e al margine di solvibilità delle imprese. *Contra* ROSSETTI, *Polizze "linked" e tutela dell'assicurato*, cit., 232, che ritiene forzata "l'affermazione secondo cui il contratto di assicurazione sulla vita può prescindere dal rischio, e avere, dunque, una funzione tanto assicurativa quanto finanziaria", in quanto questa "finisce col trasformare il contratto in esame in un negozio causalmente polimorfo". Una definizione di "rischio demografico" si trova in Cass., 18.4.2012, n. 6061, in *Foro it*. 2013, 2, I, 631, con nota di BECHI, ove viene inteso "quale differenza tra la durata della vita del contraente e la durata media della vita".

[84] In generale sulla individuazione dei caratteri ontologici e normativi del rischio assicurabile e sulla relativa disciplina si veda, in luogo di molti, DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, cit.; BUTTARO, voce *Assicurazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 483 ss.; FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., 66; SCALFI, voce *Assicurazione*, in *Dig. disc. priv., sez. comm*., I, Torino, 1987, 339 ss.; GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni. L'impresa – I Contratti*, cit.,182, 256 ss.

[85] Sul significato tecnico della nozione di premio e sulla correlazione con il rischio si vedano A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., 377 ss.; G. FERRI, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni*, Roma, 1963, 114; FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., 33 ss.; VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in *Tratt. dir. priv*., diretto da Rescigno, XIII, Torino, 1985, 55 ss.



rati contratti di assicurazione. La causa dell'assicurazione sulla vita deve essere più esattamente specificata e modellata sulla prominente rilevanza dell'evento della vita umana dedotto in contratto e sul particolare congegno aleatorio in virtù del quale il rischio correlato al verificarsi di siffatto evento incide sull'esigibilità e sulla misura della prestazione delle parti. È in ragione della sussistenza di questi elementi nella conformazione del singolo e concreto contratto che l'interprete deve condurre il procedimento di qualificazione e scrutinarne la riconducibilità o meno al tipo dell'assicurazione sulla vita.

8. – Fissate queste coordinate di riferimento, è quindi possibile procedere nella riflessione sulla peculiarità del contratto di investimento assicurativo che emerge dalle previsioni analizzate e nella richiamata operazione di regolamento di confini tra modelli contrattuali vicini. Si potranno altresì verificare gli spazi di autonomia mantenuti dall'autonomia privata nella determinazione dell'assetto di interessi riveniente dal contratto, entro lo spettro di elasticità del tipo ammesso dal legislatore.

Si è detto che la componente finanziaria è elemento necessario e predominante del negozio di investimento assicurativo, che lo contrassegna sul piano delle obbligazioni principali gravanti sulle parti: per il cliente consiste nel versamento di un capitale affidato a un operatore professionale. Sull'altro versante, la controparte professionale è tenuta primariamente all'ottimale gestione e messa a rendimento di questo capitale, da realizzare attraverso l'acquisto e vendita di quote di fondi comuni di investimento, e alla restituzione al cliente. [86] Difatti, dagli esiti di queste operazioni di investimento dipenderà, in definitiva, l'ammontare della prestazione dovuta dal distributore assicurativo alla scadenza del contratto o al momento dell'esercizio del potere di riscatto. Nel contratto di investimento assicurativo, come s'è detto, è il cliente, e non il distributore assicurativo, a sopportare il rischio legato alle fluttuazioni di valore del capitale investito. Ciò apre uno *iato* con il modello codicistico dell'assicurazione sulla vita, in particolare sotto il profilo dell'*alea* correlato all'incertezza dell'evento della vita del contraente assicurato, che fa emergere una diversa fisionomia del contratto legata all'*inversa* allocazione del rischio. Nel modello codicistico del contratto di assicurazione sulla vita, l'aleatorietà *giuridica* rappresenta, come detto, un momento causale coessenziale al negozio assicurativo, posto

[86] L'assicuratore o la banca operano pertanto in qualità di intermediari, o meglio di gestori, investendo sul mercato mobiliare il capitale affidato dal cliente, dedotte le commissioni da cui traggono il corrispettivo dell'attività svolta.



che l'assicuratore assume nella sua sfera giuridica (ed economica) un rischio correlato al verificarsi della morte o di un altro evento attinente alla vita della persona del contraente, che incide sull'*an* o quantomeno sul quando della prestazione dovuta, nonché in certi casi sulla determinazione del *quantum*. Per converso, alla *species* di contratto di investimento assicurativo qui in esame è sottesa un'alea puramente *economica*, ossia il rischio della *perfomance* dei mercati finanziari, ed essa viene fatta interamente sul cliente. Svanisce l'alea giuridica propria del contratto di assicurazione: l'assicuratore non assume, infatti, né un rischio demografico legato all'incerto verificarsi di un evento futuro attinente alla vita del cliente né alcun rischio finanziario [87].

Anche dalla prospettiva dell'obbligazione principale del cliente si coglie il distacco del prodotto di investimento assicurativo dallo schema dell'assicurazione sulla vita di marca codicistica: la sua prestazione non può essere qualificata in senso tecnico di pagamento di un premio, nell'accezione accolta dal legislatore del 1942, dal momento che sulla sua entità non spiega alcuna incidenza né il rischio individuale riferito a quella specifica controparte né il rendimento probabile dell'investimento sul mercato mobiliare delle somme versate anticipatamente dal cliente. [88] Ne esce, in definitiva, profondamen-

[87] Nella vastissima letteratura che dibattuto sulla distinzione tra alea giuridica ed alea economica o normale del contratto si vedano, senza pretesa di completezza, BOSELLI, *Rischio, alea e alea normale nel contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1948, 769; ID., voce *Alea*, in *Noviss. Dig. it*., I, I, Torino, 1957, 476; NICOLÒ, voce *Alea*, cit., 1024 ss.; PINO, *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. trim. dir e proc. civ*., 1960, 1221 ss.; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960, 112; A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., 9 ss.; E. GABRIELLI, *Alea e rischio contrattuale*, Napoli, 1997; BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, 49 ss.; FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001, *passim*; DI GIANDOMENICO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, cit., 59, che dà ampio conto delle diverse teorizzazioni. In particolare sull'aleatorietà nei contratti di borsa si veda i fondamentali studi di ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *BBTC*, 1958, I, 435 ss.; nonché E. GABRIELLI, *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *BBTC*, 1986, I, 572.

[88] Va qui ricordato l'insegnamento di F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni*, Milano, 1963, 211, nt. 17, il quale ricorda che il *praemium* era così definito in quanto corrispettivo che veniva riscosso anticipatamente dall'assicuratore: non può, per ciò, accettarsi la tesi per la quale il concetto di premio troverebbe esclusivamente fondamento nella tecnica assicurativa, non basato sulla determinazione del rischio singolo, bensì delle astratte probabilità di rischio desunte dalla legge dei grandi numeri (così G. FERRI, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, ivi, 114). Secondo BUTTARO, voce *Assicurazione (contratto di)*, cit., 483, il premio deve essere commisurato al valore dell'interesse assicurato e alla probabilità del verificarsi del sinistro o dell'evento. Per GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni. L'impresa – I Contratti*, cit., 186, il premio è il corrispettivo determinato, in virtù dell'applicazione della tecnica assicurativa, in funzione del valore del rischio medio collegato ad una massa di rischi individuali omogenei. Si veda altresì VOLPE PUTZOLU, *Le polizze* linked *nel diritto europeo e nel diritto italiano*, cit., 34, la quale sottolinea come "è innegabile che per «premio» gli autori del codice civile intendessero una controprestazione calcolata su basi probabilistiche"; ed aggiunge che "nell'assicurazione sulla vita, contratti generalmente di durata medio-lunga, la componente finanziaria, consistente nel rendi-



te modificata la giustificazione causale che avvince le corrispettive prestazioni dell'assicurato e dell'assicuratore svaporando il tradizionale carico di incertezza che caratterizza la prestazione della società assicuratrice rispetto al momento della sua esecuzione e alla sua consistenza [89].

L'allontanamento dal modello codicistico del contratto assicurativo sulla vita è, altresì, suffragato dal *ribaltamento* di prospettiva emergente tra le *rationes* soggiacenti alla regolamentazione degli obblighi di *informazione*. Le previsioni che il codice civile dedica specificamente all'informazione nel contratto di assicurazione sono quelle concernenti le dichiarazioni che l'assicurato rende all'assicuratore e le peculiari conseguenze ricollegate all'eventuale inesattezza o incompletezza delle stesse (artt. 1892 e 1893 cod. civ.) [90]: esse sono, dunque, strettamente strumentali a definire l'esatto perimetro del rischio assunto dall'assicuratore, nel suo stesso primario interesse [91]. Al contrario, nella disciplina dei prodotti di investimento assicurativo, gli obblighi di informazione corrono sull'assicuratore e le informazioni raccolte dall'assicurato sono funzionali a consentire all'intermediario di valutare, stavolta nell'interesse del cliente, la coerenza del prodotto proposto o consigliato alle caratteristiche ed esigenze del cliente medesimo e l'adeguatezza al cliente del rischio di mercato che quest'ultimo assumerà a seguito delle operazioni di investimento compiute (art. 121-*septies* Cap). A ben vedere, allora, si inverte il se-

---

mento probabile delle somme versate anticipatamente dal contraente, incideva in modo significativo sul premio".

[89] Propende per la natura di contratto a prestazioni corrispettive dell'assicurazione, in seno al quale l'alea conforma il sinallagma CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, cit., 67; già DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., 35 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 30.4.2010, n. 10596, in *Dir. econ. assicur.,* 2011, 300, nella quale si legge che "la natura di negozio a prestazioni corrispettive del contratto di assicurazione comporta che, tra le prestazioni di ciascuna delle parti, debba esistere e permanere un costante equilibrio sinallagmatico, onde l'interpretazione delle singole clausole contrattuali non meno che la valutazione – anche presuntiva – del complessivo tessuto negoziale deve rispondere a tale criterio, integrato da quello, di carattere generale, della buona fede. Ne consegue che la determinazione del premio di polizza non può non assumere valore determinante al fine di accertare quale sia il limite massimo dell'obbligazione facente capo all'assicuratore, onde quell'equilibrio sinallagmatico possa dirsi in concreto rispettato". In senso critico argomenta VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, cit., 61 ss., che lo configura quale contratto *lato sensu* associativo, con comunione di scopo; nonché BUTTARO, voce *Assicurazione (contratto di)*, cit., 461.

[90] Si veda sul punto SALANDRA, *artt. 1892-1893 cod. civ*., in *Comm. al codice civile*, fondato da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1966, 236 ss.

[91] Sia chiaro che la disciplina peculiare degli obblighi di informazione nelle norme specificamente dedicate al contratto di assicurazione va letta attraverso le lenti della disciplina generale del contratto e, in particolare, alla luce della clausola generale di buona fede precontrattuale a partire dalla quale, com'è noto, dottrina e giurisprudenza ricostruiscono doveri di protezione e informazione in capo a entrambi i soggetti impegnati nel procedimento di formazione del contratto.



gno algebrico del valore dell'informazione nelle due discipline [92].

In definitiva, si coglie un avvicinamento della fattispecie in esame al polo dei contratti di intermediazione finanziaria: l'investimento del capitale del cliente sul mercato invera l'oggetto del contratto di investimento assicurativo; l'(adeguata) allocazione e gestione di questi fondi da parte dell'intermediario, discrezionale e diluita nel tempo, ed a esclusivo rischio dell'investitore, ne connotano la causa [93]. Per tali cifre caratterizzanti, il contratto di investimento assicurativo esibisce evidenti assonanze con la figura del *contratto di gestione individuale di portafogli* [94], tipizzato dalla legislazione primaria e secondaria sull'intermediazione finanziaria (art. 24 TUF e artt. 39 e ss. Reg. Intermediari Consob) [95].

D'altra parte, il contratto di investimento assicurativo non si riduce a un puro contratto di gestione di portafogli per una serie di ragioni. Anzitutto, perché si tratta di un prodotto "assemblato" e immesso sul mercato da un'impresa assicurativa: con riferimento a queste tipologie di prodotti l'ordinamento assicurativo impone, in ogni caso, alle compagnie assicurative di dotarsi di specifiche riserve "tecniche", anche qualora non siano contemplate prestazioni "garantite" a favore del cliente e questi assuma per intero il rischio economico dell'investimento [96]. Questo è, tuttavia, profilo non dirimente, poiché inerente esclusivamente all'organizzazione dell'attività economica dell'impresa assicurativa e non direttamente refluente sul piano della disciplina dell'atto negoziale [97]. Sotto quest'ul-

---

[92] Sul valore dell'informazione nell'ordinamento assicurativo tra diritto primo e diritto secondo cfr. CORRIAS, *Informativa precontrattuale e trasparenza nei contratti assicurativi tra testo unico finanziario e codice delle assicurazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 265 ss.; CALVO, *Il contratto di assicurazione (Fattispecie ed effetti)*, cit., 71 ss.; ALPA, *I prodotti assicurativi finanziari*, cit., 82; GUACCERO, *Investimento finanziario e attività assicurativa nella prospettiva dell'informazione del risparmiatore*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 16 ss.; RUSSO, *Trasparenza e informazione nel contratto di assicurazione. La prospettiva dell'analisi economica del diritto*, Padova 2001, 89 ss.

[93] Discorre di *causa lucrandi* ROSSETTI, *Polizze "linked" e tutela dell'assicurato*, cit., 225.

[94] Su questa figura negoziale si veda, tra gli altri, MINNECI, *Il contratto di gestione di portafogli: tra identità del «tipo» e accertamento della* mala gestio, in *Riv. dir. civ.*, 2019, II, 1369 ss.; GIUDICI, *Contratti per consulenza e gestione di portafogli. Servizi accessori. Offerta fuori sede. Rimedi*, in *Mercati regolati*, *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, Milano, 2014, V, 1101 ss.; COSSU, *Contratto di gestione di portafogli*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli-Lener, Torino, 2011, 743 ss.

[95] In senso contrario a questo accostamento VOLPE PUTZOLU, *Le polizze* Unit linked *e* Index linked *(ai confini della assicurazione sulla vita)*, 234.

[96] Si veda in questo senso il combinato disposto degli artt. 37 *ter*, 38 e 41 Cap.

[97] Altro elemento di diversità va rilevato nella circoscrizione degli strumenti finanziari sull'acquisto dei quali possono essere investite le somme affidati dal cliente che, nel caso delle polizze *unit linked*, consistono esclusivamente in quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni alla stessa compagnia assicurativa che immette sul mercato il prodotto assicurativo di investimento, così come previsto dalla definizione del ramo III di cui all'art. 2 Cap.



timo punto di vista, piuttosto, elemento di distinzione tra contratto di investimento assicurativo e contratto di gestione di portafogli è la circostanza per la quale, in quanto appartenente ai prodotti assicurativi sulla vita, è necessario che – accanto alla obbligazione principale consistente nel pagamento del capitale investito al controvalore di mercato risultante alla scadenza del contratto o al momento dell'esercizio del diritto di riscatto da parte del cliente – sia dedotta un'autonoma obbligazione dell'assicuratore di corrispondere una somma per il caso di decesso dell'assicurato (o di altro evento della vita di quest'ultimo).

Rispetto alla commisurazione di tale prestazione, la normativa primaria – invero scarna sul punto – lascia ampia libertà ai privati: va, pertanto, inquadrata nel tipo negoziale descritto tanto l'ipotesi di un contratto che contempli una prestazione totalmente esposta al rischio di mercato (ovverosia consistente unicamente nel controvalore del capitale investito al momento del verificarsi della morte o della sopravvivenza del cliente), quanto quella opposta in cui l'assicuratore si addossi il rischio di mercato e la prestazione sia prevista in una misura certa e garantita per il cliente. Come già osservato *supra*, è sulla determinazione di siffatta prestazione legata al verificarsi della morte o di altro evento della vita del contraente che le parti possono incidere sull'assetto di interessi divisato in concreto dal singolo contratto di investimento assicurativo. Nella pratica degli affari – platealmente emersa dalle controversie giurisprudenziali in vicende segnate da investimenti rovinosi che hanno determinato anche il totale azzeramento del valore della polizza – l'ossequio formale a tali disposizioni si è tradotto in regole contrattuali delle polizze *linked* che contemplano prestazioni per il caso di decesso o sopravvivenza consistenti in percentuali irrisorie di restituzione del capitale (investito o residuo al momento dell'evento), spesso comunque sottostanti a un tetto massimo molto contenuto, indifferenti all'ammontare del premio versato dal cliente, sganciate da ogni valutazione circa il coefficiente di rischio probabilistico legato al verificarsi all'evento della vita del contraente. Si deve concludere, pertanto, che nelle ipotesi appena descritte, così come nel caso in cui anche siffatta prestazione sia sottoposta al rischio della *performance* dell'investimento sui mercati finanziari, interamente addossato sul cliente, il contratto di investimento assicurativo esibisca una causa *esclusivamente* speculativa. [98]

[98] In una direzione parzialmente diversa sembra orientarsi la recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, 5.3.2019, n. 6319, in *Giur. It.,* 2019, 5, con nota di LANDINI, *Sulla validità/invalidità delle polizze linked*, 1020, in una vicenda legata al *crack* finanziario di Bernie Madoff, che ha optato per una qualificazione come contratto avente causa mista previdenziale-finanziaria, precisando che sul piano della individuazione della disciplina applicabile "anche ove sia prevalente la causa «finanziaria», la parte qualificata



Siffatta configurazione del contratto di investimento assicurativo, che esibisce l'irrilevanza del verificarsi dell'evento della vita del contraente rispetto all'insorgenza e alla misura dell'obbligazione del distributore assicurativo nonché la mancata assunzione da parte di quest'ultimo di un rischio, demografico o di mercato, legato a tale evento, corrobora l'ipotesi ricostruttiva di partenza dell'emersione di un tipo contrattuale nuovo, che si distacca dal modello codicistico dell'assicurazione sulla vita. Non si è dinanzi ad un *quid pluris* apportato dall'autonomia privata, che piega le geometrie flessibili dello schema dell'assicurazione della vita per il raggiungimento di interessi diversi ma comunque compatibili con il tipo, bensì a un vero e proprio *quid alterius*. [99] Una cosa è rimarcare l'*elasticità* del tipo contrattuale assicurazione sulla vita e l'*eclettismo* dei suoi impieghi, che ne hanno, a ben vedere, decretato le fortune nella prassi commerciale, la cui evoluzione "interna" dell'assicurazione-vita si muove nella direzione della *finanziarizzazione* del suo contenuto. Altra cosa è digradare nell'*evanescenza* e dilapidare l'identità stessa del tipo negoziale. Predicare la natura assicurativa dei prodotti di investimento assicurativo significherebbe ammetterne una radicale negazione di se stessa ovvero sovrapporre e confondere sostanza e funzione dei contratti di assicurazione e dei contratti di investimento [100].

Siffatta qualificazione della natura del contratto di investimento assicurativo non intacca, d'altronde, lo standard di tutela del cliente oggi offerto dalla disciplina in esponente: gli obblighi di informazione gravanti sul distributore assicurativo e la regola di coe-

---

come «assicurativa» deve comunque rispondere ai principi dettati dal codice civile, dal codice delle assicurazioni e dalla normativa secondaria ad essi collegata con particolare riferimento alla ricorrenza del «rischio demografico»". La Corte ritiene sussistente una causa assicurativa, in riferimento a una polizza *unit linked* senza garanzia del capitale per la quale era prevista una garanzia autonoma in caso di decesso, che la Corte stessa giudica del tutto irrisoria rispetto al rischio demografico: all'art. 8 delle condizioni generali si prevedeva infatti che l'assicuratore avrebbe dovuto versare il controvalore dell'investimento rilevato nella prima finestra di uscita successiva alla richiesta di liquidazione per il decesso; un capitale aggiuntivo pari allo 0,1 % del controvalore delle quote, comunque non superiore alla somma di euro 15.000; il costo per tale copertura era peraltro posto a carico del contraente. Nel riformare la sentenza di merito, il Supremo Consesso ha ritenuto che "fosse preciso compito della Corte territoriale valutare l'entità della prestazione per verificare se la porzione causale del contratto ascrivibile al rischio assicurativo (ricondotto a quello demografico, trattandosi di una polizza vita) fosse stato effettivamente contemplato o se l'entità della prestazione garantita, a fronte del capitale versato, fosse talmente irrisoria da vanificare completamente l'equilibrio delle prestazioni". La Suprema Corte ha predicato, a partire dall'assoluta irrilevanza della prestazione che veniva garantita per il rischio demografico, essenziale per l'esplicazione della causa del contratto di assicurazione sulla vita, la nullità della polizza. In senso adesivo nella giurisprudenza di merito, Trib. Crotone, 13.1.2020, reperibile in *pluris-cedam.utetgiuridica.it.*

[99] In argomento BRIZI, *Le nuove categorie normative in materia di prodotti finanziari*, cit., 30.

[100] Vedi PIRILLI, *Le polizze* unit linked *(ancora) al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 579.



renza presidiano la posizione del cliente sottoscrittore di una polizza *linked* avente natura puramente speculativa, nell'ipotesi in cui egli avesse manifestato, in fase precontrattuale, esigenze di carattere squisitamente previdenziale [101]. Nella fase attuativa del rapporto, la regola di adeguatezza (o appropriatezza) garantisce uno scrutinio di congruenza delle medesime con il profilo di rischio del cliente nel caso di esito infausto delle scelte di investimento compiute. [102]

9. – Quella sinora rappresentata non è, tuttavia, l'unica *species* di contratto di investimento assicurativo alla quale i privati possono dar vita, nello spettro del tipo normativo esaminato. Dall'analisi della normativa primaria (art. 41 Cap) e secondaria (artt. 6 Reg. ISVAP n. 29/2009 e 9 del Reg. ISVAP n. 32/2009) si ritrae che sia ammissibile un prodotto *complesso*, che contempli, accanto alla componente di investimento del contratto, delle prestazioni "garantite" al verificarsi della morte (o di altro evento della vita) del contraente [103]. Vale a dire che in tal caso è certa nell'*an* la corresponsione al cliente di un capitale che rappresenti la parziale o integrale restituzione del premio versato dall'assicurato ovvero comporti una garanzia di rendimento dell'investimento, sollevando in tal modo (in parte o in tutto) il cliente dal rischio di mercato.

L'interrogativo al quale occorre dare soluzione rispetto a questa ipotesi è se e a quali condizioni possa dirsi configurato un contratto con causa *complessa* speculativa e assicurativa [104].

---

[101] Sul piano della individuazione dei rimedi per violazione della regola di coerenza si rimanda a quanto detto alla precedente nota n. 44.

[102] Sulle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di adeguatezza sia consentito il rinvio a MARINO, *L'avvertenza sull'inadeguatezza dell'operazione di investimento e i rimedi a tutela del risparmiatore*, in *NGCC*, 2016, II, 1627 ss.

[103] La normativa secondaria – tuttora vigente, sebbene anteriore all'introduzione e al recepimento interno della *IDD* – va oltre il dettato normativo di rango sovraordinato. Così l'art. 6 del Reg. ISVAP n. 29/2009 specifica che i contratti del ramo III "sono caratterizzati dalla presenza di un effettivo impegno da parte dell'impresa a liquidare, per il caso di sopravvivenza, per il caso di morte o per entrambi, prestazioni assicurate il cui valore, o quello dei corrispondenti premi, sia dipendente dalla valutazione del rischio demografico"; ancora, l'art. 9 di altro Reg. ISVAP n. 32/2009, recante la disciplina specifica delle polizze direttamente collegate a un indice azionario o a un altro valore di riferimento, stabilisce che "le imprese nella determinazione delle coperture assicurative in caso di decesso tengono conto [...] dell'ammontare del premio versato dal contraente". Nel senso che tali previsioni regolamentari facciano propendere per la riconduzione al contratto di assicurazione sulla vita v. LUCCHINI GUASTALLA, *La polizza* unit linked *tra causa finanziaria e causa assicurativa*, in *NGCC*, 2019, II, 985 ss. In tema v. altresì PANCALLO, *Le polizze* linked *e le esigenze di tutela degli investitori,* in *Contr. Impr*., 2019,736 ss.

[104] Sono sempre più frequenti in seno alla giurisprudenza di merito le decisioni che si sono espresse per



La giurisprudenza che si è confrontata con simili questioni ha generalmente affermato l'assenza della causa previdenziale e, quale immediato precipitato, la natura non assicurativa del contratto, ove abbia riscontrato la mancata previsione, nel regolamento contrattuale della polizza *linked*, della garanzia di restituzione integrale del capitale versato. [105] Quest'argomento non pare, tuttavia, appagante. Per un verso, la garanzia contrattuale della restituzione al cliente del capitale versato non è necessariamente indice univoco della sussistenza di una causa previdenziale che permei l'atto di autonomia privata; per altro e non meno significativo verso, anche ove quest'ultima funzione sia riscontrata, devono ad ogni modo concorrere altri elementi caratterizzanti affinché il contratto possa essere qualificato come assicurazione sulla vita. In altri termini, la sussistenza della garanzia negoziale di restituzione del capitale non consente *sic et simpliciter* di predicare la natura assicurativa del contratto [106].

Da un canto, infatti, questo argomento pare provar troppo: così opinando, si finirebbe paradossalmente per negare natura previdenziale persino alle forme di previdenza complementare pubblica e privata, posto che nell'ambito di tali sistemi il rischio di investi-

---

la sussistenza di una causa mista, talora con prevalenza di quella finanziaria talora di quella assicurativa, delle polizze *unit* e *index linked*: App. Roma, 31 luglio 2017, n. 5204 e Trib. Roma, 4 ottobre 2017, n. 18699, in *dejure.it;* App. Milano, 11.5.2016, in *NGCC*, 2016, 1569 ss., con nota di A. ALBANESE, *Le polizze linked tra assicurazione sulla vita e prodotti finanziari*, cit.; Trib. Milano, 16 aprile 2015, n. 30127, in *BBTC*, con nota di CORRIAS*, Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*; Trib. Roma, 23.2.2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Ferrara, 7.4.2011 e Trib. Reggio Emilia, 30.8.2011, in *www.dirittobancario.it*; Trib. Verona, 23.9.2010, in *Danno e resp*., 2010, 1199; Trib. Verona, 23.9.2009, in *www.ilcaso.it*.

[105] In giurisprudenza così perentoriamente si esprime, in relazione alla disciplina antecedente, Cass., 30.4.2018, n. 10333, in *Resp. civ. e prev*., 2018, 1518 ss., che afferma che "ove una polizza non assicuri alla controparte quantomeno il diritto di rientrare nella disponibilità delle somme corrisposte a titolo di premio, si dovrebbe escludere in radice la realizzazione della funzione previdenziale tipica del contratto di assicurazione. Se per esigenza previdenziale si intende la volontà di fronteggiare una situazione futura con risorse che, sottratte nel presente, risultano maggiormente utili quando si realizzi il fatto futuro ed incerto dedotto nel contratto, è evidente che tale funzione non possa ritenersi sussistente nelle ipotesi in cui il contraente accetti l'eventualità che, al verificarsi di un certo evento, rientri nella disponibilità di una somma inferiore rispetto a quella di cui si era privato"; se ne ricava pertanto che "l'assenza di una funzione previdenziale, determinata dalla mancata previsione della garanzia di restituzione integrale del capitale versato, porta ad escludere correttamente che ci si trovi di fronte ad un contratto di assicurazione". L'inconciliabilità del contenuto finanziario-speculativo con la causa assicurativa è sostenuta da Trib. Bologna, 23.6.2014, in *www.pa.leggiditalia.it*; Trib. Parma, 4.11.2011 e Trib. Bologna, 13.1.2011, in *www.dirittobancario.it*; Trib. Milano, 21.12.2009, in *BBTC*, 2011, II, 603 ss., con nota di TARANTINO, *Caveat emptor: polizze index linked e garanzia di restituzione del capitale alla scadenza*; Trib. Trani, 11.3.2008, in *NGCC*, I, 2009, 130 ss., con nota di FABIANO, *Natura giuridica e disciplina delle polizze unit linked prima e dopo la riforma del t.u.f.*, 138 ss.

[106] Vedi sul punto BERTI DE MARINIS, *La natura delle polizze assicurative a carattere finanziario e la tutela dell'assicurato-investitore*, cit., 1525 ss.



mento incombe sul sottoscrittore, le cui quote presentano un valore soggetto alle oscillazioni del mercato [107]. Persino taluni schemi tradizionali di assicurazione sulla vita non risulterebbero in grado di rispondere a questo criterio: nelle assicurazioni c.d. di puro rischio, ossia fattispecie nelle quali l'evento della vita umana dedotto in contratto risulta incerto in ordine all'*an,* è incerta la stessa insorgenza dell'obbligo di prestazione in capo all'impresa assicurativa [108]. In tale ipotesi, le risorse accantonate da parte dell'assicurato con la sottoscrizione di una simile polizza assicurativa e i premi di conseguenza pagati sono qui destinati esclusivamente alla soddisfazione del bisogno della vita sotteso al verificarsi di detto evento (ad esempio la sopravvivenza del contraente) e contempla la possibilità che la somma sia finanche interamente sacrificata nel caso in cui l'evento non accada e l'assicuratore non sia per ciò tenuto a eseguire alcuna prestazione. Può dunque arrivare a sostenersi che è proprio in contratti di tal foggia che la causa previdenziale trovi la sua più compiuta attuazione: allorquando, cioè, agli antipodi di quanto sostenuto dalla giurisprudenza prima menzionata, non vi sia alcuna garanzia in ordine alla restituzione del capitale assicurato [109].

D'altro canto, esso prova troppo poco. Ben potrebbe rilevarsi una destinazione previdenziale in contratti che si pongano un orizzonte di investimento di lungo periodo (ad esempio coincidente con la fine dell'attività lavorativa del contraente) e adottino linee e strategie di impiego del capitale sul mercato finanziario particolarmente prudenti, volte alla conservazione dello stesso e alla minimizzazione dei rischi di mercato: non *per ciò solo* questi possono essere considerati polizze sulla vita, in quanto esibiscano sicura natura di contratti di risparmio e investimento. Si può enucleare una categoria di negozi di

---

[107] In giurisprudenza si veda Trib. Brescia, 13.6.2018, in *dejure.it*. In letteratura v. OLIVELLI-CIOCCA, voce *Previdenza complementare (I) Diritto del lavoro)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 2001, 6 ss.

[108] Ipotesi tipiche ne sono l'assicurazione temporanea per il caso di morte e l'assicurazione di sopravvivenza.

[109] La dottrina sottolinea come al verificarsi dell'evento assicurato la prestazione dell'assicuratore dovrebbe essere significativamente maggiore rispetto alla mera restituzione del capitale versato: in ciò risiederebbe, infatti, il carattere aleatorio del negozio che, altrimenti, non esporrebbe l'assicurazione ad alcun costo dal momento che la stessa si impegna, nella peggiore delle ipotesi, solo a restituire quanto già incamerato dai premi versati: cfr. CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*, in *BBTC*, 2015, I, 460; secondo MIOLA, *Il risparmio assicurativo*, cit., 86 ss., per la natura dell'impresa assicurativa, grazie al sistema dell'accantonamento delle riserve matematiche e alle operazioni di capitalizzazione dei premi, nella polizza sulla vita dovrebbe essere garantito che la prestazione dell'assicuratore sia di entità proporzionalmente superiore all'ammontare del capitale versato dall'assicurato e non ridotta alla mera restituzione dei premi pagati.



"puro" risparmio [110], che si fondano sul semplice accantonamento di risorse sottratte al consumo e sulla garanzia della restituzione del capitale (eventualmente integrato da un rendimento, pari al tasso di interesse concordato) a richiesta di quest'ultimo ovvero alla scadenza dell'eventuale termine [111].

Non è allora nella mera garanzia della restituzione della somma versata dal contraente che va (esclusivamente) ricercato il *discrimen* tra contratti di assicurazione sulla vita e contratti di intermediazione finanziaria, tra causa d'investimento e causa previdenziale. Come si è ritratto anche dalla rilettura in chiave storica della traiettoria evolutiva delle polizze sulla vita, la componente speculativa di queste ultime trova scaturigine nella finalità di garantire al cliente, al verificarsi della morte (o di altro evento della vita) dell'assicurato, un capitale adeguato al raggiungimento del risultato economico atteso, altrimenti in concreto inattuabile. In questa prospettiva, l'investimento della somma assicurata sul mercato finanziario non è di per sé negazione, bensì esaltazione del perseguimento della funzione di copertura di un rischio dell'assicurazione sulla vita: non sussiste allora un'incompatibilità ontologica tra siffatta tensione funzionale e la finanziarizzazione del contenuto della polizza conferita dalla messa a profitto del capitale assicurato sul mercato mobiliare [112]. In altri termini, *investimento* e *previdenza* non sono momenti mutualmente esclusivi, purché il primo risulti compatibile e servente rispetto al secondo e che l'assicuratore si sobbarchi il rischio di *performance* dell'investimento sul mercato finanziario. Ciò non è tuttavia ancora sufficiente affinché dirsi sussistente una "componente assicurativa", giustapposta a quella finanziaria, nella polizza *linked* e possa dunque

---

[110] Per questa categorizzazione cfr. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, cit., 93. Il vantaggio che presenta la tecnica aleatoria propria dell'assicurazione sulla vita, rispetto a quella dei contratti di risparmio, basata sul mero accantonamento produttivo di interessi, è scolpito efficacemente da F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, cit., 190 ss.: "mentre il risparmio per un bisogno eventuale esige dall'individuo lo stesso costo come se il bisogno fosse certo, l'assicurazione fornisce al minimo costo i mezzi per la soddisfazione di quel bisogno". D'altro canto, il meccanismo aleatorio, a differenza dei congegni non aleatori di raccolta del risparmio, implica la perdita totale delle risorse conferite a titolo di premio nel caso in cui non si verifichi l'evento contemplato: sul punto v. A. GAMBINO, *La neutralizzazione dei rischi nella struttura e nella funzione giuridica unitaria del contratto di assicurazione*, cit., 218 ss.

[111] Sovente, essi si contraddistinguono per la loro sostanziale illiquidità e l'immobilizzazione delle risorse destinate, realizzata attraverso la previsione nel regolamento contrattuale di una forte limitazione al potere di "uscita" dal vincolo per il cliente: si pensi, a titolo esemplificativo, al contratto di deposito bancario c.d. vincolato.

[112] Sul punto, inoltre, si vedano le pagine di FANELLI, *Assicurazione sulla vita e intermediazione finanziaria*, cit., 200 ss., secondo cui l'adeguamento della assicurazione sulla vita al processo inflazionistico, mediante l'introduzione di una componente finanziaria che non incide sulla sussistenza del rischio demografico, non solo non stravolge ma, al contrario, esalta la tipica funzione previdenziale della figura.



parlarsi di un contratto con causa mista speculativa e assicurativa: dovrà altresì appurarsi che nel singolo contratto la morte o un altro evento della vita del contraente esibisca una prominente rilevanza nell'assetto di interessi discendente dal negozio e che il rischio del verificarsi di siffatto evento, assunto dall'intermediario professionale, incida sull'esigibilità e sulla misura delle prestazioni da questi dovute [113].

È in tale *species* o, se si preferisce sul piano dell'ordine tassonomico, in questo sottotipo, che meglio si coglie il *proprium* del nuovo tipo contrattuale enucleato dal legislatore, ossia un prodotto ibrido finanziario-assicurativo che miscela una sostanza assicurativa di copertura di un rischio previdenziale, assunto dall'assicuratore, in un'operazione di investimento di capitali di un cliente sul mercato finanziario.

10. – Si è impostata, sin ora, un'operazione ermeneutica di ricostruzione del contratto di investimento assicurativo quale tipo negoziale nuovo, almeno sul piano dello *ius positum*, che "riempie" lo spazio *interstiziale* che si dischiude tra il *genus* del contratto di investimento in senso stretto e quello del contratto di assicurazione sulla vita, gettando un "ponte" tra queste due famiglie.

Ne è emerso un tipo contrattuale *complesso*, nel quale si assiste all'*ibridazione* in un unico modello negoziale di aspetti morfologici e funzionali normalmente associati a diversi schemi negoziali: una necessaria e predominante componente finanziaria che ricollega il valore del capitale da restituire all'investimento sui mercati mobiliari, in cui il rischio di mercato è assunto (in modo totale o parziale) dal cliente, viene innestata in un prodotto assicurativo del ramo-vita, nel quale deve essere contemplata una prestazione che l'assicuratore è tenuto eseguire al verificarsi della morte (o di altro evento della vita) del contraente. È, d'altronde, la stessa denominazione di prodotto di investimento assicurativo a enfatizzarne l'immagine di una *chimera*, risultato di un'opera di "ingegneria" giuridica e finanziaria che inocula nell'architettura del prodotto assicurativo l'investimento sui mercati finanziari del capitale monetario corrisposto dal cliente.

Si è delineato, peraltro, un tipo normativo *elastico*, capace di ricomprendere nel suo spettro normativo diverse possibili configurazioni dell'assetto di interessi divisato dalle

[113] Si pensi, in via esemplificativa, a garanzie di rendimento o di conservazione del capitale che tengano conto del premio versato dal cliente alla copertura del rischio dell'evento della vita del contraente dedotto nel contratto e di coefficienti di rischio demografico assunto dall'assicuratore parametrati sull'effettiva probabilità del verificarsi dell'evento medesimo.



parti, che proiettino il contratto in una dimensione causale prettamente speculativa ovvero in una mista tra funzione d'investimento e assicurativa [114].

Come si è anticipato, tuttavia, la disciplina specifica dei prodotti di investimento assicurativi presa in esame non può dirsi completa e sufficiente. Non è, pertanto, eliminato in radice il problema dell'individuazione della fonte cui attingere per colmarne le evidenti lacune: se cioè debba farsi rinvio alla disciplina settoriale dei contratti di intermediazione finanziaria ovvero a quella codicistica sul contratto di assicurazione [115]. Si è argomentato, nelle pagine precedenti, che il contenuto finanziario risulta indefettibile e principale nel negozio in esame, tanto qualora risulti esclusivo quanto ove sia accompagnato da un contenuto propriamente assicurativo-previdenziale. Se ne è desunta, pertanto, una tendenziale attrazione dei prodotti di investimento assicurativo al polo dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi di investimento e, in particolare, un accostamento alla figura del contratto di gestione di portafogli.

Corollario della tesi avanzata non può che essere l'applicazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e, in particolare, delle regole che governano i contratti di investimento, per il caso di lacune nella disciplina specifica dei prodotti di investimento assicurativi [116]. Si pensi, in via esemplificativa, al problema della regolamentazione della forma del contratto di investimento assicurativo, rispetto al quale manca una puntuale previsione di rango primario. Sul punto, è marcata la contrapposizione tra la disciplina codicistica dell'assicurazione e la normativa sui contratti di investimento: mentre la prima prevede, com'è noto, una regola di forma scritta per la prova (art. 1888 cod. civ.), nella seconda il combinato disposto degli artt. 23 TUF e 37 reg. intermediari Consob prescrive che il contratto volto alla prestazione di servizi di investimento, a favore del solo cliente al dettaglio, debba essere redatto per iscritto a pena di nullità, che può essere

---

[114] In dottrina si sostiene che l'elasticità di un tipo contrattuale dipenda dalla definizione più o meno stringente da parte della legge dei suoi elementi distintivi e, per l'effetto, dell'autonomia riconosciuta ai privati di conformarne la regolamentazione ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, 2° ed., Milano, 2011, 403-404.

[115] L'unico riferimento normativo per l'interprete in punto di raccordo e coordinamento tra le diverse fonti è rappresentato dall'art. 165 Cap, ove si stabilisce che "fermo restando quanto diversamente disposto dal presente codice, i contratti di assicurazione, coassicurazione e riassicurazione rimangono disciplinati dalle norme del codice civile", non trova applicazione, in quanto avente esclusivo riguardo ai contratti di assicurazione. Sul punto cfr. CAVALLO BORGIA, *I contratti di assicurazione (artt. 165-175)*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, cit., 325 ss.

[116] In questo senso si esprime in generale CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, cit., 99.; nonché BERTI DE MARINIS, *La natura delle polizze assicurative a carattere finanziario e la tutela dell'assicurato-investitore*, cit., 1525 ss.



fatta valere esclusivamente dal cliente [117]. La riconduzione del negozio di investimento assicurativo ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi di investimento implica, pertanto, una *vis espansiva* della disciplina dell'intermediazione finanziaria, a discapito della richiamata regola di diritto comune concernente le polizze assicurative [118]: cosicché l'intermediario (assicurativo o finanziario che sia) è tenuto a concludere in forma scritta il contratto di acquisto del prodotto di investimento assicurativo, a pena di nullità azionabile esclusivamente dal cliente [119]. Questa conclusione è corroborata dal disposto degli artt. 132 e 134 del reg. intermediari Consob che – nella loro vigente formulazione frutto anche delle modifiche apportate in sede di recepimento della *IDD* – prevedono l'estensione ai prodotti finanziari assicurativi della regola di cui all'art. 37 del medesimo regolamento che, come detto, dispone che la prestazione di servizi di investimento a favore di clienti *retail* debba fondarsi su un contratto perfezionato in forma scritta, una copia del quale va consegnata al cliente.

A una conclusione parzialmente diversa può pervenirsi laddove l'integrazione della fonte legale si riferisca a un elemento o a una parte del negozio e non ad esso nella sua totalità, in ragione della causa perseguita dal singolo (ipotetico) contratto di investimento assicurativo. Un esempio plastico dei termini della questione è rappresentato dall'applicabilità di una delle previsioni maggiormente caratterizzanti la disciplina codicistica dell'assicurazione sulla vita: vale a dire l'impignorabilità e insequestrabilità delle somme dovute dall'assicuratore disposta dall'art. 1923 cod. civ. Norma che, a dire della dottrina prevalente e della giurisprudenza della Suprema Corte [120], esprime il *favor* del legislatore verso la figura dell'assicurazione sulla vita, inscindibilmente legato alla valorizzazione

---

[117] Su questi temi si veda, *ex plurimis*, A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, in *BBTC*, 2017, 535 ss.

[118] In dottrina, rispetto alla normativa previgente, v. A. ALBANESE, *Le polizze linked tra assicurazione sulla vita e prodotti finanziari*, cit., 1574; SANGIOVANNI, *Le polizze linked come prodotti finanziari e la forma scritta del contratto*, in *Contr*., 2012, 357.

[119] Da segnalare sul punto la decisione del Trib. Siracusa, 17.10.2013, in *www.ilcaso.it*, che ha rilevato la nullità del contratto di assicurazione sulla vita (polizza *unit linked*) per la mancanza del contratto quadro per la prestazione di servizi di investimento, destinato a regolare tutti i rapporti negoziali tra intermediario e cliente, quando vengano violate le norme sull'informazione del cliente e quando il rischio dell'inadempimento o dell'insolvenza dell'ente emittente siano a carico del cliente. Inoltre dalla validità del "contratto-quadro" dipenderà, a cascata, anche la validità delle singole operazioni di investimento in quote di fondi di investimento: in giurisprudenza v. Trib. Ferrara, 27.6.2011, in *Ass*., 2011, 761 ss.,

[120] In giurisprudenza sancisce questo principio Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, cit.; per un'applicazione Cfr. Trib. Milano, Sez. III, 1° luglio 2014, in *Ass.*, 2014, II, 368 ss., con nota di RIVA, la quale esclude l'impignorabilità in presenza nella polizza variabile di una causa di investimento prevalente su quella previdenziale.



della funzione previdenziale che è chiamata a perseguire [121]. Con riferimento a un contratto di investimento assicurativo con causa puramente speculativa, non si potrebbe che concludere per la non operatività di questa disposizione; viceversa, essa potrebbe trovare applicazione ove si rinvenga nel singolo e specifico prodotto di investimento assicurativo un contenuto propriamente assicurativo-previdenziale, nei termini prima illustrati [122].

11. – Qualche considerazione conclusiva può dedicarsi alle ricadute che l'emersione di un tipo negoziale nuovo imprime sull'ordinamento settoriale assicurativo e finanziario nonché agli aspetti evolutivi che si colgono nella postura assunta dalle attività svolte e dai servizi offerti dalle imprese assicurative sul mercato finanziario, a seguito della crescente diffusione di figure ibride come i prodotti finanziari assicurativi.

Provando a scattare un'istantanea di questo scorcio di materia esaminata, emerge un (micro)sistema normativo frastagliato, frutto di un singolare *intreccio* tra disciplina dell'intermediazione finanziaria e ordinamento settoriale assicurativo. Si osserva l'irrompere di un moto *centrifugo* nella disciplina del prodotto assicurativo (di investimento), in forza del quale tendono ad assottigliarsi gli *antichi* legami con il diritto comune del contratto di assicurazione e ad instaurarsi *nuove* affinità e convergenze con le regole dei servizi finanziari [123].

È evidente, infatti, lo *scarto* che separa la categoria dei prodotti assicurativi nella con-

---

[121] L'art. 1923, comma 1°, cod. civ., com'è noto, introduce penetranti limitazioni alla responsabilità patrimoniale dell'assicurato, sottraendo all'azione esecutiva e cautelare dei suoi creditori le somme dovutegli dall'assicuratore. Questa disposizione ha dato vita, com'è noto, a una ricca letteratura: taluni individuano la *ratio* dell'impignorabilità va individuata nella finalità di protezione degli atti di previdenza privata, qual è perseguita dall'assicurazione sulla vita (cfr. per tutti CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, cit., 64). Altri criticano la strumentalizzazione della norma al perseguimento della funzione previdenziale del contratto di assicurazione sulla vita, in quanto ciò non spiegherebbe la limitazione della impignorabilità alle somme "dovute" e non anche a quelle "riscosse". Secondo questa ricostruzione, che riposa anche sull'argomento di ordine storico legato all'originaria formulazione della previsione, viene individuato nell'assicuratore il destinatario della tutela: si veda, per tutti, BUTTARO, voce *Assicurazione sulla vita*, cit., 651 ss.; nonché VOLPE PUTZOLU, *Le polizze* linked *tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, cit., 408. Per un panorama completo dei problemi posti dalla norma in parola si veda GAGLIARDI, *Art. 1923 c.c.*, in BARISON-GAGLIARDI, *Dell'assicurazione sulla vita Artt. 1919-1927*, cit., 105 ss.; BUGIOLACCHI, *La disciplina del contratto*, in *Le assicurazioni private*, cit., 2684 ss.

[122] Si rinvia alle argomentazioni sviluppate al par. 9.

[123] Per una riflessione in argomento si veda AMOROSINO, *Il diritto delle assicurazioni nell'unitarietà delle regolazioni dei tre mercati finanziari*, in *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, cit., 227 ss.; COSTI, *I prodotti finanziari emessi dalle banche e dalle imprese di assicurazione*, cit., 31 ss.



figurazione fornita dal codice delle assicurazioni private, da un lato, e il contratto di assicurazione disegnato dal codice civile, dall'altro, sintomatico del diverso angolo visuale dal quale queste fonti normative guardano al settore assicurativo. Nella definizione, invero alquanto ampia e vaga, di "prodotto assicurativo", formulata dalla normativa speciale, si fa riferimento a "tutti i contratti emessi da imprese di assicurazione nell'esercizio delle attività rientranti nei rami vita o nei rami danni come definiti all'articolo 2" (art. 1, lett. ss, Cap): si nota, anzitutto, come esso sia qui concepito appunto come prodotto, ossia un bene costruito, "confezionato" e immesso sul mercato da un'impresa assicurativa, e poi distribuito e venduto sul mercato da un intermediario assicurativo o finanziario. Per di più, tale nozione non si riduce affatto ai soli contratti di assicurazione, facendo più genericamente rinvio a tutti i contratti emessi da un'impresa assicurativa. Se ne ritrae, pertanto, che nella categoria del prodotto assicurativo, di matrice europea, sono destinate a convivere operazioni contrattuali di indole strettamente assicurativa con altre *non* aventi natura assicurativa, nelle quali è predominante, se non esclusiva, la dimensione finanziaria (ovvero di garanzia [124]) [125]: a tutte, però, è riferito un *set* comune di regole, che ricomprende, tra l'altro, obblighi di informazione e consulenza e direttive di coerenza ed adeguatezza. In questa porzione, la categoria dei prodotti assicurativi interseca quella dei "prodotti finanziari", la cui nozione, altrettanto ampia, contempla, com'è noto, una norma di chiusura che fa riferimento a "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria" (art. 1, lett. u), TUF): prende forma e acquista autonomo rilievo una *species* distinta che si condensa nella formula del prodotto finanziario-assicurativo.

Si osserva, allora, come nell'edificare l'attuale assetto normativo del mercato assicurativo, bancario e dei capitali, il legislatore, in specie quello europeo, adotta logiche e regole sempre più omogenee, com'è emerso nella simmetria tra le regole sui prodotti di investimento assicurativo consegnate alla normativa in tema di distribuzione assicurativa e la disciplina generale dei contratti di intermediazione finanziaria [126]. Le *policies* di regolazione prendono, invero, di mira un mercato finanziario inteso in senso lato e *integrato*, sia sul piano dell'offerta di prodotti e servizi che su quello dei soggetti che vi operano. In esso si scorge un marcato meticciamento delle attività di intermediazione assicura-

[124] Si pensi alle polizze cauzionali o fideiussorie contemplate nel comparto danni (ramo XV, art. 2, comma 3°, Cap).

[125] Cfr. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, cit., 89-90.

[126] Il rinvio è all'analisi compiuta nel paragrafo 4.



tiva, bancaria e finanziaria [127]. Di talché diviene sempre meno agevole discernere dove finisca il servizio assicurativo e dove inizi quello finanziario (o creditizio) di volta in volta prestato e, sovente, essi confluiscono abbinati o mescolati in un'unica complessa operazione negoziale; per di più, assume crescente rilievo la prestazione del servizio di consulenza offerto dagli intermediari professionali che, per sua indole, ha portata trasversale e composita [128].

Nell'affermazione dei prodotti finanziari assicurativi si insinua, dunque, una peculiare *piega* evolutiva del mercato, epifania e, in pari tempo, metamorfosi di un fenomeno, già delineato nei suoi prodromi dalla dottrina a partire dalla fine degli anni '80, noto con il termine francese di *bancassurance* [129]. Oggi, tuttavia, esso non si traduce più soltanto nell'offerta sul mercato di prodotti assicurativi da parte delle banche, bensì si arricchisce di un carattere di reciprocità, segnalando il rafforzamento della posizione delle imprese assicurative sul mercato finanziario attraverso l'immissione di prodotti concorrenziali rispetto ai tradizionali strumenti finanziari volta a intercettare la domanda di risparmio degli investitori, specie non professionali [130].

---

[127] Dalla prospettiva degli economisti si veda lo studio di LOCATELLI, *Rischio e intermediazione nelle banche e negli assicuratori*, Bologna, 1995, 29 ss.

[128] Per una raffigurazione di questa curva evolutiva del mercato e della disciplina di riferimento si vedano i contributi di COSTI, *I prodotti finanziari emessi dalle banche e dalle imprese di assicurazione*, in AA.VV., *I prodotti finanziari bancari ed assicurativi*, Milano, 2008, 11 ss.; CASTELLANO-COSTI, *Attività bancaria e attività assicurativa nell'intermediazione finanziaria*, ivi, 241 ss.

[129] Sul tema della c.d. Bancassicurazione cfr. MARANO, *La banca come intermediario assicurativo "polifunzionale"*, in *Le assicurazioni abbinate ai finanziamenti*, cit., 1 ss., spec. 21 ss.; ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, 1, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, Padova, 2012, 339; GAMBARO, *La bancassurance e le aspettative della clientela*, in *Dir. ed econ. ass*., 2011, 579; A. COVIELLO, *Il ruolo della Bancassicurazione nella distribuzione delle polizze assicurative*, in *Ass.*, 2010, 215; CORRIAS, *Il fenomeno della bancassicurazione*, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 533 ss. Si veda, in proposito, CASTELLI, *I rapporti fra banche e assicurazioni*, in *Ass.*, 1996, 431-433, secondo il quale questa sintesi rivoluzionaria del mercato è stata il frutto di una scelta strategica da parte di entrambi i suoi agenti: le banche, da una parte, aspiravano ad offrire una consulenza globale ai propri clienti, ulteriormente fidelizzati grazie alla lunga durata delle polizze vita; le assicurazioni, dall'altra, vedevano un vantaggio per la vendita dei propri prodotti nel *know-how* degli istituti di credito.

[130] Non di poco momento risulta la circostanza che la vigilanza su tale segmento del mercato assicurativo-finanziario competa in modo concorrente all'Ivass e alla Consob, ciascuna nel rispettivo ambito di controllo, nonché che il potere di regolazione venga attribuito in modo congiunto dal legislatore ad ambedue le *Authorities* (si veda, tra gli altri esempi, l'art. 120-*quater* CAP). In tema si diffonde CARRIERO, *Vigilanza e intersezioni tra mercato bancario, assicurativo e finanziario*, in *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, cit., 243 ss.

JUS CIVILE



ANDREA DALMARTELLO [*]

Ricercatore di Diritto privato – Università di Milano

I CONTRATTI SULL'ESECUZIONE FORZATA. APPUNTI

SOMMARIO: *1. Introduzione: il ruolo dell'autonomia nell'attuazione del credito. – 2. Delimitazione del campo di indagine: l'incidenza dell'autonomia negoziale tra responsabilità patrimoniale ed esecuzione forzata. – 3. Catalogo delle ipotesi problematiche di rapporto tra autonomia privata e attuazione coattiva del credito. – 4. Autonomia privata e procedimento giudiziale di esecuzione forzata: gli accordi sulla pignorabilità dei beni. Profili critici. – 5. Conclusioni provvisorie: spunti per la discussione.*

1. – È ormai noto che le nuove tecnologie promettono – almeno nelle declamazioni – di *sostituirsi* ai tradizionali strumenti di attuazione forzata delle promesse contrattuali attribuendo al *contract*, tradotto in codici informatici, il qualificativo *smart*, a condizione che la conclusione e l'esecuzione del medesimo si esaurisca in piattaforme informatiche, ove le promesse e l'attuazione delle stesse sono cristallizzate in registri digitali non modificabili (c.d. *blockchain*) [1]. Non solo, attualità e importanza della ricerca di *alternative*

[*] Relazione al convegno "*Contenuto e limiti dell'autonomia privata in Germania e Italia*. *Inhalt und Grenzen der Vertragsfreiheit in Deutschland und Italien*" tenutosi in data 28-31 ottobre 2019 presso il Centro Italo-Tedesco per l'Eccellenza Europea Villa Vigoni, Loveno di Menaggio.

[1] La letteratura giuridica sugli *smart contracts* è ormai probabilmente più ampia rispetto alla (attuale) diffusione del fenomeno nelle realtà commerciali: per una recente panoramica di taglio europeo v. P. SIRENA-F.P. PATTI, *Smart contracts and automation of private relationships*, *Bocconi legal studies research series*, 2020, disponibile su ssrn.com. Nel dibattito statuntitense, v. almeno: L. H. SCHOLZ, *Algoritmic contracts*, 20 *Stanford Tech. L. Rev.* 128 (2016); M. RASKIN, *The law and legality of smart contratcts*, 1 *Georgetown Law Technology Review* 304 (2017); K. WERBACH-N. CORNELL, *Contracts ex machina*, 67 *Duke L. J.* 313 (2017). L'importanza teorica del dibattito sugli *smart contracts* non trova riscontro (almeno nell'oggi) sul piano empirico: v. i risultati preliminari della ricerca inedita di J. NYARKO-J. FRANKENREITER, *Hunting for contracts on the blockchain* (disponibile sul sito personale di Nyarko), i quali rilevano che ad esito di una ricerca empirica non vi sono sul *blockchain smart contracts* che traducono in codice relazioni commerciali, ma solo codici di creazione di *tokens*, sostanzialmente tutti uguali o altri rapporti non propriamente commerciali (es. giochi). Nella letteratura italiana: v., *ex multis*, F. DELFINI, Blockchain, smart contracts *e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Autonomia privata e contrat-*



ai meccanismi di esecuzione forzata sono testimoniate dalle frequenti incursioni del legislatore italiano, il quale, per affrontare i problemi del settore del credito soffocato da anni di crisi economico-produttiva, si è affidato a meccanismi di attuazione coattiva dell'obbligazione [2], tali da permettere alle banche di non doversi servire delle procedure esecutive giudiziali: si potrebbe concludere che nemmeno il legislatore sembra credere più al recupero di una fisiologica efficienza di esse [3].

A ciò si aggiunga che nell'ordinamento tedesco accordi sull'esecuzione forzata (c.d.

---

to, III ed., Giappichelli, 2019, 26 ss.; R. PARDOLESI-A. DAVOLA, *What is wrong in the debate about smart contracts*, working paper disponibile su SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3339421*; A.U. JANNSEN-F.P. PATTI, *Demistificare gli* smart contracts, in *ODCC*, 2020, 33 ss.

[2] Oltre alle forme di escussione delle garanzie già previste dal codice (es. art. 2796 cod. civ.), il legislatore ha di recente previsto una serie di ipotesi caratterizzate dal tratto comune della previsione di un meccanismo di realizzazione del credito (pecuniario) inadempiuto attraverso un procedimento stragiudiziale, alternativo a quello di espropriazione forzata: *a*) antesignana, in questa direzione, è stata la disciplina di attuazione della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria (d.lgs. 21 maggio 2004, n. 147), ove è previsto, ferme alcune garanzie procedimentali, il potere del creditore pignoratizio di realizzare il proprio credito vendendo (ovvero appropriandosi di) le attività finanziarie oggetto della garanzia (art. 4); *b*) tale modello è stato replicato nella disciplina del pegno mobiliare non possessorio (art. 1, comma 7, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, conv. l. 30 giugno 2016, n. 119); *c*) la facoltà del creditore ipotecario di soddisfarsi in modo alternativo rispetto all'espropriazione forzata è prevista anche dall'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. (introdotto dal d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 in attuazione della direttiva 2014/17/UE) e *d*) per il creditore, garantito da vendita sospensivamente condizionata di un immobile, dall'art. 48 *bis* t.u.b. (introdotto dall'art. 2 d.l. n. 59/2016, conv. l. n. 119/2016). Su queste figure: v., anche per ulteriori riferimenti, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in AA.VV., *I nuovi marciani*, Giappichelli, 2017, 9 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48*-bis *T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, ivi, 44 ss.; T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, ivi, 1156 ss.; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, ivi, 173 ss. Le menzionate strategie normative potrebbero trovare una generalizzazione, nel settore del credito bancario, se sarà approvata la proposta di direttiva sulla realizzazione accelerata delle garanzie reali che, stralciata dalla proposta di direttiva sui gestori di credito (sulla quale v. V. CONFORTINI, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantivo. La proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 1039 ss.), attualmente all'esame del Parlamento Europeo. Una lettura sistematica delle norme appena citate nell'ottica della "conformazione coattiva del reale che prescinde dal processo" in A. ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 679 ss. Ne ricava un "sintomo di affievolimento" del sistema del codice civile, con segnato riferimento alla tutela proprietaria sottostante al divieto di patto commissorio: C. CAMARDI, *Legislazione della crisi e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, in *ODCC*, 2017, 296.

[3] Ravvisa un nesso tra efficiente attuazione del credito e facilità di accesso al credito: E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, ESI, 2018, 7, la quale rimarca l'efficienza di soluzioni che permettano di evitare al creditore di servirsi del processo esecutivo. Al di là di queste considerazioni aneddotiche, la letteratura economica cerca di dimostrare empiricamente la correlazione tra efficienza del sistema di realizzazione del credito e disponibilità del sistema finanziario di erogarlo: v. ad es. MARESCH *et al*., *Creditor protection, judicial enforcement and credit access*, ECB working paper, 2015, no. 1829, *passim*; CALOMIRIS *et al*., *How Collateral Laws Shape Lending and Sectoral Activity*, *J. Fin. Econ.*, 2017, 163 ss.



Vollstreckungsvereinbarungen) sono generalmente ammessi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, benché si discuta circa la loro efficacia e i limiti ai quali è soggetta l'autonomia privata in questo contesto [4].

I fatti appena tratteggiati consentono di mettere a fuoco un primo e più generale quesito relativo agli spazi che l'autonomia privata può ritagliarsi nella fase di attuazione forzata del rapporto obbligatorio. Come suggerito dal dato comparatistico, l'interrogativo non riguarda solo la liceità di meccanismi alternativi o sostitutivi di attuazione coattiva del credito, riconosciuti dal legislatore o comunque diffusi nella prassi, ma, più al vertice, impone di ritornare su problemi teorici e pratici che, nel vasto campo del diritto delle obbligazioni, *tradizionalmente* caratterizzano i territori di confine tra diritto e processo: vale a dire i rapporti tra obbligazione e responsabilità patrimoniale e tra questa e l'esecuzione forzata. In questa prospettiva, le novità accennate costituiscono piuttosto lo sfondo, il terreno di coltura per percorsi ermeneutici evolutivi, da condurre attraverso caute valutazioni critiche.

Sarebbero probabilmente maturi i tempi per una ricostruzione sistematica complessiva del tema, ma si tratta di un'impresa naturalmente impraticabile in questa sede. Nelle pagine che seguono si tenterà di identificare in chiave problematica in che modo il diritto vigente italiano ammette che l'attuazione coattiva del credito inadempiuto possa essere governata da regole predeterminate dalle parti del rapporto obbligatorio. Delimitato l'ambito dell'indagine e individuata le serie di norme che disciplinano questo campo problematico, si cercheranno di mettere a fuoco i profili critici che, nel nostro ordinamento, solleva il tentativo di rintracciare spazi di derogabilità delle stesse.

2. – Puntualizzare gli spazi dell'autonomia privata in relazione all'attuazione coattiva del credito si presta a percorsi ricostruttivi non omogenei [5]. Per un verso, le recenti (e già

---

[4] Cfr., S. GÖSSL, *Parteiautonomie in der Zwangsvollstreckung – Vollstreckungsvereinbarungen im deutschen Recht*, in *Contenuto e limiti dell'autonomia privata in Germania e Italia* (*Inhalt und Grenzen der Vertragsfreiheit in Deutschland und Italien*), a cura di F. Bordiga e H. Wais, Giappichelli-Nomos, 2020, in corso di pubblicazione (consultato per cortesia dell'A.), ove ulteriori riferimenti. Si v., in particolare, il fondamentale G. WAGNER, *Prozeßverträge*, Mohr Siebeck, 1998, 729 ss. In giurisprudenza, v. BGH, 18.5.2017, in *NJW*, 2017, 2202 con nota di S. GÖSSL.

[5] Cfr. ad es. DE BELVIS, op. cit., 243 ss.; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Giappichelli, 2016, 16 ss.; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, 2012, 173 ss.; e, con impostazione assimilabile, G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Cedam, 2017, 237 ss.



richiamate *supra*, §1) novità normative impongono di chiedersi – essenzialmente in chiave sistematico-ricostruttiva – se esse costituiscano interventi *extra ordinem* o, per contro, siano espressive di un più generale sistema di attuazione coattiva "privatizzata" del rapporto obbligatorio, alternativo ma *concorrente*, a quello dell'esecuzione forzata [6]. Per l'altro, il confronto col diritto tedesco – e, in particolare, con la prassi dei c.d. *Vollstreckungsvereinbarungen* – suggerisce di verificare, nell'attuale contesto normativo, quali facoltà abbiano le parti del rapporto obbligatorio di modificare – o addirittura escludere – l'applicazione delle regole relative alla realizzazione coattiva del credito.

Un simile interrogativo consente di concentrare l'indagine sull'attuazione dell'obbligazione pecuniaria. L'esecuzione in forma specifica, a dispetto dell'apparente coerenza del disegno codicistico del libro VI, presenta peculiarità strutturali tali da sconsigliarne una costruzione dogmatica unitaria (artt. 2930 cod. civ. e 605 ss. cod. proc. civ.) [7]. Testualmente derogabile se ha ad oggetto l'obbligo di concludere un contratto (art. 2932 cod. civ.) [8], l'esecuzione in forma specifica giustifica la surroga forzata dell'originaria obbligazione di

---

[6] Cfr. la lettura sistematica di ZOPPINI, *L'effettività*, cit., 681 s. e il percorso della ricerca di DE BELVIS, *L'esecuzione,* cit., 243 ss.; ma v. già, per la inclusione del patto marciano nel sistema delle tutele autosatisfattive, PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., 196 ss.

[7] Cfr. la recente ripresa del tema di S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, in *Comm.* Scialoja-Branca, Zanichelli, 2020, 58 ss. La dottrina prevalente è concorde nel ritenere l'esecuzione in forma specifica estranea all'attuazione della responsabilità patrimoniale, per ragioni strutturali (l'esecuzione in forma specifica realizza in modo diretto la pretesa), confermate dal dato letterale dell'art. 2740 cod. civ. (che si riferisce a tutti i beni del debitore) che di quello dell'art. 607 cod. proc. civ. che disciplina i rapporti tra procedure esecutive dando prevalenza a quella di espropriazione nell'ambito della quale, tramite l'opposizione, può essere fatto valere il diritto sulla cosa: v. ad es. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt.* Rescigno, 19, t. I, UTET, 1997, 493; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt.* Sacco, UTET, 2011, 20; ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 19 s.; G. MARCHETTI, *op. cit.*, 45 ss. *Contra* R. NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Comm.* Scialoja-Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, II ed., 1960, 5 ss., il quale ritiene che esecuzione in forma specifica e per espropriazione siano diversi "atteggiamenti" di un fenomeno comunque unitario; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Comm.* Schlesinger-Busnelli, II ed., Giuffrè, 2011, 16.

[8] Al riguardo va precisato altresì che, a dispetto della collocazione nella topografia del codice, la dottrina dominante annovera l'art. 2932 cod. civ. fra le tutele costitutive (v. ad es. V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè, 1953, 42 ss.). Di diverso avviso, sottolineando il fatto che si tratta in ogni caso dell'attuazione forzata di una pretesa insoddisfatta, senza che alla base vi sia un diritto potestativo di natura sostanziale: A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 86 ss.; ID., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it*., 2002, V, c. 171. Ritiene che il corretto inquadramento della questione riposi nella distinzione tra forme e tecniche di tutela: MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 686 ss., il quale ravvisa nella disposizione in esame "il connubio di attuazione in natura e di esecuzione forzata nell'inedita forma di una tutela sostanziale di attuazione in natura dell'obbligazione erogata tramite una pronuncia costitutiva" e così esclude che sia possibile ascrivere questa tecnica di tutela all'esecuzione forzata, trattandosi piuttosto di rimedio sostanziale volto all'attuazione in forma specifica del diritto di credito.



fare o non fare, soddisfatta da altri a spese dell'obbligato (artt. 2931, 2933 e artt. 612 ss. cod. proc. civ.), determinando quel che solo in apparenza può sembrare una conversione in pecuniaria dell'obbligazione originaria da attuarsi forzatamente [9]. Non è, pertanto, arbitrario focalizzare l'attenzione sulle regole relative all'esecuzione forzata per espropriazione, ossia sullo strumento di attuazione coattiva delle obbligazioni pecuniarie, senza che rilevi distinguere le obbligazioni originariamente tali da quelle risarcitorie nelle quali, in ipotesi di impossibilità imputabile dell'adempimento *ex* art. 1218 cod. civ., evolve (ovvero che sostituiscono) l'obbligazione [10].

La struttura del rapporto obbligatorio e le modalità di realizzazione coattiva dello stesso impongono di considerare almeno *due* piani di possibile rilevanza di questi patti, che risultano a loro volta intrecciati (v. *infra*): la responsabilità patrimoniale e l'esecuzione forzata. Per contro, è da escludere che rilevi in sé l'analisi del debito, inteso quale dovere di prestazione che connota la posizione del debitore nella fase antecedente (a quella eventuale di) l'attuazione coattiva: tale situazione è caratterizzata dalla spontaneità del comportamento che il debitore è tenuto a eseguire e, pertanto, non ha legami con la fase coercitiva che può conseguire all'inadempimento [11]. Parimenti, non attengono

---

[9] Cfr., ad es., C. CONSOLO, *Le tutele di merito, sommarie ed esecutive*, V ed., Cedam, 2006, 389; MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 596 ss. (in particolare, sulle spese, pag. 608 ss.).

[10] Nel primo senso: L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 1072 s.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, IV ed., Giappichelli, 2020, 352 s.; nel secondo M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Muglia, 1945, 168 s.; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, II ed., Giuffrè, 2012, 121 s.

[11] Si potrebbero considerare alla stregua di strumenti di peculiare conformazione del rapporto obbligatorio i patti che realizzano meccanismi autosatisfattivi (c.d. autotutela esecutiva) del diritto di credito (es. alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento; alienazione risolutivamente condizionata all'adempimento; mandato *in rem propriam* a vendere), i quali devono fare i conti, per un verso, con il generale divieto di trasferimenti commissori (art. 2744 cod. civ.), che l'opinione consolidata di dottrina e giurisprudenza considera alla stregua di norma materiale applicabile oltre il confine delle garanzie reali (V., per tutti, PAGLIANTINI, *Sull'art. 48*-bis, 42 s.; *contra* DE BELVIS, *L'esecuzione*, cit., 212 ss.) e, per l'altro, con la recente introduzione, nello specifico contesto bancario, di alcune ipotesi – che potrebbero ritenersi eccezionali rispetto al generale divieto – di autotutela esecutiva (cfr. i già menzionati nuovi "meccanismi marciani"): al creditore è rimessa la facoltà di soddisfarsi (ottenendolo in pagamento ovvero alienandolo sul mercato) su un determinato bene del debitore (oggetto di garanzia reale o di altra struttura giuridica che determina la prelazione sugli altri creditori), con il conseguente dovere di restituire al creditore l'eccedenza di valore rispetto all'obbligazione inadempiuta (con necessità pertanto di una stima indipendente effettuata al momento dell'inadempimento). Se letti come interventi eccezionali, lo spazio per un patto marciano di diritto comune con riferimento al quale non opera il divieto di patto commissorio non ci sarebbe (*Contra* DE BELVIS, *op. cit.*, 235 ss., la quale inquadra le forme di tutela autosatisfattiva del credito bancario in un più ampio orizzonte, essenzialmente di carattere sistematico-ricostruttivo, teso ad ammettere una figura generale di esecuzione privatizzata, ossia svolta in forme non giurisdizionali. Va osservato che l'A. non ritiene che tali forme di autotutela esecutiva siano sostitutive delle procedure giurisdizionali, bensì alternative ad esse).



propriamente ai profili di attuazione coattiva [12], costituendone il presupposto, le azioni di condanna all'adempimento [13] o al risarcimento del danno. In altri termini, se ci si limita a osservare la fisiologia del rapporto obbligatorio, ovvero la responsabilità (personale) per inadempimento [14], si deve concludere che l'intervento dell'autonomia contrattuale non penetra l'area dell'esecuzione coattiva, riferendosi quest'ultima solo alla facoltà del creditore di soddisfarsi sul patrimonio del debitore in assenza di una cooperazione da parte di quest'ultimo.

La dottrina è da tempo concorde, seppure con diversi accenti, nel considerare la responsabilità patrimoniale del debitore – quale soggezione dell'intero patrimonio del debitore al diritto del creditore insoddisfatto di rifarsi su esso – un istituto di diritto sostanziale, autonomo rispetto al diritto di credito [15]. Sono, in altri termini, superate le teorie che, ispirate dalla dottrina tedesca, includevano la responsabilità nel rapporto obbligatorio [16]. Parimenti, è ormai scarso il seguito della contrapposta ricostruzione carneluttiana

---

[12] V. ad es. G. AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento in forma specifica*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di F. Delfini-G. Gitti-D. Maffeis (con la collaborazione di C. Ferrari-An. Dalmartello), Giuffrè, I, 2015, 91, il quale opportunamente distingue il piano dell'azione di condanna da quello dell'attuazione coattiva, rimarcando che a un'azione di adempimento di un debito pecuniario segue in ogni caso l'esecuzione per espropriazione, con ciò dimostrando la distinzione tra il piano dell'azione di condanna all'adempimento e l'attuazione coattiva dello stesso.

[13] Non rileva sotto questo specifico profilo la dibattuta questione relativa alla natura (e alla stessa ammissibilità) della domanda di adempimento in natura, considerata ormai dalla prevalente dottrina un rimedio autonomo (cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., 346 ss.) benché si registrino autorevoli dissensi che propendono per una qualificazione in termini risarcitori (C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 922 ss.)

[14] La dottrina riconosce un nesso teleologico, ma anche una netta distinzione tra responsabilità per inadempimento e responsabilità patrimoniale: la prima è, per così dire, uno "stadio preparatorio" della seconda (così GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., 160 ss., in part. 164), che potrebbe non aversi alla luce del comportamento spontaneo del debitore con l'adempimento in natura ovvero con la riparazione risarcitoria del danno conseguente alla sentenza di condanna.

[15] A partire da NICOLÒ, *Tutela*, cit., 4. Cfr., inoltre, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 20; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt*. Iudica-Zatti, Giuffrè, 1991, 63; F. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2015, 67.

[16] Per un quadro dell'opinione dominante: v. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 24 s.; ROPPO, *La responsabilità*, cit., 488. Cfr., per un ripensamento critico dei rapporti tra debito e patrimonio, sia pure con impostazioni e esiti non coincidenti: A. DI MAIO, *Obbligazioni e tutele*, Giappichelli, 2019, 7 ss.; S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1084 ss.; PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., 177 s.; V. CONFORTINI, *Clausola* non-recourse, in *Clausole negoziali*, II, a cura di M. Confortini, UTET, 2019, 1106. Si v. inoltre il recente ripensamento critico di L. NIVARRA, *Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 315 ss., il quale distingue in modo netto la prospettiva della responsabilità patrimoniale da quella del concorso dei creditori sui beni del debitore.



che riconduce al diritto processuale la responsabilità patrimoniale, in ragione di una supposta coincidenza tra responsabilità ed esecuzione forzata. In senso contrario, è stato correttamente messo in evidenza che il codice civile disciplina la responsabilità patrimoniale come situazione strumentale, come "cinghia di trasmissione" fra il diritto di credito e la sua attuazione coattiva: vale a dire, quale elemento esterno al rapporto obbligatorio, ma collegato ad esso poiché necessario per fare sì che tale rapporto abbia rilevanza giuridica (: una pretesa non coercibile non costituirebbe un'obbligazione) [17]. Inoltre, la tesi processualistica non tiene conto che il sistema dell'art. 2740 cod. civ. articola la tutela del credito su più livelli, non limitandosi a operare quale risposta dell'ordinamento alla fase patologica dell'inadempimento. La responsabilità patrimoniale non consiste solo nella soggezione dei beni del debitore all'esecuzione forzata promossa dal creditore, ma – quale garanzia patrimoniale [18] – anche nella soggezione del medesimo patrimonio alle azioni volte a tutelare le ragioni di credito in via preventiva (es. surrogatoria, revocatoria, sequestro conservativo), qualora si manifesti il rischio dell'infruttuosità dell'escussione coattiva del patrimonio del debitore.

Distinto dal piano della responsabilità, seppure ad esso strettamente connesso dal punto di vista materiale e funzionale, vi è quello dell'esecuzione forzata, fondamentalmente coincidente – nella prospettiva qui adottata – col procedimento giudiziale di esecuzione forzata per espropriazione, connotato da una certa astrazione rispetto al rapporto obbligatorio, richiedendo quale requisito sufficiente e necessario il solo titolo esecutivo (ossia il provvedimento giudiziale di condanna ovvero i titoli stragiudiziali espressamente previsti dall'art. 474 cod. proc. civ., i quali non necessariamente garantiscono analoga certezza della sussistenza del credito) [19].

Si tratta di ambiti, nell'impostazione tradizionale, estranei all'intervento dell'autono-

---

[17] Cfr., NICOLÒ, *Tutela*, cit., 9, l'insegnamento del quale non è più discusso in dottrina: v. ad es. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 68; ROPPO, *La responsabilità*, cit., 486 ss.; e, di recente, ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 3; MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 41 s. V. però NIVARRA, *Sovraindebitamento*, cit., 316 e 324 ss., il quale include la responsabilità patrimoniale nel "titolo attributivo di utilità" corrispondente al diritto di credito e, di conseguenza, ritiene "irricevibile", poiché contraddittoria, la pur autorevole opinione che separa la responsabilità dall'obbligazione: considerazioni che tengono conto sia della prospettiva oggettiva che di quella personalistica della teoria dell'obbligazione.

[18] Dal punto di vista terminologico i due profili di rilevanza della responsabilità patrimoniale, antecedente e successivo all'inadempimento, sono tradizionalmente indicati con due locuzioni differenti: garanzia patrimoniale e responsabilità patrimoniale (cfr. A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, Cedam, 2001, 41 s.)

[19] Cfr. ad es. B. CAPPONI, sub *art. 474*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. Comoglio-C. Consolo-B. Sassani-R. Vaccarella, VI, UTET, 2013, 24 ss.



mia privata. Si ritiene che l'esecuzione forzata per espropriazione non possa essere modificata dalle parti in quanto procedura giurisdizionale di carattere pubblicistico, controllata da un giudice togato [20]. Di conseguenza, l'intervento dell'autonomia delle parti sarebbe ammissibile solo in caso di un'espressa autorizzazione legislativa [21]. Ciò è funzionale, non solo alla tutela dell'interesse delle parti a un imparziale svolgersi della funzione giurisdizionale, ma anche a quello più complessivo del sistema all'efficienza della giustizia e al giusto processo.

Il processo esecutivo ha ad oggetto l'aggressione del patrimonio del debitore. L'oggetto di tale aggressione si ricava anzitutto dall'art. 2740 cod. civ. che include nella responsabilità patrimoniale del debitore tutti i suoi beni, consentendo a(gli organi della procedura esecutiva su istanza de)l creditore di aggredire non solo i beni presenti nel patrimonio [22] al momento in cui sorge l'obbligazione (o si verifica l'inadempimento), ma anche quelli che ne entrano a far parte successivamente. Tale soggezione del patrimonio del debitore all'iniziativa potestativa del creditore viene considerata, da una linea di pensiero ormai sempre più diffusa [23], di natura sostanziale, e, come tale estranea alla dinamica processuale, che, viceversa si innesta su di essa, presupponendola. Oltre all'azione esecutiva, nella fase fisiologica del rapporto obbligatorio il patrimonio del debitore è soggetto all'azione surrogatoria, all'azione revocatoria e alle eventuali iniziative cautelari, come il sequestro conservativo. In tale contesto si inserisce il secondo comma dell'art. 2740 cod. civ., che stabilisce un principio di tipicità legale delle ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale. Tipicità collegata, nella lettura tradizionale a ragioni di ordine pubblico, sia pure identificate in modo piuttosto generico, quali la tutela del credito e dell'economia nazionale [24].

---

[20] Sulla natura giurisdizionale dell'esecuzione forzata: v. MAZZAMUTO, *Esecuzione*, cit., 54 s.; R. CAPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, VI ed., Giappichelli, 2020, 28.

[21] Un incisivo quadro dei rapporti tra diritto sostanziale e processuale e dei conseguenti spazi riservati all'autonomia privata si legge in S. PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 10 ss.

[22] Non vi è tuttavia una perfetta coincidenza tra titolo di proprietà dei beni e loro soggezione alla procedura esecutiva, tanto che la migliore dottrina processualistica preferisce parlare di "disponibilità" del bene mobile e, più in generale, di "pertinenza": G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Giuffrè, 1961, 246 ss. e 367 ss.

[23] Cfr. ancora il fondamentale NICOLÒ, *Tutela*, cit., 4.

[24] Così BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 6 e 130 ss., richiamando le sentenze della Consulta che hanno reputato incostituzionali alcuni limiti alla pignorabilità previsti dalla legge. L'A. giustifica l'illiceità dei patti di limitazione della responsabilità con ragioni di ordine pubblico riconducibili al principio di conservazione di un'adeguata garanzia generica. Cfr. inoltre ROPPO, *La responsabilità*, cit., 511.



Gli spazi per l'autonomia privata, al di fuori dei meccanismi (alternativi alle procedure di espropriazione) autosatisfattivi, sembrano dunque preclusi [25]. È tuttavia significativo che i più recenti contributi di taglio monografico siano tornati sul tema, testimoniando un complessivo sforzo del formante dottrinale di ricavare spazi di libertà in un settore che, come si è accennato, è caratterizzato da un monopolio quasi assoluto dell'autorità [26].

3. – Poiché da un punto di vista metodologico è più corretto impostare il ragionamento prendendo le mosse da fattispecie concrete piuttosto che da categorie astratte, è opportuno scendere più in dettaglio e catalogare le ipotesi problematiche, al fine di verificare se, con riferimento a ciascuna di esse, l'ordinamento rifiuti aperture al riconoscimento di spazi di libertà dei privati.

L'autonomia privata può incidere sull'attuazione coattiva del credito con diverse curvature: per un verso, l'autonomia può svolgere una funzione *sostitutiva* della procedura esecutiva: a questa categoria appartengono, all'estremo, il patto con il quale si esclude del tutto l'esecuzione forzata, del quale tuttavia le parti possono modellare una versione limitata nel tempo o nell'oggetto. L'esercizio dell'autonomia non può essere soltanto sostitutivo, ma *integrativo* o *modificativo* delle regole relative all'esecuzione forzata. Così, si possono immaginare patti che restringono l'area dell'impignorabilità, così come accordi che, viceversa, la estendono (determinando l'impignorabilità di alcuni beni o, al contrario, ammettendo la pignorabilità soltanto di alcuni beni). Infine, a questa categoria appartengono i negozi relativi all'ordine di pignorabilità dei beni del debitore.

Non è possibile in questa sede esaminare *funditus* tutte le ipotesi elencate. Benché ciò sconti un inevitabile margine di arbitrarietà, pare possibile escludere dall'indagine, anzitutto, il *pactum de non exequendo*: una sottospecie del *pactum de non petendo* [27], che opera sul piano, sostanziale, dell'esigibilità del credito, modificandolo e riducendolo [28],

---

[25] In questo senso, insiste per l'ammissibilità di patti che consentano al creditore di evitare le procedure esecutive, ritenendo vietati patti che ne modifichino la dinamica sul presupposto dell'indisponibilità della disciplina processuale: DE BELVIS, *Esecuzione*, cit., 243 ss.

[26] In ordine cronologico, a partire da SICCHIERO, *La responsabilità*, cit., 43ss; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 173 ss.; FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 80 ss.; MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 237 ss.; DE BELVIS, *L'esecuzione*, cit., 227 s. e, da ultimo, A. PURPURA, *Autonomia privata, responsabilità e attuazione coattiva del credito*, Giappichelli, 2020, 269 ss.

[27] Al riguardo, v. M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, Giuffrè, 2000, 162 s.; G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, ESI, 2004, 34 ss.

[28] V., per tutti, ORLANDI, *Pactum*, cit., 134 ss. La modifica del rapporto obbligatorio che interviene in



con segnato riferimento al potere, certamente disponibile, d'impulso del processo esecutivo. La giurisprudenza e la dottrina unanime lo ritengono valido, purché non determini uno svuotamento delle prerogative del creditore (arg. *ex* art. 1355 cod. civ.) e della situazione debitoria: a condizione cioè che esso sia limitato nel tempo [29] e, secondo la giurisprudenza, successivo alla formazione della cosa giudicata [30]. Parimenti, gli accordi che individuano alternative autosatisfattive per il creditore si pongono solo in apparente contrasto vuoi con la disciplina processuale dell'esecuzione forzata, vuoi con il corrispondente sostanziale della responsabilità patrimoniale. Come dimostrato dalle previsioni tipiche dell'anticresi, della cessione dei beni ai creditori, ma anche dei meccanismi di realizzazione del diritto di pegno (regolare e irregolare) e dei congegni autosatisfattivi previsti dalla disciplina bancaria, non è escluso che l'autonomia privata possa, a determinate condizioni, realizzare simili strutture negoziali alternative alle procedure esecutive [31].

Le suggestioni provenienti dal diritto tedesco suggeriscono di svolgere qualche riflessione sugli accordi relativi alla pignorabilità dei beni, che costituiscono il corrispondente interno dei *Vollstreckungsvereinbarungen*.

4. – Il quesito circa la sussistenza di forme di autonomia in relazione al pignoramento potrebbe risultare addirittura mal posto. Il pignoramento è l'atto dell'ufficiale giudiziario che, su iniziativa del creditore, assoggetta i beni del debitore a un vincolo di indisponibi-

---

forza del *pactum* implica che il debitore possa eccepire, mediante opposizione all'esecuzione, l'eventuale inadempimento del medesimo: FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 40 s. e 61 ss.; e, già, SICCHIERO, *La responsabilità*, cit., 41 ss. Ritiene, sulla scia del dibattito tedesco, che il *pactum* abbia natura processuale: R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, supplemento al n. 3, 109.

[29] FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 46 ss. (in part. 56); MAZZAMUTO, *Esecuzione*, cit., 228. In giurisprudenza, v. Cass., ss.uu., 20 maggio 1952, n. 1457, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1952, III, 261 ss.; Cass., 12 agosto 1991, n. 8774, in *Foro it.*, 1992, c. 1845; Trib. Cremona, 9 novembre 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, 815 ss.; Trib. Milano, 27 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 945.

[30] V. Cass., 12 agosto 1991, n. 8774, cit. c. 1854, la quale, tuttavia, ammette il patto antecedente alla sentenza che abbia ad oggetto l'esecutorietà provvisoria della sentenza di condanna. V., però, le osservazioni critiche di FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 66 ss. (e in part. 74).

[31] In questo senso DE BELVIS, *Esecuzione*, cit., 243 ss., la quale ritiene possibile distinguere tra strumenti di attuazione coattiva del diritto reale di garanzia (che possono essere incisi dall'autonomia privata solo se espressamente previsto: v. ad es. artt. 2796 e ss. cod. civ.) e di realizzazione coattiva del credito (che possono essere affiancati da strutture alternative di fonte autonoma); e già C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, 1957, 191. Ritiene che il patto marciano costituisca uno strumento dell'autonomia privata per consentire l'esecuzione di un credito inadempiuto in via di autotutela: PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., 203 ss.



lità, prodromico alla vendita forzata e alla successiva soddisfazione del creditore sul ricavato. Trattandosi di un atto di un organo dell'esecuzione [32] che costituisce l'avvio del procedimento e, pertanto, il fulcro delle forme e dei modi di svolgimento della tutela giurisdizionale esecutiva, se ne potrebbe facilmente ricavare che è semplicemente errato interrogarsi sugli spazi di autonomia delle parti del rapporto obbligatorio in questo contesto [33].

Seguendo questa indicazione, si potrebbe ricavare una sicura invalidità dei patti di riduzione dell'area di impignorabilità [34]: le classi di beni che non possono essere pignorate e, pertanto, sottoposte al procedimento di espropriazione sono individuate dalla legge e, se si considerano le ipotesi di impignorabilità (assoluta o relativa) di beni mobili [35] (artt. 514 e 515 cod. proc. civ.), ne conseguirebbe una piena indisponibilità connessa alla salvaguardia del valore costituzionale della dignità del debitore e del suo lavoro [36]. Tuttavia, dubbi sulla correttezza di un approccio così *tranchant* emergono, se si tiene conto del fatto che la dottrina processualistica prevalente e la giurisprudenza escludono la natura imperativa di queste norme, individuandone la ratio nella protezione del debitore, con la conseguenza che spetta soltanto a quest'ultimo farle valere mediante lo strumento dell'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615, comma 2, cod. proc. civ. [37]. Sebbene si tratti di una questione probabilmente scolastica – basti considerare lo scarso rilievo pratico del contenuto degli elenchi di cui agli artt. 514 e 515 cod. proc. civ. – ci si dovrebbe chiedere se, esclusa l'imperatività di questi elenchi, alla facoltà del debitore di non opporsi all'esecuzione deducendo l'impignorabilità di un bene possa corrispondere anche la prerogativa sostanziale di esercitare *ex ante* tale facoltà, intervenendo sul contenuto degli elenchi mediante un atto di autonomia.

---

[32] CAPONI, *Manuale*, cit., 79 s.

[33] DE BELVIS, *Esecuzione*, cit., 262.

[34] Autorevole dottrina processualistica critica la scelta terminologica e preferisce parlare di inespropriabilità: A. BONSIGNORI, *Esecuzione forzata*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VII, UTET, 1991, 584 s.

[35] In giurisprudenza, precisando che si tratta di un elenco che rientra nella insindacabile discrezionalità del legislatore: Corte cost., (ord.) 22.10.1990, n. 492, in *Giur. cost.*, 1990, 2873. Sui numerosi interventi del legislatore e della Consulta riguardo all'impignorabilità di salari, pensioni e altre indennità, v. C. PUNZI, *Limiti alla pignorabilità e oggetto della responsabilità*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1282 ss; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 35 ss.

[36] In questo senso, A.C. SAITTA, *Rilevabilità d'ufficio dell'impignorabilità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1359 ss.

[37] V. ad es. CAPONI, *Manuale*, cit., 212; VENTURA, sub *art. 514*, in *Comm.* Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, VI, UTET Giuridica, 2013, 566 ss. In giurisprudenza, v. ad es. Cass., 8 luglio 1978, n. 3432; Cass., 24 marzo 1979, n. 1709, in *Giust. civ.*, 1979, I, 579 ss.



L'indagine non può essere impostata in modo analogo nell'ipotesi inversa degli accordi diretti ad espandere l'area dell'impignorabilità o a intervenire sull'ordine di aggressione dei beni nella procedura esecutiva. Occorre distinguere almeno tre tipologie di accordi: *a.* accordi di impignorabilità di specifici beni; *b.* accordi di pignorabilità limitata a specifici beni; *c.* accordi sull'ordine del pignoramento dei beni.

Ferma restando l'esigenza di un vaglio di meritevolezza di tali patti atipici [38], sembrano due i percorsi argomentativi da intrecciare per giustificare la liceità di tali patti. Anche in questo caso, il punto di partenza è la natura ambivalente del pignoramento, quale attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore realizzata su impulso del creditore, ma, nelle forme, attraverso il necessario intervento dell'ufficiale giudiziario. Sarebbe opportuno, tuttavia, verificare se, nel novero delle norme processuali, sia possibile distinguere quelle che proteggono un interesse indisponibile, da quelle che invece governano interessi disponibili [39]. L'idea che sussistano spazi di autonomia delle parti interni all'ordinamento processuale, pur prescindendo da specifiche previsioni di legge che espressamente autorizzino tali patti, è un percorso che una parte della scienza processualistica italiana ha autorevolmente intrapreso [40], attraverso il superamento della tradizionale inclusione nel diritto pubblico del diritto processuale civile, dalla quale discendeva il corollario dell'indisponibilità delle norme. Per contro, va rimarcato come non sia affatto scontato individuare indici di disponibilità della disciplina processuale, giacché tale caratteristica non può semplicisticamente discendere dalla disponibilità dell'accesso alla tutela [41]. Non si deve, in altri termini, trascurare che il monopolio pubblicistico sull'attività processuale risponde a esigenze di efficienza e celerità dell'attività, che discendono dal principio del giusto processo, come tali certamente indisponibili.

Considerato che le difficoltà tratteggiate sono riconducibili alla scelta del piano pro-

---

[38] Della necessità di ravvisare una "qualche giustificazione" parla MAZZAMUTO, *Esecuzione*, cit., 218. Sul vaglio di meritevolezza: v. di recente e per ulteriori riferimenti: G. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, I, 615 ss.; M. PENNASILICO, *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. e impr.*, 2020, 823 ss.; A.M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *NGCC*, I, 1205 ss.

[39] Preferisce distinguere tra componente sostanziale e processuale della tutela esecutiva: FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 32.

[40] Cfr., anche per ulteriori riferimenti, R. CAPONI, *Autonomia privata*, cit., 100 ss. (in part. 107 ss.); A. CHIZZINI, Konvenzionalprozess *e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 49 ss.; PATTI, *Diritto civile*, cit., 13 ss.

[41] Così, invece, FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 32, il quale pure precisa che alcune regole dell'esecuzione forzata hanno portata sostanziale; *contra* CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., 51, il quale rimarca che non è logicamente corretto trarre dalla disponibilità della tutela processuale, la derogabilità delle sue forme.



cessuale quale itinerario privilegiato dell'indagine (che costituisce il percorso intrapreso dalla dottrina tedesca dei *Vollstreckungsvereinbarungen*) [42], la dottrina civilistica italiana si è impegnata nella ricerca di alternative.

Valorizzata la natura sostanziale della regola della responsabilità patrimoniale del debitore, si è sostenuto che la tipicità legale delle ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore, prevista dall'art. 2740, comma 2, cod. civ., riguardi solo quelle in grado di riflettersi sulle prospettive di soddisfazione degli altri creditori [43]. In altri termini, all'autonomia privata sarebbe precluso di costituire garanzie reali atipiche o individuare ipotesi di separazione patrimoniale, al di fuori di quelle espressamente ammesse dalla legge. Viceversa, il debitore con ciascun creditore sarebbe libero di negoziare accordi relativi all'oggetto della responsabilità patrimoniale, con effetti solo *inter partes* [44]. Punto di approdo che dischiude due differenti esiti applicativi: *a*) da un lato, vi è chi considera la limitazione dell'oggetto della responsabilità patrimoniale con effetti *inter partes*, alla stregua di un'obbligazione negativa e pertanto all'eventuale inadempimento di essa potrebbe conseguire solo un eventuale risarcimento del danno [45]. *b*) Dall'altro, vi è chi rimarca la necessità di considerare la responsabilità patrimoniale alla stregua di un rapporto giuridico di diritto sostanziale, autonomo (seppur collegato) a quello obbligatorio, e, pertanto, reputa il patto una restrizione dell'oggetto di tale rapporto, che, come tale, può essere fatta valere mediante l'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 cod. proc. civ. [46]

---

[42] V. GÖSSL, *Parteiautonomie in der Zwangsvollstreckung*, cit., la dottrina ivi citata. L'opzione ricostruttiva della dottrina tedesca si giustifica in ragione dell'assenza nel BGB di una norma analoga all'art. 2740 cod. civ. (sul punto v. PATTI, *Diritto civile*, cit., 12).

[43] Cfr. in particolare, ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 179; e, in modo sostanzialmente coincidente, MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 252.

[44] Si tratta di un'intuizione già presente in D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt.* Vassalli, UTET, 1952, 11 s., il quale, tuttavia, si limita a riconoscere efficacia obbligatoria a tali patti che danno luogo a un'obbligazione negativa (ritiene di "scarsa consistenza" gli argomenti di Rubino: ROPPO, *La responsabilità*, cit., 511); e, seppure affermata incidentalmente, in P. SPADA, *La tipicità delle società*, Cedam, 1974, 56 s. Essa è di recente sviluppata, sia pure con impostazione non coincidente, da ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 173 ss. e G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimioniale (art. 2740 cod. civ.)*, in *Contr. e impr.*, 2012, 96 ss.; ID, *La responsabilità*, cit., 43 ss. Aderiscono successivamente FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 80 ss.; MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 237 ss. Cfr. anche A. PURPURA, *Autonomia privata*, cit. 269 ss.

[45] Cfr. RUBINO, *op. loc. cit.*; SPADA, *op. loc. cit.*. SICCHIERO, *I patti*, cit., 104 ss., pur ricostruendo il patto quale costitutivo un'obbligazione negativa, ritiene che essa possa giustificare l'*exceptio pacti*, da far valere nell'opposizione all'esecuzione, ritenendo quest'ultimo il mezzo tipico per far valere in forma specifica l'obbligo negativo.

[46] Così sul presupposto che la limitazione costituisca una modulazione dell'oggetto del rapporto postestativo di responsabilità patrimoniale: ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 185 ss.; seguito da MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 368.



Le ipotesi appena illustrate muovono da una condivisibile ricostruzione del dato funzionale presupposto dalla disciplina sostanziale e costituiscono un importante stimolo per ripensare i tradizionali dogmi che hanno a lungo caratterizzato il dibattito sulla responsabilità patrimoniale. Cionondimeno, esse sollevano alcuni profili critici dei quali bisognerebbe farsi carico, onde identificare una convincente dimostrazione della correttezza delle soluzioni applicative proposte, le quali – va rimarcato – contrastano con un dato normativo non equivoco (art. 2740, comma 2, cod. civ.), rispetto al quale opportunamente è stata richiamata la tecnica interpretativa della riduzione teleologica [47], la quale, per non sconfinare in un arbitrio ermeneutico, richiede di escludere ogni possibile indicazione sistematica o funzionale di segno contrario.

Come anticipato, la limitazione *inter partes* degli effetti della responsabilità patrimoniale non pare possa eludere il confronto con il dato che emerge anche dalla disciplina processuale (impregiudicata la natura materiale o processuale delle norme ivi contenute). In particolare, pare concettualistico giustificare la deroga pattizia alla generalità della responsabilità patrimoniale, invocando la sola appartenenza al diritto sostanziale del "rapporto" di responsabilità patrimoniale. Conclusione che, tuttavia, stride con il fatto che tale rapporto si compone di un fascio di prerogative del creditore (diritti potestativi), tutte a necessario esercizio giudiziale (azione esecutiva, revocatoria, surrogatoria, sequestro conservativo) [48]. A ciò si aggiunga che l'unica prerogativa invocata di natura sostanziale (decadenza dal beneficio del termine *ex* art. 1186 cod. civ.) ha un collegamento labile con la responsabilità patrimoniale del debitore, dalla quale ricava i presupposti applicativi (l'insolvenza), ma non gli effetti che ricadono in pieno sulla dinamica del rapporto obbligatorio [49].

---

[47] MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 273 ss.

[48] La dottrina processualistica nega che sia "configurabile una sorta di diritto o potere del creditore di aggredire i beni del suo debitore, né direttamente né indirettamente, per mezzo degli organi esecutivi, i quali procedono all'espropriazione forzata, in presenza dei dovuti presupposti processuali, in virtù del solo potere esecutivo che la legge riconosce in capo allo Stato": così M. BOVE, sub *art. 2910*, in *Commentario* GABRIELLI, *Della tutela dei diritti. Artt. 2907-2969*, a cura di G. Bonilini-A. Chizzini, Utet Giuridica, 2016, 189 e 203, il quale rimarca altresì che l'azione esecutiva è situazione soggettiva processuale, esterna al credito. Il medesimo A. riconosce, tuttavia, che l'art. 2910 cod. civ. pone un "principio di carattere sostanziale", precisando che l'effetto estintivo del credito, conseguente all'espropriazione forzata si può dare solo a condizione che esso consegua alla liquidazione di "beni responsabili per quel credito". Tale precisazione si riferisce, però, all'eventuale aggressione di beni che non fanno parte del patrimonio dell'esecutato e non agli effetti di patti limitativi della responsabilità patrimoniale. Cfr. inoltre BONSIGNORI, *Esecuzione*, cit., 572.

[49] V. però BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 80, il quale ritiene che la decadenza dal beneficio del termine sia un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale. Considerazione condivisibile



Viceversa, al di là della incerta natura delle norme e degli istituti (e della inevitabile arbitrarietà del discorso che si arresti a tale profilo), non sembra improprio rimarcare che sia proprio il dato positivo a imporre un confronto non scontato con la disciplina processuale, là dove l'art. 2910 cod. civ., nel precisare il contenuto della responsabilità patrimoniale [50], afferma che "il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può fare espropriare i beni del debitore, secondo le regole del codice di procedura civile". Benché sia corretto, per un verso, distinguere concettualmente la responsabilità patrimoniale dall'esecuzione forzata, è, per l'altro, arduo negare che la responsabilità si concreti, operativamente, nell'espropriazione, quale tutela strumentale del credito, che richiede un necessario intervento giudiziale, tale da richiedere un confronto con il sistema di diritto processuale.

Appare pertanto forzato escludere che i patti di limitazione della responsabilità con effetti *inter partes* siano, almeno nella prospettiva effettuale, patti di impignorabilità dei beni. Ciò anche perché la distinzione tra le due ipotesi risiederebbe essenzialmente in una rinuncia preventiva del creditore a esercitare le azioni che costituiscono i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, la disponibilità dei quali andrebbe analiticamente dimostrata con riferimento ai presupposti di ciascuno di essi [51].

Un'ulteriore difficoltà che incontrano i patti di impignorabilità si ricava dalla struttura del procedimento di espropriazione mobiliare, nel quale l'ufficiale giudiziario conserva la facoltà di individuare i beni pignorabili, senza possibilità per debitore e creditore di incidere sulle scelte dell'ufficiale [52]. In questa prospettiva, ci si dovrebbe chiedere se il patto di limitazione della responsabilità, non debba avere un'estensione coincidente con l'intero patrimonio mobiliare del debitore e se esso debba risultare dal titolo esecutivo, oltre che da atto avente data certa (art. 2914 cod. civ.).

---

solo a condizione che la nozione civilistica di insolvenza non coincida con il dissesto patrimoniale del debitore (così, ad es., Cass., 14 maggio 2008, n. 12126): un quadro della nozione di insolvenza in D. SEMEGHINI, *Il presupposto oggettivo*, in A. DALMARTELLO-R. SACCHI-D. SEMEGHINI, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, in *Nuova Giur. sist. dir. civ. e comm*., fondata da W. Bigiavi e diretta da G. Alpa *et al*., vol. 1, UTET giuridica, 2016, 189 ss.

[50] Cfr. MAZZAMUTO, *Esecuzione*, cit., 289 s. L'art. 2910 cod. civ. costituisce il raccordo tra disciplina sostanziale e attività esecutiva, relativamente alla quale la disposizione rinvia integralmente alla disciplina del codice di procedura civile: v. BOVE, sub *art. 2910*, cit., 187 ss.; BONSIGNORI, *Esecuzione*, cit., 584 s.

[51] Ad esempio, se certamente è da escludere che un patto del genere possa essere opposto al curatore (art. 165 c.c.i.) della procedura di liquidazione dei beni, bisognerebbe chiedersi se la previsione di tale facoltà nel codice della crisi sia idonea a incidere anche sulla validità del patto. In generale, sull'irrinunciabilità dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, sia pure nell'ambito di un'indagine tesa a valorizzare l'indisponibilità della responsabilità patrimoniale perché collegata a ragioni di ordine pubblico: BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 130.

[52] Sottolinea questo aspetto anche BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 133.



Delicato è, infine, individuare il rapporto tra la facoltà del debitore di far valere, mediante l'opposizione all'esecuzione (comma 2, art. 615 cod. proc. civ.), l'impignorabilità di un bene stabilita *inter partes*, e il valore di fondo dell'efficienza e speditezza dell'azione esecutiva [53]. Da tale principio si potrebbe ricavare la tassatività delle ipotesi di impignorabilità ovvero una particolare severità del vaglio di meritevolezza di patti atipici. Superato un siffatto vaglio, i patti andrebbero comunque sottoposti all'ulteriore controllo derivante dai profili di indisponibilità ricavabili direttamente dalla fonte sostanziale del rapporto obbligatorio: ad esempio, è da chiedersi quale spazio possa essere individuato per valide limitazioni di pignorabilità nel contesto delle relazioni familiari ovvero nella contrattazione asimmetrica.

5. – Pur non trattandosi della sede adatta per individuare definitive soluzioni ai problemi impostati in precedenza, è possibile tratteggiare una prospettiva di indagine, suggerita dalla valorizzazione, in chiave sistematica, dell'introduzione di meccanismi marciani, disciplinati dal legislatore nel prestito vitalizio ipotecario *ex* art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quater*, d.l. n. 203/2005 (conv. l. n. 248/2005 e modificato da l. n. 44/2015) e nei mutui immobiliari ai consumatori *ex* art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. [54] Queste disposizioni non conferiscono al creditore soltanto le facoltà autosatisfattive, tipiche del patto marciano, bensì contengono tipizzazioni legislative della clausola di "pignorabilità limitata", che, nel contesto di *common law*, viene usualmente definita "non recourse" [55]. In questa prospettiva, le clausole in discorso – e, generalizzando, i patti di impignorabilità (ovvero di pignorabilità limitata) – potrebbero superare il vaglio di validità e meritevolezza, (rispondendo a obiettive esigenze funzionali) proprio nell'ambito degli strumenti di autotutela satisfattiva del credito [56] ovvero in quello, contiguo, delle garanzie reali. Si

---

[53] Non considerano questo profilo: ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 185 ss.; MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 364 ss.

[54] Cfr. MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 317 ss., la quale, tuttavia, non ricava dalle disposizioni richiamate indicazioni circa la meritevolezza della limitazione convenzionale della responsabilità (v. in senso diverso *infra* nel testo). Ammette una clausola simile nel finanziamento alle imprese *ex* art. 48-*bis* t.u.b.: D'AMICO, *La resistibile*, cit., 18 s.; la ritiene necessaria PAGLIANTINI, *Sull'art. 48*-bis, cit., 65 ss.

[55] In questa direzione, cfr. V. CONFORTINI, *Clausola* non-recourse, in *Clausole negoziali*, II, a cura di M. Confortini, UTET giuridica, 2019, 1098 ss. Vengono sollevati dubbi sulla sussistenza di una preclusione all'esperimento dell'esecuzione forzata con riferimento alla disciplina del mutuo immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, t.u.b.): v. ad es. PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., 176 s. e 190.

[56] Naturalmente, occorrerebbe indagare se tali meccanismi – e di conseguenza la clausola *non-recourse* – possano essere previsti anche al di fuori delle ipotesi tipizzate del legislatore e, in ogni caso, del credito



tratta, del resto, dei contesti negoziali e socio-economici nei quali tali clausole sono diffuse nella prassi negoziale degli ordinamenti d'origine [57].

Nel procedere al vaglio di meritevolezza di questi patti, non bisogna trascurare un profilo sollevato da attenta dottrina: può infatti darsi che il patto di pignorabilità limitata generi una situazione di *moral hazard* del debitore, allorquando il valore del bene (o dei beni) pignorabili sia inferiore quello della prestazione dovuta. Con il che si potrebbe produrre un effetto non dissimile a quello vietato dall'art. 1229 cod. civ. per quanto concerne le clausole di esonero da responsabilità per inadempimento doloso o gravemente colposo [58]. In altri termini, la limitazione dell'oggetto della responsabilità patrimoniale, in caso di cespite *ex ante* incapiente, si potrebbe leggere alla stregua di una limitazione all'operare dei rimedi per l'inadempimento, con inevitabili conseguenze sulla (im)meritevolezza del patto. Laddove la sproporzione tra beni aggredibili e debito sia causata, nel corso del rapporto, dall'oscillazione imprevedibile dei valori di mercato, non sembra utile un simile controllo sull'atto di autonomia: in questi casi, il contenimento dei comportamenti opportunistici del debitore non potrà che essere rimesso all'operare della clausola generale di buona fede.

professionale: si v. al riguardo A.A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 812 ss.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, ivi, 1414 ss. (e in part. 1421).

[57] Le clausole *non-recourse* sono diffuse nel mutuo ipotecario commerciale e ai consumatori in alcuni ordinamenti statali degli Stati Uniti: Cfr. ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 194; MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 297; CONFORTINI, *Clausola*, cit., 1094 ss.

[58] Cfr. CONFORTINI, *Clausola*, cit., 1103 ss.; pur distinguendo clausole limitative della responsabilità patrimoniale e clausole di esonero *ex* art. 1229 cod. civ. ravvisava un'"analogia" tra le due situazioni già NICOLÒ, *Tutela*, cit., 15; *contra* SICCHIERO, *La responsabilità*, cit., 41 s. Il problema non sussiste se si ritiene che la previsione di legge (o, nel caso di specie, la clausola) non impedisca l'espropriazione forzata: così PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., 190.



CASSAZIONE CIVILE, SS.UU., 6 MARZO 2020, N. 6459

Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare, che si innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, trattandosi di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario.

La dichiarazione unilaterale scritta dal fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 c.c., una astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della *contra se pronuntiatio*, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria.

LA CORTE (*OMISSIS*)

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. – La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite concerne la forma del patto fiduciario con oggetto immobiliare. Premesso che il patto fiduciario dà luogo ad un assetto di rapporti sul piano obbligatorio in forza del quale il fiduciario è tenuto verso il fiduciante a tenere una certa condotta nell'esercizio del diritto fiduciariamente acquistato, ivi compreso il ritrasferimento del diritto al fiduciante o a un terzo da lui designato, l'interrogativo sollevato dall'ordinanza interlocutoria è se possa ritenersi rispettato il requisito della forma scritta del patto fiduciario coinvolgente diritti reali immobiliari da una dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario che risulti espressione della causa fiduciaria esistente in concreto, pur se espressa verbalmente tra fiduciante e fiduciario; più in particolare, se valida fonte dell'obbligazione di ritrasferire sia soltanto un atto bilatera-



le e scritto, coevo all'acquisto del fiduciario, o se sia sufficiente un atto unilaterale, ricognitivo, posteriore e scritto del fiduciario, a monte del quale vi sia un impegno espresso oralmente dalle parti.

2. – Si impongono, preliminarmente, alcune premesse di inquadramento.

3. – Il fenomeno fiduciario consiste in una operazione negoziale che consente ad una parte (il fiduciante) di far amministrare o gestire per finalità particolari un bene da parte di un'altra (il fiduciario), trasferendo direttamente al fiduciario la proprietà del bene o fornendogli i mezzi per l'acquisto in nome proprio da un terzo, con il vincolo che il fiduciario rispetti un complesso di obblighi volti a soddisfare le esigenze del fiduciante e ritrasferisca il bene al fiduciante o a un terzo da lui designato. Attraverso il negozio fiduciario la proprietà del bene viene trasferita da un soggetto a un altro con l'intesa che il secondo, dopo essersene servito per un determinato scopo, lo ritrasferisca al fiduciante, oppure il bene viene acquistato dal fiduciario con denaro fornito dal fiduciante, al quale, secondo l'accordo, il bene stesso dovrà essere, in un tempo successivo, ritrasferito.

3.1. – Il negozio fiduciario si presenta non come una fattispecie, ma come una casistica: all'unicità del nome corrispondono operazioni diverse per struttura, per funzione e per pratici effetti.

Innanzitutto perché l'investitura del fiduciario nella titolarità del diritto può realizzarsi secondo distinti moduli procedimentali: le parti possono dare origine alla situazione di titolarità fiduciaria sia attraverso un atto di alienazione dal fiduciante al fiduciario, sia – come nel caso da cui è sorta la presente controversia – mediante un acquisto compiuto dal fiduciario in nome proprio da un terzo con denaro fornito dal fiduciante.

In secondo luogo perché l'effetto traslativo non è essenziale per la configurabilità di un accordo fiduciario. Accanto alla fiducia dinamica, caratterizzata dall'effetto traslativo strumentale, un modo di costituzione della titolarità fiduciaria è rappresentato dalla fiducia statica, che si ha quando manca del tutto un atto di trasferimento, perché il soggetto è già investito ad altro titolo di un determinato diritto, e il relativo titolare, che sino a un dato momento esercitava il diritto nel proprio esclusivo interesse, si impegna a esercitare le proprie prerogative nell'interesse altrui, in conformità a quanto previsto dal *pactum fiduciae*. Nello schema del negozio fiduciario – afferma Cass., Sez. II, 7 agosto 1982, n. 4438 – rientra, oltre quello di tipo traslativo, anche la fiducia statica, i cui estremi sono appunto rappresentati dalla preesistenza di una situazione giuridica attiva facente capo ad un soggetto che venga poi assunto come fiduciario e si dichiari disposto ad attuare un certo disegno del fiduciante mediante l'utilizzazione non già di una situazione giuridica all'uopo creata (come nel negozio fiduciario di tipo traslativo), ma di quella preesistente,



che viene così dirottata dal suo naturale esito, a ciò potendosi determinare proprio perché a lui fa capo la situazione giuridica di cui si tratta.

In terzo luogo perché il negozio fiduciario risponde ad una molteplicità di funzioni, di pratici intenti, essendo diversi i tipi di interessi che possono sorreggere l'operazione. Nella fiducia *cum amico* la creazione della titolarità è funzionale alla realizzazione di una detenzione e gestione del bene nell'interesse del fiduciante ed in vista di un successivo ulteriore trasferimento della titolarità, allo stesso fiduciante o a un terzo. Nella fiducia *cum creditore*, invece, il contratto fiduciario intercorre tra debitore e creditore: l'interesse del fiduciante è trasferire la proprietà di un suo bene al fiduciario, suo creditore, a garanzia del diritto di credito, con l'impegno del fiduciario a ritrasferire il bene al fiduciante, se questi adempie regolarmente al proprio debito. Questa seconda tipologia – la fiducia *cum creditore* – esige una attenta valutazione nel caso concreto, onde accertare che non integri un contratto in frode alla legge e precisamente in violazione del divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.).

3.2. – La dottrina ha a lungo dibattuto alla ricerca di una sistemazione appagante del fenomeno fiduciario sotto il profilo del suo fondamento causale.

Vi è chi, riducendo il negozio fiduciario ad un tipo negoziale, seppure innominato, lo costruisce come un contratto unitario, avente una propria causa interna, la *causa fiduciae*, consistente in un trasferimento di proprietà, da un lato, e nell'assunzione di un obbligo, dall'altro. In questa prospettiva, l'effetto obbligatorio non costituisce un limite dell'effetto reale, ma si trova con esso in un rapporto di interdipendenza, non già nel senso di corrispettività economica, ma nel senso che l'attribuzione patrimoniale è il mezzo per rendere possibile al fiduciario quel suo comportamento in ordine al diritto trasferitogli: l'effetto obbligatorio rappresenta dunque la causa giustificatrice dell'effetto reale.

Da parte di altri si ritiene che nell'operazione *de qua* siano destinati a venire in rilievo singoli negozi tipici, con causa diversa da quella *fiduciae*, relativamente ai quali la fiducia non opera o non è in grado di operare sul terreno della causa in senso oggettivo, ma su quello dei motivi o su quello delle determinazioni accessorie di volontà.

Altri ancora – dopo avere qualificato il contratto fiduciario come il negozio mediante il quale si persegue uno scopo diverso dalla causa del contratto prescelto, avendo il *pactum fiduciae* la funzione di piegare il contratto prescelto alla realizzazione dello scopo perseguito – ritengono impossibile ricondurre il fenomeno pratico ad una unitaria categoria giuridica e considerano il contratto traslativo e il patto fiduciario come contratti separati, tra loro collegati, nei quali la *causa fiduciae* esprime il collegamento fra i due contratti. Tale orientamento costruisce il fenomeno in forma pluralistica, vedendovi un col-



legamento funzionale tra trasferimenti e obblighi, in attuazione del programma fiduciario: di talché l'interno vincolo obbligatorio (con il quale il fiduciario si obbliga, nel rispetto della fiducia, al compimento del negozio che ne costituisce adempimento), non autonomamente isolabile, interagisce con l'effetto reale esterno.

3.3. – Anche in giurisprudenza non mancano prese di posizione sulla natura giuridica del negozio fiduciario.

Così, talvolta le pronunce di questa Corte vedono nel contratto fiduciario un caso di negozio indiretto: un negozio, cioè, con cui le parti perseguono risultati diversi da quelli tipicamente propri del negozio impiegato, e corrispondenti a quelli di un negozio diverso. Il negozio fiduciario – si afferma – rientra nella categoria più generale dei negozi indiretti, caratterizzati dal fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta, bensì indiretta: il negozio, che è realmente voluto dalle parti, viene infatti posto in essere in vista di un fine pratico diverso da quello suo tipico, e corrispondente in sostanza alla funzione di un negozio diverso. L'intestazione fiduciaria di un bene comporta un vero e proprio trasferimento in favore del fiduciario, limitato però dagli obblighi stabiliti *inter partes*, compreso quello del trasferimento al fiduciante, in cui si ravvisa il contenuto del *pactum fiduciae* (Cass., Sez. III, 2 aprile 2009, n. 8024; Cass., Sez. II 9 maggio 2011, n. 10163; Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093).

Altre volte si opta per un inquadramento in termini di pluralità di negozi connessi da una comune congruenza funzionale ovvero da un'unica finalità economica: nel rapporto fiduciario si ha il concorso di due negozi, l'uno di disposizione e l'altro che è anche causa del primo, di obbligazione, i quali sono distinti, pur se collegati, e non fusi unitariamente (Cass., Sez. II 18 aprile 1957, n. 1331); il negozio fiduciario si realizza mediante il collegamento di due negozi, parimenti voluti, l'uno di carattere esterno, efficace verso i terzi, e l'altro, *inter partes* ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del primo, per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o al terzo (Cass., Sez. II 7 agosto 1982, n. 4438; Cass., Sez. II 1 aprile 2003, n. 4886; Cass., Sez. I, 8 settembre 2015, n. 17785).

Una terza impostazione si distacca dalle ricostruzioni che descrivono il negozio fiduciario come articolato in due negozi (uno esterno e con effetti reali, l'altro interno e obbligatorio), per sostenere che "qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella... di realizzare il programma fiduciario, mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, che a seconda dei casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si propone di realizzare possono essere diversi sia nel numero che nella tipologia" (Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633).



4. – Il fondamento causale e l'inquadramento teorico del negozio fiduciario possono rimanere in questa sede soltanto accennati, perché il quesito posto dall'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione pone in realtà un problema pratico relativo alla individuazione di una regola di dettaglio la cui soluzione prescinde dall'adesione all'una o all'altra tra le tesi appena esposte.

La questione sollevata, infatti, concerne, come si è visto, la forma dell'impegno con cui il fiduciario si obbliga nei rapporti interni verso il fiduciante, in forza del *pactum fiduciae*, a ritrasferirgli l'immobile.

In considerazione del già rilevato multiforme atteggiarsi del fenomeno fiduciario, tale interrogativo viene esaminato dalle Sezioni Unite nei limiti della sua rilevanza, ossia avendo riguardo all'orizzonte di attesa della fattispecie concreta, la quale si caratterizza per essere il fiduciario divenuto titolare del diritto avendolo acquistato in nome proprio da un terzo con mezzi somministratigli dal fiduciante.

5. – Conviene, allora, passare in rassegna gli indirizzi giurisprudenziali che si sono manifestati sulla specifica questione.

5.1. – Quando l'impegno all'ulteriore trasferimento ad opera del fiduciario riguardi un bene immobile, l'orientamento dominante condiziona la rilevanza del patto fiduciario alla circostanza che i soggetti abbiano consegnato in un atto scritto il *pactum*. Tale indirizzo, infatti, assimila, *quoad effectum*, il patto fiduciario, sotto il profilo dell'assunzione dell'obbligo a ritrasferire da parte del fiduciario, al contratto preliminare, con la conseguente necessità di osservare la forma vincolata *per relationem* prevista dall'art. 1351 c.c.

In base a tale orientamento, il negozio fiduciario, nel quale sia previsto l'obbligo di una parte di modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da quest'ultimo designato, richiede la forma scritta *ad substantiam* qualora riguardi beni immobili, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare – per il quale l'art. 1351 c.c., prescrive la stessa forma del contratto definitivo – in relazione all'obbligo assunto dal fiduciario di emettere la dichiarazione di volontà diretta alla conclusione del contratto voluto dal fiduciante (Cass., Sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663; Cass., Sez. II, 29 maggio 1993, n. 6024; Cass., Sez. II, 19 luglio 2000, n. 9489; Cass., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001; Cass., Sez. I, 26 maggio 2014, n. 11757; Cass., Sez. II, 25 maggio 2017, n. 13216; Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093).

In questa prospettiva, la valida fonte dell'obbligazione di ritrasferire del fiduciario può essere solo un atto negoziale avente struttura bilaterale e dispositiva.

Onere del fiduciante – si legge in Cass., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001, cit. – è quello



"di dimostrare l'esistenza dell'accordo scritto fiduciario, che (ha) preceduto o accompagnato la stipula del contratto di acquisto, con l'assunzione, da parte del fiduciario, dell'obbligo di retrocessione... del bene immobile".

La dichiarazione unilaterale del fiduciario non è ritenuta sufficiente allo scopo, giacché una ricognizione *ex post* di un atto solenne *ab origine* perfezionato informalmente non vale a supplire al difetto della forma richiesta dalla legge ai fini della validità dell'atto (Cass., Sez. I, 18 aprile 1994, n. 3706): ai fini del trasferimento della proprietà immobiliare (e relativi preliminari), il requisito della forma scritta prevista *ad substantiam* "non può essere sostituito da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante il contratto né – quando anche contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto – come prova del medesimo; pertanto, il requisito di forma può ritenersi soddisfatto solo se il documento costituisca l'estrinsecazione formale diretta della volontà negoziale delle parti e non anche quando esso si limiti a richiamare un accordo altrimenti concluso, essendo in tal caso necessario che anche tale accordo rivesta la forma scritta e contenga tutti gli elementi essenziali del contratto non risultanti dall'altro documento, senza alcuna possibilità di integrazione attraverso il ricorso a prove storiche, non consentite dall'art. 2725 c.c." (Cass., Sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163).

Nel ribadire la necessità dell'atto bilaterale scritto, talvolta la giurisprudenza ne mitiga le conseguenze applicando il principio secondo cui la produzione in giudizio di una scrittura, contro la parte dalla quale proviene, equivale a perfezionamento dell'accordo bilaterale. È ben vero – afferma Cass., Sez. II, 1 aprile 2003, n. 4886 – che l'unilateralità della dichiarazione resa dal fiduciario "contrasta con la necessaria bilateralità del negozio fiduciario, ma, poiché ad avvalersene in giudizio è il contraente del quale manca la sottoscrizione", trova applicazione il consolidato principio per cui "quando... la parte che non abbia sottoscritto l'atto a forma vincolata la produca in giudizio, invocandone a proprio favore gli effetti e così dando la propria adesione, se l'altra parte non abbia nel frattempo revocato il consenso prima manifestato, il requisito della necessaria consensualità deve ritenersi validamente esistente".

5.2. – Un indirizzo minoritario, inaugurato da Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633, ritiene invece che l'accordo fiduciario non necessiti indefettibilmente della forma scritta a fini di validità, ben potendo la prescrizione di forma venire soddisfatta dalla dichiarazione unilaterale redatta per iscritto e sottoscritta con cui il fiduciario si impegni a trasferire determinati beni al fiduciante, in attuazione esplicita (ossia con *expressio causae*) del medesimo *pactum fiduciae*.



Secondo questo orientamento, a monte della dichiarazione unilaterale con cui il soggetto, riconoscendo il carattere fiduciario dell'intestazione, promette il trasferimento del bene al fiduciante, può stare anche un impegno orale delle parti, e la dichiarazione unilaterale, in quanto volta ad attuare il *pactum* preesistente, ha una propria "dignità", che la rende idonea a costituire autonoma fonte dell'obbligazione del promittente, purché contenga la chiara enunciazione dell'impegno e del contenuto della prestazione.

Il nuovo indirizzo muove dalla constatazione della prassi, nella quale "non è infrequente che l'accordo fiduciario non sia scritto, ma che il soggetto in quel momento beneficiario della intestazione si impegni unilateralmente a modificare in un futuro la situazione" secondo gli accordi presi con l'altro soggetto; e dalla considerazione che "una dichiarazione unilaterale non costituisce necessariamente ed esclusivamente una semplice promessa di pagamento, di valore meramente ricognitivo rispetto ad un impegno ad essa esterno". Più precisamente, anche "un impegno che nasce come unilaterale... ha una propria dignità atta a costituire fonte di obbligazioni in quanto è volto ad attuare l'accordo fiduciario preesistente": "la fiducia è la causa dell'intera operazione economica posta in essere, che si articola in diversi negozi giuridici e che colora di liceità e di meritevolezza l'impegno di ritrasferimento assunto (dal fiduciario) con la sottoscrizione del suo impegno unilaterale".

La pronuncia che ha innovato l'orientamento tradizionale richiama, intravedendovi profili di affinità, la svolta di giurisprudenza realizzatasi, con la sentenza 2 settembre 2013, n. 20051, della Terza Sezione, in relazione al mandato senza rappresentanza all'acquisto di beni immobili, per il quale la Corte ha escluso la necessità della forma scritta e ha affermato che si può fare ricorso al rimedio dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto nei casi in cui ci sia una dichiarazione unilaterale scritta del mandatario, anche successiva all'acquisto, che contenga un preciso impegno e una sufficiente indicazione degli immobili da trasferire.

L'orientamento inaugurato dalla sentenza 15 maggio 2014, n. 10633, è compendiato nella seguente massima: "La dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento ma autonoma fonte di obbligazioni se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c., purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali".



5.3. – Nel complessivo panorama giurisprudenziale non possono essere tralasciate altre due pronunce.

Dalla prima – si tratta di Cass., Sez. III, 30 gennaio 1985, n. 560 – si ricava il principio secondo cui deve rivestire *ad substantiam* forma scritta il negozio traslativo di beni immobili dal fiduciario al fiduciante in esecuzione del *pactum fiduciae*, ma non anche quest'ultimo. La motivazione della sentenza contiene infatti il seguente passaggio argomentativo: "Quanto, poi, all'assunto del ricorrente, secondo cui non solo il negozio traslativo di beni immobili dal fiduciario al fiduciante in esecuzione del *pactum fiduciae*, ma anche quest'ultimo deve rivestire *ad substantiam* forma scritta, basterà ricordare che siffatta tesi... non trova (...) riscontro nella costruzione dogmatica del negozio fiduciario".

Cass., Sez. II 27 agosto 2012, n. 14654, a sua volta, pronunciando in un caso riguardante l'intestazione fiduciaria di somme in un conto corrente, si preoccupa tuttavia, in generale, non solo di offrire la definizione di negozio fiduciario, ma anche, in quest'ambito, di dare indicazioni sulla sua forma, nei seguenti termini: la fattispecie del negozio fiduciario "si sostanzia in un accordo tra due soggetti, con cui il primo trasferisce (o costituisce) in capo al secondo una situazione giuridica soggettiva (reale o personale) per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore, ed il fiduciario, per la realizzazione di tale risultato, assume l'obbligo di utilizzare nei tempi e nei modi convenuti la situazione soggettiva, in funzione strumentale, e di porre in essere un proprio comportamento coerente e congruo. Trattandosi di fattispecie non espressamente disciplinata dalla legge, in mancanza di una disposizione espressa in senso contrario, il *pactum fiduciae* non può che essere affidato al principio generale della libertà della forma".

6. – L'indirizzo dominante, nel richiedere la forma scritta *ad validitatem* del patto fiduciario con oggetto immobiliare, muove da un'equiparazione del patto al contratto preliminare: sia per la somiglianza strutturale (obbligatorietà del futuro *contrahere*) tra l'uno e l'altro negozio, sia per la similitudine effettuale, che si risolverebbe nell'*eadem ratio* del requisito di forma imposto dall'art. 1351 c.c.. In sostanza, si riconosce l'esistenza di un collegamento tra l'art. 1351 c.c., e l'art. 2392 c.c., nel senso che, riferendosi l'art. 2392 c.c., a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre, anche l'art. 1351 c.c., dovrebbe estendersi a tutti i contratti che obblighino i contraenti a stipulare un ulteriore negozio formale, con la conseguenza che la norma non riguarderebbe soltanto il contratto preliminare, ma ogni negozio fonte di successivi obblighi a contrarre, e tra questi il patto fiduciario.

6.1. – Questo orientamento – dalla dottrina talvolta condiviso o ritenuto plausibile, talaltra considerato frutto di forti e patenti approssimazioni – deve essere rimeditato.



Nel rapporto che si realizza per mezzo di un acquisto compiuto dal fiduciario, per conto del fiduciante, direttamente da un terzo, il *pactum fiduciae* – con cui il fiduciario si obbliga a gestire la posizione giuridica di cui è investito secondo modalità predeterminate e a ritrasferire la stessa al fiduciante – è assimilabile, ad avviso del Collegio, al mandato senza rappresentanza, non al contratto preliminare.

In questo senso convergono le indicazioni della giurisprudenza e le analisi della dottrina.

Quando pone l'accento sulla struttura e sulla funzione del *pactum fiduciae*, la giurisprudenza (Cass., Sez. I, 20 maggio 1976, n. 1798) non esita a ricondurre al mandato senza rappresentanza (in particolare, ai rapporti interni tra mandante e mandatario) il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquistato dal fiduciario. "L'eventualità che la fiducia si estrinsechi attraverso il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquisito dal fiduciario e che, quindi, venga ad atteggiarsi come un mandato senza rappresentanza (...) è da ritenere (...) perfettamente conforme alla potenziale estensione ed articolabilità del patto relativo": "il mandato senza rappresentanza, infatti, costituendo lo strumento tipico dell'agire per conto (ma non nel nome) altrui, non solo può piegarsi alle esigenze di un *pactum fiduciae* che contempli l'obbligo del fiduciario di ritrasferire al fiduciante un diritto, ma si pone anzi come la figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire, senza residui e senza necessità di ulteriori combinazioni, (...) quel determinato intento".

La dottrina, dal canto suo, evidenzia come mandato (in nome proprio) e negozio fiduciario si presentino entrambi come espressioni della interposizione reale di persona: in particolare, con specifico riguardo all'ipotesi, che qui viene in rilievo, del soggetto che abbia acquistato un bene utilizzando la provvista di altri e per seguire le istruzioni ricevute, essa perviene alla conclusione che tale posizione può essere qualificata come mandato o come fiducia, ma che le norme applicabili sono comunque le stesse.

Sul versante del rapporto tra preliminare e patto fiduciario – al di là della affinità legata al fatto che anche nel *pactum fiduciae*, come nell'obbligo nascente dal contratto preliminare, è ravvisabile un momento iniziale con funzione strumentale rispetto ad un momento finale – la riflessione in sede scientifica mette in luce la diversità degli assetti d'interessi perseguiti dall'una e dall'altra figura.

Nel preliminare, infatti, l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale, e lo precede; nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima, e su di esso s'innesta l'effetto obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti. Ne consegue che, mentre l'obbligo di trasferire inerente al preliminare di vendita immobiliare è destinato a realizzare la consueta



funzione commutativa, la prestazione traslativa stabilita nell'accordo fiduciario serve, invece, essenzialmente per neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante.

Inoltre, l'obbligo nascente dal contratto preliminare si riferisce alla prestazione del consenso relativo alla conclusione di un contratto causale tipico (quale la vendita), con la conseguenza che il successivo atto traslativo è qualificato da una causa propria ed è perciò improntato ad una funzione negoziale tipica; diversamente, nell'atto di trasferimento del fiduciario – analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza (art. 1706 c.c., comma 2) – si ha un'ipotesi di pagamento traslativo, perché l'atto di trasferimento si identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che da esso origina.

Le differenze esistenti tra il contratto preliminare e il *pactum fiduciae* escludono, dunque, la possibilità di equiparare le due figure ai fini di un eguale trattamento del regime formale.

Quanto, poi, al collegamento tra la natura immobiliare del bene acquistato dal fiduciario e l'esecuzione specifica dell'obbligo di trasferimento rimasto inadempiuto, si è chiarito che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica non è legato alla forma del negozio da cui deriva l'obbligo di contrattare, potendo l'art. 2932 c.c., trovare applicazione anche là dove l'obbligo di concludere un contratto riguardi cose mobili e si trovi pertanto contenuto in un contratto non formale, perché volto, appunto, al trasferimento di beni mobili.

6.2. – La riconduzione allo schema del mandato senza rappresentanza del *pactum fiduciae* che s'innesta sull'intestazione in capo al fiduciario di un bene da questo acquistato utilizzando la provvista fornita dal fiduciante, orienta la soluzione del problema della forma dell'impegno dell'accordo fiduciario con oggetto immobiliare.

Invero, al fine di stabilire se un contratto atipico sia o meno soggetto al vincolo di forma, occorre procedere – secondo l'insegnamento di autorevole dottrina – con il metodo dell'analogia, ed accertare se il rapporto di somiglianza intercorra con un contratto tipico a struttura debole (tale essendo quello strutturato dal legislatore sui tre elementi dell'accordo, della causa e dell'oggetto, senza alcun requisito di forma) o con un contratto tipico a struttura forte (nel quale invece il requisito della forma concorre ad integrare la fattispecie), perché soltanto nel secondo caso anche per il negozio atipico è configurabile il requisito di forma.

6.3. – Ora, il mandato senza rappresentanza che abbia per oggetto l'acquisto di beni immobili per conto del mandante e in nome del mandatario, è un contratto a struttura debole.



Superando l'orientamento, che risaliva a una pronuncia delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 19 ottobre 1954, n. 3861), che, considerato l'esito reale mediato, garantito da un meccanismo legale munito di forte effettività, estendeva al mandato il vincolo di forma prescritto per il contratto traslativo immobiliare, la giurisprudenza di questa Corte – a partire dalla citata sentenza della Terza Sezione 2 settembre 2013, n. 20051, alla quale ha fatto seguito Cass., Sez. III, 28 ottobre 2016, n. 21805 – ha infatti statuito che, in ossequio al principio di libertà della forma, il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta e che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire al mandante l'immobile acquistato dal mandatario è esperibile anche quando il contratto di mandato senza rappresentanza sia privo di forma scritta.

A tale approdo la giurisprudenza di legittimità è pervenuta rilevando che:

– tra il mandante e il mandatario senza rappresentanza trova applicazione il solo rapporto interno, laddove la necessità della forma scritta si impone per gli atti che costituiscono titolo per la realizzazione dell'effetto reale in capo alla parte del negozio;

– le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, sottese all'imposizione della forma scritta quale requisito di validità del contratto traslativo del diritto reale sul bene immobile, non si pongono con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, dal quale non sorgono effetti reali, ma meramente obbligatori;

– i requisiti di forma scritta concernono esclusivamente l'acquisto che il mandatario effettua dal terzo (rapporto esterno) e per quello di successivo trasferimento in capo al mandante del diritto reale sul bene immobile a tale stregua acquistato;

– l'art. 1351 c.c. è norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure di applicazione estensiva, attesa l'autonomia e la netta distinzione sussistente tra mandato e contratto preliminare.

6.4. – Analogamente a quando avviene nel mandato senza rappresentanza, dunque, anche per la validità dal *pactum fiduciae* prevedente l'obbligo di ritrasferire al fiduciante il bene immobile intestato al fiduciario per averlo questi acquistato da un terzo, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, trattandosi di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio.

L'accordo concluso verbalmente è fonte dell'obbligo del fiduciario di procedere al successivo trasferimento al fiduciante anche quando il diritto acquistato dal fiduciario per conto del fiduciante abbia natura immobiliare.

Se le parti non hanno formalizzato il loro accordo fiduciario in una scrittura, ma lo hanno concluso verbalmente, potrà porsi un problema di prova, non di validità del *pactum*.



L'osservanza del requisito della forma scritta è invece imposta, in base all'art. 1350 c.c., per gli atti traslativi: per il contratto, iniziale, di acquisto dell'immobile da parte del fiduciario e per il successivo atto di ritrasferimento ad opera del medesimo.

6.5. – L'esclusione della necessità della forma scritta per il *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare riconcilia la soluzione giurisprudenziale con la storia e con l'esperienza pratica del negozio fiduciario.

La dottrina italiana sulla teoria generale del negozio giuridico ha infatti consegnato alla comunità degli interpreti l'affermazione che non è necessario che l'intesa fiduciaria, rivolta a limitare i poteri del fiduciario, risulti dal tenore documentale del negozio. Questo insegnamento – che corrisponde ad un'idea risalente, ossia al rilievo che il *pactum fiduciae* è soggetto ad una intesa segreta – non è rimasto privo di riscontro negli svolgimenti giurisprudenziali. Si è infatti statuito (Cass., 13 gennaio 1941, n. 90) che il contratto fiduciario è perfettamente configurabile nel diritto vigente, in quanto con esso si ponga in essere, effettivamente, il contratto che appare dallo scritto, ma con un vincolo o con una limitazione o condizione non espressa ed affidata alla fiducia dell'altro contraente. In questa stessa prospettiva, si è ribadito (Cass., Sez. I, 22 maggio 1947, n. 794) che si ha negozio fiduciario quando, oltre ai patti risultanti dallo scritto, si ponga in essere un patto non espresso affidato alla fiducia di uno dei contraenti.

D'altra parte, la dimensione pratica del fenomeno fiduciario, quale emerge dal contesto complessivo delle controversie venute all'esame dei giudici, offre un quadro variegato di accordi fiduciari verbali tra coniugi, conviventi e familiari relativi alla intestazione di immobili acquistati in tutto o in parte con denaro di uno solo di essi, nel quale le parti, per motivi di opportunità, di lealtà e di fiducia reciproca, sono restie a consegnare in un atto scritto il *pactum* tra di esse intervenuto. Proprio rivolgendo l'analisi all'esperienza e ai modi di attuazione dei comportamenti, un'autorevole dottrina è giunta alla conclusione che condizionare all'osservanza della forma scritta la validità del patto fiduciario significherebbe praticamente escludere la rilevanza pratica della fiducia in molte ipotesi di fiducia *cum amico*, dato che la formalità del patto finirebbe quasi sempre per incidere sulla dimensione pratica del comportamento, escludendone la fiduciarietà dal punto di vista della morfologia del fenomeno empirico.

7. – Fissato il principio secondo cui non è richiesta la forma scritta per la validità del patto fiduciario avente ad oggetto l'obbligazione del fiduciario di ritrasferire al fiduciante l'immobile dal primo acquistato da un terzo in nome proprio, si tratta di stabilire la rilevanza della posteriore dichiarazione scritta con cui l'interposto, riconosciuta l'intestazione fiduciaria, si impegna ad effettuare, in favore del fiduciante o di un terzo da lui indicato, il ritrasferimento finale.



7.1. – Le Sezioni Unite ritengono che la dichiarazione ricognitiva dell'interposizione reale e promissiva del ritrasferimento non rappresenta il *vestimentum* per mezzo del quale dare vigore giuridico, con la forma richiesta dalla natura del bene, a quello che, altrimenti, sarebbe un nudo patto.

Infatti, una volta ammessa la validità del patto fiduciario immobiliare anche se stipulato *verbis*, il fiduciario dichiarante è già destinatario di una obbligazione di ritrasferimento, e tale patto non scritto è il titolo che giustifica l'accoglimento della domanda giudiziale di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento su di lui gravante.

7.1.1. – D'altra parte, non sussistono ostacoli ad ammettere, a tutela del fiduciante deluso, il particolare rimedio di cui all'art. 2932 c.c.: avendo questa Corte chiarito che l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto è applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra fattispecie dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad altro negozio, sia in relazione ad un atto o fatto dai quali detto obbligo possa discendere *ex lege* (Cass., Sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160); ed avendo la dottrina riconosciuto la possibilità di ricorrere al meccanismo che l'art. 2932 c.c., tipicamente configura per ottenere in forma specifica l'esecuzione dell'obbligo, che il fiduciario si è assunto con la stipulazione del *pactum*, di ritrasferire al fiduciante – o a un terzo da lui designato – il bene o la posizione di titolarità.

7.2. – Il fiduciante deluso che si affidi ad un patto stipulato *verbis*, tuttavia, potrebbe avere difficoltà di dimostrare in giudizio l'intervenuta stipulazione dell'accordo e di ottenere la sentenza costitutiva nei confronti del fiduciario infedele.

7.3. – Si spiegano, allora, il ruolo e il significato della dichiarazione scritta del fiduciario.

La dichiarazione ricognitiva dell'intestazione fiduciaria e promissiva del ritrasferimento è infatti un atto unilaterale riconducibile alla figura della promessa di pagamento, ai sensi dell'art. 1988 c.c., la cui funzione è quella di dispensare "colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale", l'esistenza di questo presumendosi fino a prova contraria.

Da tale dichiarazione non dipende la nascita dell'obbligo del fiduciario di ritrasferire l'immobile al fiduciante: essa non costituisce fonte autonoma di tale obbligo, che deriva dal *pactum*, anche se stipulato soltanto verbalmente, ma è produttiva dell'effetto di determinare la *relevatio ab onere probandi* e di rafforzare così la posizione del fiduciante destinatario della dichiarazione stessa, il quale, in virtù di questa, è esonerato dall'onere di dimostrare il rapporto fondamentale.



Si è dunque in presenza di una astrazione processuale, perché il rapporto fondamentale deve bensì sempre esistere (in tal senso non vi è astrazione sostanziale o materiale), ma la sua esistenza, a seguito della dichiarazione ricognitiva e promissiva del fiduciario, è presunta *iuris tantum*, risolvendosi così la vicenda in un'inversione dell'onere della prova. In altri termini, rendendo la dichiarazione, il fiduciario non assume l'obbligazione di ritrasferimento, essendo egli già obbligato in forza del *pactum fiduciae*, ancorché stipulato verbalmente; assume, piuttosto, l'onere di dare l'eventuale prova contraria dell'esistenza, validità, efficacia, esigibilità o non avvenuta estinzione del *pactum*, così come dei suoi limiti e contenuto, ove difformi da quanto promesso o riconosciuto.

Tale soluzione si pone in linea con l'insegnamento di questa Corte (Cass., Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 20689), secondo cui la promessa di pagamento non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha solo effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, determinando, *ex* art. 1988 c.c., un'astrazione meramente processuale della *causa debendi*, da cui deriva una semplice *relevatio ab onere probandi* che dispensa il destinatario della dichiarazione dall'onere di provare quel rapporto, che si presume fino a prova contraria, ma dalla cui esistenza o validità non può prescindersi sotto il profilo sostanziale, venendo, così, meno ogni effetto vincolante ove rimanga giudizialmente provato che il rapporto suddetto non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto, ovvero che esista una condizione o un altro elemento ad esso attinente che possa comunque incidere sull'obbligazione derivante dal riconoscimento o dalla promessa.

Occorre evidenziare che dall'art. 1988 c.c., non è richiesto che promessa di pagamento e ricognizione di debito contengano un riferimento al titolo dell'obbligazione, e che le dichiarazioni titolate sono tuttavia ammissibili e riconducibili alla disciplina dettata da tale disposizione. Si è infatti affermato che la ricognizione di debito titolata, che comporta la presunzione fino a prova contraria del rapporto fondamentale, si differenzia dalla confessione, che ha per oggetto l'ammissione di fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli all'altra parte: ne consegue che la promessa di pagamento, ancorché titolata, non ha natura confessoria, sicché il promittente può dimostrare l'inesistenza della causa e la nullità della promessa (Cass., Sez. III, 5 luglio 2004, n. 12285; Cass., Sez. III, 31 luglio 2012, n. 13689; Cass., Sez. II, 5 ottobre 2017, n. 23246).

8. – Preme sottolineare che una prospettiva analoga è stata delineata, nell'udienza di discussione, dall'Ufficio della Procura Generale, parte pubblica chiamata, nel processo civile di cassazione, a collaborare all'attuazione dell'ordinamento in maniera indipendente rispetto agli interessi concreti delle parti.

Il pubblico ministero ha infatti messo in luce che "non sussistono né principi generali



dell'ordinamento, né disposizioni di legge che consentano di negare la possibilità di attribuire efficacia all'atto scritto unilaterale ricognitivo di un precedente negozio fiduciario tra le parti, che in esecuzione di tale accordo, raggiunto nel rispetto del principio di libertà delle forme, contenga l'impegno a trasferire un immobile": "non i principi in materia di forma, dominati dal principio della libertà delle forme, le cui deroghe non sono suscettibili di applicazione analogica *ex* art. 14 preleggi"; "non la necessaria liceità causale e meritevolezza dell'impegno negoziale assunto dalle parti, poiché la prospettiva più favorevole alla libertà delle forme non impedisce tale apprezzamento da parte del giudice chiamato a dirimere le relative controversie".

9. – Conclusivamente, a risoluzione del contrasto di giurisprudenza sollevato con l'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione, le Sezioni Unite enunciano i seguenti principi di diritto:

"Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s'innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario";

"La dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 c.c., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della *contra se pronuntiatio*, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria".

10. – Alla luce degli enunciati principi di diritto, il primo motivo di ricorso va dichiarato infondato, anche se deve essere corretta la motivazione in diritto della sentenza impugnata.

La Corte di Napoli è giunta alla conclusione che tra le parti in causa è intervenuto, con riguardo alla compravendita di cui all'atto del notaio Ma. del (*omissis*), un accordo fiduciario per il trasferimento dell'immobile a D.B.: immobile intestato alla M. e ad altro fratello del fiduciante, D.A., ma acquistato e poi completato dallo stesso D.B.

Nell'accertare con logico e motivato apprezzamento, alla stregua delle risultanze processuali, che l'operazione economica realizzata dalle parti configura effettivamente un negozio fiduciario, la Corte partenopea ha però collegato il diritto di D.B. ad ottenere la pronuncia *ex* art. 2932 c.c., non al patto concluso verbalmente – avendolo dichiarato nul-



lo per difetto di forma, sulla premessa che "il negozio fiduciario, richiedendo la forma scritta *ad substantiam*, (è) nullo laddove difetti tale requisito formalistico" –, ma alla successiva dichiarazione fiduciaria della M., cogliendo in tale impegno "non... un negozio autonomo ma un... elemento dell'operazione fiduciaria". In sostanza, secondo la Corte territoriale, alla sussistenza di un collegamento negoziale, connaturato al negozio fiduciario, tra l'atto di compravendita del 1984 e la scrittura privata del 2002 non è di ostacolo né il lungo lasso temporale tra i due atti, non essendo richiesta la contestualità dei due negozi, né la unilateralità della scrittura successiva, atteso che la produzione in giudizio con la dichiarata intenzione di valersene equivale ad accettazione.

Ora, le premesse da cui ha preso avvio la sentenza impugnata vanno corrette, una volta che queste Sezioni Unite hanno riconosciuto la validità del patto fiduciario immobiliare stipulato verbalmente ed hanno escluso la necessità di individuare nella posteriore dichiarazione scritta resa dal fiduciario la fonte dell'obbligazione di ritrasferire il bene al fiduciante.

Così emendata la motivazione in diritto della sentenza della Corte d'appello, la statuizione dalla stessa resa si sottrae alle censure articolate con il motivo, ben potendo la prova dell'intervenuta stipulazione del *pactum* ravvisarsi nella dichiarazione scritta della M., promissiva del pagamento traslativo sulla base della ricognizione della disgiunzione, nel rapporto interno, tra titolarità formale del complesso immobiliare e appartenenza economica sostanziale dello stesso.

D'altra parte, va anche escluso, per completezza, che ci si trovi di fronte ad una promessa priva di titolazione, giacché il dichiarato impegno della M. a ritrasferire la porzione del complesso immobiliare al cognato D. trova, appunto, la sua premessa giustificativa nella ricognizione del rapporto sotteso alla dissociazione tra la titolarità giuridica formale del bene in capo all'interposta e la situazione di appartenenza economica sostanziale dello stesso in capo al fiduciante (essendo stato l'edificio "acquistato e poi completato dallo stesso D.B.", che ha provveduto anche a rimborsare "tutte le tasse e spese... sostenute" dall'intestataria).

10. – Il secondo motivo è in parte inammissibile e in parte infondato.

10.1. – Là dove denuncia il difetto, nella scrittura privata del 2002, del requisito della determinatezza o della determinabilità dei beni immobili oggetto della promessa di trasferimento, il motivo prospetta per la prima volta in cassazione una questione non esaminata con la sentenza qui impugnata e il cui scrutinio presuppone un'indagine di fatto che non risulta essere stata sollecitata con l'atto di appello.

È invero pacifico che già la sentenza di primo grado ritenne dimostrata, sulla base



delle "espresse ed inequivocabili dichiarazioni rese dalla convenuta nella scrittura privata del 28 marzo 2002", l'esistenza della interposizione reale intervenuta tra la M. e il D. nella intestazione "dei beni immobili oggetto dell'atto stipulato per notaio Ma. in data (*omissis*)", e, in accoglimento della domanda ai sensi dell'art. 2932 c.c., dichiarò pertanto trasferiti tali beni immobili in favore del D. o di persona da lui nominata.

Risulta *per tabulas*, dalla sentenza della Corte di Napoli e dalla stessa sommaria esposizione dei fatti di causa compiuta dalla odierna ricorrente, che con l'atto di gravame la M. ha impugnato la pronuncia del Tribunale sotto i seguenti profili:

– in primo luogo, là dove era stata ritenuta provata l'esistenza del *pactum fiduciae* in assenza di patto scritto, mancanza non sopperibile con la scrittura privata del 28 marzo 2002, la quale, avendo carattere confessorio, sarebbe stata inidonea;

– in secondo luogo, là dove si era tenuto conto della transazione intervenuta con D.A. e P.P., nonostante si trattasse di *res inter alios acta*;

– in terzo luogo, in relazione all'erronea interpretazione della scrittura del 2002, dall'appellante ritenuta non idonea a sostenere le ragioni dell'attore, e alla circostanza che tale atto era intervenuto quando oramai il diritto dell'attore era prescritto;

– infine, con riguardo all'equivocità della formula utilizzata nel dispositivo della sentenza (apparentemente di accertamento, in realtà con effetti costitutivi ai sensi dell'art. 2932 c.c.) e alla mancanza di statuizioni concernenti le annotazioni nei pubblici registri immobiliari.

Nessuna doglianza è stata articolata con l'atto di appello con riferimento alla questione, che qui viene dedotta, della mancanza, nella dichiarazione del marzo 2002, dell'indicazione precisa dei confini e dei dati catastali relativi agli immobili oggetto dell'impegno a trasferire, e della discrasia tra l'impegno, risultante dalla predetta scrittura, a trasferire il complesso immobiliare per la "quota" di pertinenza e la circostanza che, in realtà, la M. è proprietaria esclusiva di quattro unità residenziali, mentre gli unici beni in proprietà comune sono la corte pertinenziale e i locali cantinati.

Si tratta, evidentemente, di questione nuova (la ricorrente non indica i luoghi del processo di merito dove la stessa sia stata posta o trattata): questione che, presupponendo indagini in fatto, non può essere sollevata per la prima volta in cassazione.

10.2. – Priva di fondamento è, poi, la censura, con cui, reiterando un profilo di doglianza già dedotto con il primo motivo, si lamenta che sia stato riconosciuto sussistente, in capo alla M., un obbligo di trasferimento privo di giustificazione causale, mancando un sottostante rapporto fiduciario.

Infatti, la ricognizione dell'interposizione e la promessa di trasferimento che s'innesta



sulla descritta dissociazione consentono di ritenere dimostrata in giudizio, in forza della dispensa dalla prova del rapporto fondamentale e della sua presunzione, l'esistenza dell'accordo fiduciario. D'altra parte, la promessa di pagamento ben può essere interpretata come incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione che fosse eventualmente nel frattempo maturata, e qualificata, quindi, come rinuncia tacita alla prescrizione, a norma dell'art. 2937 c.c., u.c.

11. – Il primo e il secondo motivo sono rigettati.

Ai sensi dell'art. 142 disp. att. c.p.c., la causa va rimessa alla Seconda Sezione per la decisione, con separata sentenza, del terzo e del quarto motivo, il cui esame non dipende dalla soluzione del contrasto di giurisprudenza.

(*Omissis*).

JUS CIVILE



VALERIO D'ALESSANDRO

Dottore di ricerca – Università degli studi di Roma Tor Vergata

PATTO FIDUCIARIO CON OGGETTO IMMOBILIARE: NOTE INTORNO ALLA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE

SOMMARIO*: 1. Il caso. – 2. L'inquadramento del negozio fiduciario sullo sfondo della decisione. – 3. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare. – 4. La decisione delle Sezioni unite e l'interna coerenza della pronuncia. – 5. Sulla dichiarazione unilaterale del fiduciario.*

1. – Tizio conclude oralmente, con alcuni familiari, un negozio fiduciario avente a oggetto l'intestazione fiduciaria di un compendio immobiliare acquistato con suo denaro; trascorsi alcuni anni, i fiduciari rendono una dichiarazione unilaterale scritta con cui riconoscono la proprietà del complesso immobiliare in capo al fiduciante e si impegnano a trasferire a quest'ultimo i beni [1].

Dinanzi al rifiuto dei fiduciari di onorare l'impegno assunto, il fiduciante agisce per ottenere il trasferimento coattivo degli immobili.

Si pone, allora, in giudizio, la questione della validità e della coercibilità dell'impegno assunto oralmente dal fiduciario.

A distanza di circa sette mesi dall'ordinanza interlocutoria resa dalla seconda sezione della Corte di Cassazione, le Sezioni unite si sono pronunciate sulla forma richiesta per la validità del *pactum fiduciae* avente a oggetto diritti reali su beni immobili [2].

---

[1] «Io sottoscritta Maria […] riconosco che mio cognato Bernardo è l'unico proprietario dell'intero complesso immobiliare sito […] nel suo attuale stato intestato a mio cognato Antonio ed a me medesima, giusta atto del Notaio […], ma acquistato e poi completato dallo stesso Bernardo. Riconosco che mio cognato Bernardo mi ha versato tutte le tasse e spese da me sostenute. Mi impegno, per la mia quota, a ritrasferirlo a semplice richiesta a lui o a persona da lui designata».

[2] Si tratta di Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459, Pres. Spirito – Rel. Giusti. L'ordinanza di rimessione (Cass., 5 agosto 2019, n. 20934) è in *Corr. giur.*, 2019, pp. 1479 ss., con nota di A. GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*; in *Contratti*, 2020, pp. 57 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Sulla*



La decisione in commento, oltre a intervenire su un problema di indubbia importanza dal punto di vista pratico, rappresenta un laboratorio fecondo dal quale trarre taluni spunti per indagare – su un piano più generale e nei limiti consentiti dal presente scritto – la razionalità del ragionamento giuridico e del processo argomentativo.

2. – Sullo sfondo dell'interrogativo rimesso al proprio esame, le Sezioni unite avvertono anzitutto il problema della configurazione concettuale del negozio fiduciario [3].

La Corte ricorda che l'elaborazione dottrinale da tempo ha preso atto della varietà del "fenomeno", tant'è che, in mancanza di un'organica disciplina legislativa, reputa corretto discorrere di fiducia in termini di "casistica" piuttosto che di "fattispecie", distinguendone più generi secondo struttura o scopo: statica e dinamica; *cum creditore* e *cum amico*; germanistica e romanistica [4].

---

forma del pactum fiduciae *con oggetto immobiliare*; nonché in *Giur. it.*, 2020, pp. 283 ss. con nota di C. A. VALENZA, *Sulla forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili*.

[3] La letteratura sul negozio fiduciario è sterminata. Si vedano, tra gli altri, F. FERRARA sr., *I negozi fiduciari*, in *Studi V. Scialoja*, II, Milano, 1905; L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario,* Padova, 1933; A. GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, p. 414 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 345 ss.; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici,* I, Milano, 1948; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in ID., *Diritto civile, metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978; ID., *La fiducia*, in *Manuale di dir. priv. eur.*, II, *Proprietà. Obbligazioni. Contratti*, Milano, 2007, p. 607 ss.; V.M. TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. giur*., XXVIII, Milano, 1978; P.G. JAEGER, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm*., 1979, pp. 181 ss.; U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir*., XX, Milano, 1990; ID., *Il negozio fiduciario nel diritto privato,* in *Riv. dir. priv.,* 2007, p. 631 ss.; F. GALGANO, *La fiducia*, in *Tratt. dir. civ.,* II, Padova, 2009; P. GALLO, *Il contratto fiduciario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di Calvo e Ciatti, Torino, 2014, p. 35 ss.; ID., *I contratti, le promesse unilaterali, l'apparenza*, Torino, 2017; M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario,* Milano, 2014.

[4] Sull'inesistenza di una nozione omnicomprensiva, insuperata per l'arguta semplicità di rilievo la pagina di A. FALZEA, *Rappresentanza e fiducia*, in *Mandato fiducia e trust*, a cura di Alcaro e Tommasini, Milano, 2003, p. 158, secondo cui «in tutti i testi si parla di negozio fiduciario, ma poi, che cosa sia questo tipo di negozio con precisione ancora non lo sappiamo».

Oltre all'art. 627 cod. civ. – che disciplina, in materia di successioni *mortis causa*, la disposizione fiduciaria –, alle disposizioni relative alle società fiduciarie (l. n. 1966/1939), all'esercizio professionale delle attività di gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi (artt. 24 e 33 del d.lgs. n. 58/1998) e alle "Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovra indebitamento" (l. n. 3/2012), non v'è una disciplina positiva di fenomeni fiduciari.

Secondo la celebre nozione di C. GRASSETTI, *op. cit.*, p. 363, il negozio fiduciario si sostanzierebbe in una «manifestazione di volontà con cui si attribuisce ad altri una titolarità di diritto a nome proprio ma nell'interesse, o anche nell'interesse, del trasferente o di un terzo […]. L'attribuzione all'accipiente è piena,



Il caso indagato dalle Sezioni unite è riconducibile al modello romanistico di fiducia *cum amico*: il fiduciario diviene proprietario dell'immobile – a seguito dell'acquisto con provvista fornita dal fiduciante – e si impegna al ritrasferimento al fiduciante. Si profila, così, la questione rimessa al vaglio della Corte: se l'assunzione di quest'obbligo richieda o meno la forma scritta.

Questione, peraltro, attinta da un ulteriore interrogativo: se, in difetto di un *pactum fiduciae* scritto, possa costituire valida fonte dell'obbligazione di trasferimento la dichiarazione unilaterale del fiduciario che, in termini più o meno espliciti, abbia riconosciuto l'esistenza di un negozio fiduciario orale e si sia obbligato a ritrasferire il bene immobile al fiduciante.

Quanto al fondamento causale del fenomeno fiduciario, la Corte ricorda che, da un lato, i sostenitori della tesi c.d. monistica costruiscono il negozio fiduciario come un contratto unitario, connotato da una *causa fiduciae* consistente in un trasferimento della proprietà, nella gestione del bene da parte del fiduciario e nell'assunzione di un obbligo di trasferimento [5]. Dall'altro lato v'è chi, reputando il riferimento alla *causa fiduciae* inidoneo a esaurire il dato morfologico del fenomeno, propugna la tesi c.d. pluralistica: nell'operazione fiduciaria verrebbero in rilievo plurimi negozi, con *causa* diversa dalla fiducia, relegata a *motivo* dell'operazione [6]. In particolare, si assisterebbe a un negozio traslativo "corretto" da un patto obbligatorio che impegna l'avente causa a esercitare il fascio di facoltà trasmessegli in modo conforme alle istruzioni del fiduciante [7].

---

ma questi assume un vincolo obbligatorio in ordine alla destinazione o all'impiego dell'entità patrimoniale. Lo scopo dell'attribuzione è uno scopo atipico, cioè non previsto in via specifica dall'ordinamento giuridico […]. Non vi è sproporzione tra mezzo e scopo, perché l'attribuzione patrimoniale è indispensabile per il conseguimento del fine pratico avuto di mira dalle parti […], chi riceve la titolarità del diritto riceve anche, necessariamente, il potere di disporne, in via reale, *erga omnes*, anche oltre e contro lo scopo».

[5] È questa la tesi di C. GRASSETTI, *op. cit.*, p. 345 ss.

[6] Vi sarebbe, cioè, una connessione tra un negozio a effetto reale, attributivo della proprietà, e l'altro a effetto obbligatorio – il *pactum fiduciae* – che vincolerebbe il fiduciario e ne regolerebbe la condotta. Così, F. FERRARA sr., *op. cit.*, p. 745 ss.; G. SEGRÉ, *Sul trasferimento in proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti in caso di fallimento in relazione alla riserva di dominio*, in *Ann. dir. comp.*, II-III, 1929, p. 832 ss. L. CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, cit., p. 121 ss. rileva l'incompatibilità con il nostro ordinamento di una *causa fiduciae* idonea al trasferimento della proprietà, atteso che le cause a effetti reali costituirebbero un *numerus clausus* e, conseguentemente, i soli contratti capaci di produrre effetti reali sarebbero quelli a tal fine individuati dalla legge. Il principio del *numerus clausus* dei negozi a effetti reali viene fatto discendere dal *numerus clausus* dei diritti reali, stante l'esigenza di disciplinare in modo uniforme fonte ed effetto. Sostiene, invece, la tesi del negozio indiretto, T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 77. Rileva l'impossibilità di ricondurre a un'unitaria configurazione causale il fenomeno pratico del negozio fiduciario N. LIPARI, *op. cit.*, p. 281.

[7] Il rapporto obbligatorio avrebbe, al contempo, la funzione di limitare la posizione giuridica del fiducia-



La motivazione della decisione, circa l'inquadramento teorico del negozio fiduciario, si limita ad accennare le singole posizioni dottrinali, chiarendo che il quesito sollevato dall'ordinanza interlocutoria «pone in realtà un problema pratico relativo alla individuazione di una regola di dettaglio la cui soluzione prescinde dall'adesione all'una o all'altra tra le tesi appena esposte» [8].

Il discorso, allora, si restringe attorno a un interrogativo: l'impegno di trasferimento del bene immobile al fiduciante è soggetto alla forma scritta *ad substantiam* [9]?

3. – Due gli orientamenti passati in rassegna dalle Sezioni unite.

Secondo l'indirizzo tradizionale, il negozio fiduciario avente a oggetto un bene immobile, comportando obblighi traslativi del bene dal fiduciario al fiduciante, sarebbe soggetto – analogamente al contratto preliminare che obblighi al trasferimento di un immobile – alla forma scritta *ad substantiam* [10]. La disposizione contenuta nell'art. 1351 cod. civ., relativa alla forma *per relationem* del contratto preliminare, sarebbe applicabile

---

rio e di giustificare causalmente l'atto dispositivo. Così, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ. it.,* diretto da Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1950, p. 300. In senso contrario, S. PUGLIATTI, *op. cit.,* p. 201 ss., osserva che il trasferimento a favore del fiduciario avrebbe esclusivamente la funzione di legittimarlo esternamente a operare, sicché la "compravendita" o la "donazione" stipulate non realizzerebbero uno scambio o un intento liberale e, pertanto, sarebbero in realtà negozi astratti, non ammissibili nel nostro ordinamento fuori dai casi previsti dalla legge.

[8] A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, in *Corr. giur*., 2020, p. 601 osserva che solo apparentemente le Sezioni unite prescindono dall'adesione all'una o all'altra tesi sul negozio fiduciario, in quanto, a ben vedere, «c'è una costruzione sulla fiducia alla base della soluzione al quesito. È la costruzione della fiducia come mandato»; A. REALI, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, in *NGCC*, 2020, p. 958 e 964.

[9] Non si discute, dunque, della forma degli altri impegni fiduciari – per tutti, quelli a carattere gestorio – ma esclusivamente della forma dell'obbligo di trasferimento al fiduciante. Del resto, il mandato senza rappresentanza e il patto fiduciario possono ritenersi validi ed efficaci tra le parti anche se stipulati oralmente, fermo restando il problema del titolo dell'acquisto laddove essi abbiano a oggetto beni immobili. Così, a es., G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione,* in *Pers. merc.,* 2020, p. 168, avverte che «in tali casi, la forma scritta si impone per una coerenza sistematica ed un'esigenza di controllo che non si può ignorare»; ID., *La prova del "pactum fiduciae"*, in *Foro it.,* 1991, c. 2496 ss.; A. GENTILI, *op. cit.*, p. 597; R. LENZI, *Struttura e forma del* pactum fiduciae *nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, in *NLCC*, 2020, p. 1113, 1116 e 1120.

[10] In tal senso, *ex multis*, Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, in *Giur. it.*, 1994, p. 581 ss.; Cass. 19 luglio 2000, n. 9489, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 2044; Cass. 13 ottobre 2004, n. 20189, in *Contratti,* 2005, p. 437 ss., con nota di A. VALENTINI, *Efficacia della dichiarazione ricognitiva di diritti reali su beni immobili*; Cass. 7 aprile 2011, n. 8001, in *Giust. civ. mass.*, 2011, p. 558; Cass., 9 maggio 2011, n. 10163, in *Giur. it.*, 2012, p. 1045, con nota di F. MICHETTI, *Intestazione fiduciaria ed oneri di forma*; Cass., 26 maggio 2014, n. 11757; Cass., 25 maggio 2017, n. 13216; Cass., 17 settembre 2019, n. 23093, in *Notariato*, 2019, p. 647.



analogicamente al negozio fiduciario; conseguentemente, l'impegno a trasferire (o ritrasferire) l'immobile dovrebbe essere contenuto in una dichiarazione *scritta* e *bilaterale* [11].

In diversa prospettiva, con la pronuncia n. 10633 del 15 maggio 2014, la Corte di Cassazione, chiamata a giudicare un caso di patto fiduciario concluso oralmente, non ha affrontato *ex professo* la questione della forma del *pactum fiduciae*, dal momento che, ai fini della decisione, ha reputato sufficiente statuire che la fonte dell'obbligo del fiduciario di trasferire l'immobile possa risolversi anche nella sola dichiarazione *unilaterale* con cui quest'ultimo si impegni *per iscritto* a trasferire al fiduciante (o a un terzo da questo indicato) la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione del precedente accordo fiduciario [12].

In altre parole, secondo la sentenza n. 10633/2014, la dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario – si noti, *ricognitiva* del precedente *pactum fiduciae* orale – costituirebbe autonoma fonte dell'obbligo di trasferire l'immobile, coercibile giudizialmente [13].

Quest'ultima pronuncia, peraltro, si inserisce in un solco già tracciato dalla decisione n. 20051 del 2 settembre 2013: in tema di mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili, infatti, la Suprema Corte, mutando con sorprendente *revirement* il precedente indirizzo, ha statuito che non è necessaria la forma scritta, essendo sufficiente, ai fini della validità (e, dunque, della coercibilità dell'obbligo di trasferimento), un atto

---

[11] Talvolta la giurisprudenza, nel ribadire la necessità dell'atto bilaterale scritto, ha ritenuto sufficiente la produzione in giudizio di una scrittura contro la parte dalla quale proviene, reputando così perfezionato l'accordo bilaterale. Così, in particolare, Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1041, con nota di V. MARICONDA, *Una decisione della Cassazione "a critica libera" sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili*.

[12] Cass. 15 maggio 2014, n. 10633, in *Contratti*, 2015, pp. 12 ss., con nota di M. PATRONE, *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica*, nonché in *Giur. it.*, 2015, 582 ss., con nota di N. STEFANELLI, *Fiducia, obbligazione di dare e pagamento traslativo*. Segnatamente, la decisione riguardava un caso in cui la fiduciaria, mediante dichiarazione unilaterale, riconosceva espressamente l'esistenza di un patto fiduciario e assumeva l'impegno a ritrasferire i beni al fiduciante, indicato come il solo proprietario degli stessi, essendo stati acquistati con denaro da lui fornito. L'orientamento è compendiato nel seguente principio di diritto: «*La dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento ma autonoma fonte di obbligazioni se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ., purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali*».

[13] La Seconda Sezione, nel motivare l'ordinanza interlocutoria, aveva evidenziato le «decisive critiche» cui avrebbe prestato il fianco l'accoglimento di siffatto orientamento, pur aprendo alla possibilità che la dichiarazione unilaterale del fiduciario potesse integrare lo scritto a condizione che quest'ultima, sulla base delle circostanze del caso concreto, apparisse chiaramente il «precipitato di una causa fiduciaria concreta».



scritto del mandatario, anche posteriore agli acquisti effettuati, ricognitivo dell'impegno previamente assunto [14].

4. – Discostandosi dalle precedenti pronunce di legittimità – a ben vedere *tutte* orientate per la necessità di un atto scritto, pur nella diversità delle soluzioni (*bilaterale* e *sostanziale* secondo l'orientamento tradizionale; *unilaterale* e *probatorio* secondo la pronuncia del 2014) – e precisando di voler circoscrivere l'esame della questione «avendo riguardo all'orizzonte di attesa della fattispecie concreta», le Sezioni unite decidono di percorrere una "terza via" e statuiscono che per la validità del *pactum fiduciae* avente a oggetto l'obbligo di trasferimento al fiduciante del bene immobile intestato al fiduciario non è richiesta la forma scritta.

L'ampia motivazione fornita dalla Corte – ricca di riferimenti dottrinali e incline a non trascurare gli elementi della vicenda negoziale sottoposta alla sua cognizione – in taluni snodi sembra allontanarsi da una severa tenuta logica.

Proviamo a indagarne l'andamento.

Si legge, anzitutto, che il negozio concluso oralmente costituirebbe «fonte dell'obbligo del fiduciario di procedere al successivo trasferimento al fiduciante anche quando il diritto acquistato dal fiduciario per conto del fiduciante abbia natura immobiliare»; sicché, ove le parti non abbiano formalizzato il loro accordo in una scrittura, potrà al più porsi un problema di prova, non anche di validità del *pactum*. Con riguardo alla eventuale e successiva dichiarazione scritta del fiduciario, *ricognitiva* dell'impegno assunto, essa non varrebbe a surrogare la necessità dello scritto, ma rileverebbe esclusivamente per fini probatori.

L'apparato argomentativo della Corte muove da una premessa: nel rapporto che sorge in forza di un acquisto di bene immobile compiuto dal fiduciario, il *pactum fiduciae* sarebbe assimilabile, più che al contratto preliminare, al mandato senza rappresentanza.

Secondo le Sezioni unite, infatti, mentre nel contratto preliminare «l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale, e lo precede», nel negozio fiduciario «l'effetto reale viene prima, e su di esso s'innesta l'effetto obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma di conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti». Sicché, diversamente dall'obbligo di trasferire inerente al preliminare di vendita immobiliare, la prestazione traslativa derivante dal negozio fiduciario non sarebbe destinata a

[14] Così, Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, in *Foro it.*, 2014, c. 522 ss.



realizzare una funzione commutativa, ma risulterebbe diretta soltanto a «neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante».

La Corte, poi, osserva che a differenza dall'esecuzione dell'obbligo generato dal contratto preliminare – avente a oggetto la prestazione del consenso relativo alla conclusione di un contratto causale tipico, quale la compravendita, con la conseguenza che il successivo atto traslativo sarebbe qualificato da una causa propria e improntato a una funzione negoziale tipica – l'atto di trasferimento del fiduciario, analogamente a quanto avviene in adempimento del mandato senza rappresentanza, configurerebbe un pagamento traslativo, che trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nell'obbligazione di dare che da esso origina.

Dalla postulata differenza tra contratto preliminare e *pactum fiduciae*, le Sezioni unite concludono per l'impossibilità di applicare analogicamente a quest'ultimo la disposizione di cui all'art. 1351 cod. civ., che peraltro – secondo la richiamata pronuncia del 2013, in tema di mandato – sarebbe «norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure di applicazione estensiva, attesa l'autonomia e la netta distinzione sussistente tra mandato e contratto preliminare».

La ricostruzione compiuta dalle Sezioni unite si offre, qui, ad alcuni rilievi – di merito e di metodo – che potrebbero indurre a dubitare della complessiva tenuta razionale della decisione.

Invero, sebbene non possa negarsi assonanza tra l'*operazione* fiduciaria complessivamente intesa e lo *schema* del mandato senza rappresentanza [15], non può sfuggire che l'oggetto del giudizio di simiglianza, esplicitamente compiuto dalla Corte, avrebbe dovuto appuntarsi sul *segmento* negoziale con il quale il fiduciario si obbliga a trasferire (o ritrasferire) un immobile al fiduciante. Di talché – ferma l'indiscutibile diversità causale tra negozio fiduciario e contratto preliminare – l'esito di quel giudizio avrebbe restituito una simiglianza, sul piano effettuale, tra il vincolo di trasferimento sorto in capo al fiduciario e quello che origina in capo a un promittente alienante di un bene immobile.

Un ulteriore argomento utilizzato dalla Corte per distinguere il *pactum fiduciae* dal contratto preliminare consiste nell'assegnare all'effetto obbligatorio discendente dal primo la funzione di conformare un effetto reale già prodotto. Ci pare, però, che la menzionata "conformazione" si realizzi proprio mediante l'imposizione di un obbligo a un suc-

[15] Cfr. A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, cit., p. 85 ss.; ID., *Simulazione*, in *Trattato di diritto privato,* diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, V, Torino, 2002, p. 577.



cessivo trasferimento, che non pare differire da quello generato da un contratto preliminare.

Non convince pienamente neppure l'argomento che fonda la distinzione tra contratto preliminare e *pactum fiduciae* sulla diversità del contratto definitivo dal pagamento traslativo (l'uno, caratterizzato da una causa propria e improntato a una funzione negoziale tipica; l'altro, che trova il proprio fondamento causale all'esterno). Siffatta differenza, infatti, è ancora una volta estranea al problema della qualificazione del segmento negoziale impositivo del vincolo di trasferimento, dal momento che entrambi i negozi – *pactum fiduciae* e contratto preliminare – determinano l'obbligo di un successivo trasferimento, analogo nel contenuto.

Le Sezioni unite, invece, rompono il tradizionale nesso tra *ratio* di un negozio e suo effetto tipico: ai fini di un'eventuale applicazione analogica di una disposizione, la Corte sostituisce, alla pur sufficiente identità di *ratio* tra casi, una necessaria identità della complessiva operazione di cui il negozio (nel caso di specie, il *pactum fiduciae*) partecipa.

Da altra prospettiva, non è immediato comprendere la ragione per cui le Sezioni unite si preoccupino di richiamare il precedente in materia di mandato del 2013 e, in particolare, l'argomentazione allora impiegata in punto di natura eccezionale dell'art. dell'art. 1351 cod. civ.[16]: se, come sostenuto dalla Corte, fosse risultata realmente persuasiva l'assenza di una *eadem ratio* tra contratto preliminare e *pactum fiduciae*, non si sarebbe posto neppure il problema dell'applicazione analogica della disposizione, a prescindere dall'eccezionalità o meno della stessa; pur deviando il ragionamento sulla natura eccezionale della disposizione, però, le Sezioni unite non si onerano di fornire alcuna motivazione al riguardo, reputando esistente una conclusione – quella dell'eccezionalità dell'art. 1351 cod. civ. – che, a ben vedere, avrebbe richiesto una più distesa argomentazione. Ci pare, in altri termini, ripetuto il medesimo vizio che, a sommesso avviso di chi scrive, infirma anche la pronuncia del 2013: sarà facile avvedersi, infatti, che anche quest'ultima decisione difetta di una meditata analisi intorno alla natura eccezionale o meno delle norme prescrittive di oneri di forma, venendo siffatta natura predicata in via meramente apodittica, senza adeguato impianto argomentativo.

La linea motivazionale seguita dalla Corte, inoltre, non convince pienamente anche sotto altro profilo. Le Sezioni unite, dopo aver rilevato che «al fine di stabilire se un con-

[16] Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, cit., sul punto, si limita a osservare che l'art. 1351 cod. civ. sarebbe «ipotesi eccezionale, in deroga al principio generale di libertà delle forme, come tale *ex* art. 14 preleggi pertanto insuscettibile di applicazione analogica, ed altresì di applicazione estensiva».



tratto atipico sia o meno soggetto al vincolo di forma, occorre procedere – secondo l'insegnamento di autorevole dottrina – con il metodo dell'analogia» e accertare se il rapporto di simiglianza intercorra con contratti tipici a struttura debole o con contratti tipici a struttura forte, richiamano la tesi della natura eccezionale dell'art. 1351 cod. civ., così colorando di ambivalenza un brano argomentativo che, stando alle premesse, avrebbe dovuto condurre a corollari differenti [17]. L'approdo della dottrina apparentemente

[17] Al riguardo, cfr. N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, spec. p. 20 ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997. La critica agli *idola libertatis* si fonda sul tenore dell'art. 1325, n. 4, cod. civ.: da esso non può desumersi alcuna norma generale, dalla cui comparazione trarre l'eccezionalità delle norme prescrittive di forma. Il legislatore, si sostiene, si limita a stabilire che la forma è requisito del contratto quando risulta che essa è prescritta dalla legge sotto pena di nullità. Da ciò si desume che vi sono casi in cui la forma non assume rilevanza giuridica e casi in cui il farsi dell'atto si traduce in un dover farsi, secondo il modello stabilito dalla legge. Riconosciuto che il principio di libertà della forma non è una norma, ma una semplice espressione linguistica, cade la natura eccezionale delle norme sulla forma. «Le norme sulla forma sono norme, e basta. Non richiedono né raffronti né aggettivi di comparazione con altre norme. Come tali, sono suscettibili di applicazione analogica e capaci di esprimere principî generali dell'ordinamento giuridico (art. 12, 2 comma, disp. prel. cod. civ.)». Per R. SACCO, *La forma*, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto,* Milano, 2016, p. 743 ss. «se si prendono le regole legali come non passibili di interpretazione estesa, l'impostazione del formalismo programmato negli artt. 1350 e 1351 prende l'aspetto di un colabrodo». In particolare, l'art. 1351 cod. civ. sarebbe applicabile a «tutti i contratti (e gli atti) da cui derivi l'obbligo di operare, o il diritto di pretendere, o il potere di attuare una circolazione di diritti immobiliari».

Secondo P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 53 ss., andrebbe rifiutato ogni aprioristico giudizio relativo all'eccezionalità o regolarità delle disposizioni sulla forma, imponendosi, al contrario, un'indagine caso per caso, al fine di verificare se l'interesse tutelato dalla norma, per la cui attuazione effettiva è prescritto il vincolo formale, sia o meno espressione di valori preminenti e fondanti l'ordinamento, dovendosi concludere nel senso della regolarità tutte le volte che la norma dà attuazione a quei valori e, viceversa, nel senso dell'eccezionalità tutte le volte che da quei valori, motivatamente, la regola si discosti.

Sul carattere eccezionale delle disposizioni sulla forma, cfr. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 162 ss.; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p. 218; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952, p. 229; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 17; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 285; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 146; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, p. 136; A. LA TORRE, *La forma dei negozi risolutori*, in *Giust. civ.*, 1962, p. 154 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.,* XVII, Milano, 1968, p. 994 ss.; R. NICOLÒ, *La* relatio *nei negozi formali*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 536 ss.; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, p. 198 ss.; S. MAIORCA, *Il contratto*, Torino, 1981, p. 110; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 205 ss.

A favore di un'interpretazione estensiva delle disposizioni che impongono vincoli di forma *ad substantiam*, tra gli altri: M. FRAGALI, *Delle obbligazioni in generale e dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 400; G. CIAN E A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1984, p. 913; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 175, nt. 1.



condivisa dalla Suprema Corte, infatti, consiste proprio nella negazione della natura eccezionale delle disposizioni sulla forma, suscettibili di applicazione analogica.

Su altra linea, poi, ci pare che la Corte – escludendo ogni possibilità di ragionare in termini di applicazione diretta dell'art. 1351 cod. civ. al *pactum fiduciae* – abbia trascurato di considerare la tesi di chi, correlando *formalismo* ed *effetto tipico* del negozio, reputa che l'area di operatività della singola *ratio legis* della disposizione prescrittiva di forma debba essere riferita al *tipo* di *effetto* prodotto [18]. In questa prospettiva, allora, l'argomentazione della Corte non pare rigorosa: mancando di constatare nel *pactum fiduciae* la ricorrenza del connotato strutturale del *pactum de contrahendo*, le Sezioni unite hanno omesso di verificare se l'applicazione dell'art. 1351 cod. civ., lungi dall'integrare applicazione analogica di una norma asseritamente eccezionale, potesse invece comportare l'attuazione di una regola che prescrive un onere di forma rispetto a tutti gli atti produttivi di determinati effetti [19].

Contestano che le prescrizioni formali abbiano natura eccezionale V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 382; U. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ,* 1986, p. 68 ss.; implicitamente, R. SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temi nap.*, 1961, p. 436.

[18] V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 384, osserva che «nel nostro sistema positivo vige un principio di stretta correlazione tra la forma di un atto e la natura dei suoi effetti, il principio, cioè, per cui solo i negozi giuridici diretti a realizzare determinati effetti sono soggetti all'onere della forma solenne»; G. MINERVINI, *Mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 653; S. PAGLIANTINI, *sub* art. 1350 cod. civ., in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale*, II, Torino, 2011, p. 17; P. VITUCCI, *Applicazione e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 820; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, I, *I contratti in generale,* a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 900; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 26 ss. e p. 46 ss.

[19] Recentemente A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare,* cit., p. 608, «Se anche l'assunto dell'eccezionalità (non si capisce in che senso) dell'art. 1351 tenesse, non implicherebbe la forma libera del mandato e del patto fiduciario immobiliare, perché non c'è bisogno di estensione o analogia, vietate dall'eccezionalità, dato che è l'intera casistica dei *pacta de contrahendo* che è *direttamente* regolata dalla norma» (corsivo originale); R. LENZI, *Struttura e forma del* pactum fiduciae *nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, cit., p. 1117: «Il requisito formale del mandato si fonda quindi sul disposto dell'art. 1351 cod. civ., in quanto espressione di una direttiva di sistema, e quindi non per l'assimilazione tra i due negozi, preliminare e mandato o patto fiduciario, ma per l'identità di effetti, cioè l'obbligo di trasferire che sorge a carico dei contraenti. Ciò ancor più ove si consideri che l'obbligo di trasferire il bene immobile dal fiduciario al fiduciante costituisce un effetto non essenziale del *pactum fiduciae*, potendo esso esaurirsi nella titolarità strumentale, nei profili gestori secondo le istruzioni del fiduciante e nel successivo trasferimento a terzi». Al riguardo, cfr. anche P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 49 ss.; in prospettiva parzialmente difforme R. NICOLÒ, *La* relatio *nei negozi formali*, cit., p. 536 ss.; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 316 ss.



Ricondotto il *pactum fiduciae* allo schema del mandato senza rappresentanza – contratto a struttura c.d. debole – le Sezioni unite statuiscono che per la validità dello stesso non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, trattandosi di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo a un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio [20].

Invero – argomenta la Corte – l'osservanza del requisito della forma scritta sarebbe imposta dall'art. 1350 cod. civ. soltanto per gli atti traslativi, vale a dire per il contratto di acquisto dell'immobile da parte del fiduciario e per il successivo atto di ritrasferimento a opera del medesimo.

Con riguardo alla natura dell'atto di trasferimento, invece, si chiarisce che «nell'atto di trasferimento del fiduciario – analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza (art. 1706, secondo comma, cod. civ.) – si ha un'ipotesi di pagamento traslativo, perché l'atto di trasferimento si identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che esso origina» [21]. Il trasferimento della proprietà al fiduciante, dunque, avviene *solvendi*

---

[20] In dottrina, sulla forma del mandato, L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 114, ritiene che il mandato ad acquistare beni immobili contiene altresì un *pactum de contrahendo*, avente a oggetto la conclusione del futuro negozio di trasferimento dal mandatario al mandante. Per l'Autore, dunque, «non si vede perché dovrebbe escludersi l'esistenza di un contratto preliminare, il quale, concernendo il futuro trasferimento di un diritto reale immobiliare, richiede la forma scritta»; ID., *In tema di forma del mandato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 213 ss.; secondo G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1957, p. 26 ss., la disposizione di cui all'art. 1351 cod. civ. sarebbe applicabile a tutti quei rapporti causalmente volti al trasferimento di diritti reali immobiliari. Posta l'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ. a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre, l'art. 1351 cod. civ. «deve applicarsi a tutti i contratti i quali obblighino le parti a stipulare tra loro un ulteriore negozio solenne, essendo irrilevante al riguardo se da quei contratti discendano, accanto a questo, ulteriori effetti essenziali». Su altra linea, in ossequio al principio di libertà delle forme, M. GIORGIANNI, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, p. 411; ID., *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 64 ss.; R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, p. 133 ss.; ID. *Il mandato. Disciplina e prassi*, diretto da Cuffaro, Torino, 2011, p. 11 ss. Ritiene che il mandato sia un «contratto a forma variabile», A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, Torino, 1985, p. 424; C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali,* in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1985, p. 194; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. dir. priv.*, *sez. civ.*, XI, 1994, p. 161.

[21] Sin dalla metà del secolo scorso, la dottrina rilevava l'esistenza di «situazioni nelle quali lo spostamento patrimoniale non si presenta come effetto di un negozio che contenga in sé la causa». Così, M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 565. Con riguardo al mandato ad acquistare bene immobili, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, III ed., Milano, 1994, p. 202 ss., osserva che esso è un contratto puramente obbligatorio, che produce nei confronti del mandatario un obbligo di trasferire, «ossia è causa di un pagamento traslativo». Sicché, nelle ipotesi in discorso, «il negozio è privo di una propria individualità funzionale intrinsecamente idonea a giustificare lo spostamento patrimoniale: la causa giusti-



causa, in adempimento di un preesistente obbligo che ha titolo nel *pactum fiduciae* [22].

A tal proposito, il condivisibile rilievo per cui dal negozio fiduciario sorge, in capo al fiduciario, un'obbligazione di dare (*i.e.* un'obbligazione di trasferire un diritto reale), cui segue un pagamento traslativo, non sembra possa condurre a trascurare che siffatto pagamento costituirebbe soltanto un *modus adquirendi*, mentre il *titulus* resterebbe il *pactum fiduciae*. In altri termini, il presupposto causale dell'assunzione dell'obbligo – e, dunque, la ragione dell'effetto traslativo del diritto reale dal fiduciario al fiduciante – risiederebbe nel *pactum fiduciae* [23].

Seguendo l'insegnamento delle Sezioni unite, allora, si addiverrebbe all'epilogo per cui il fiduciante diverrebbe proprietario del bene immobile trasferitogli dal fiduciario in adempimento della sua obbligazione contrattuale di dare che trova la sua fonte in un *pactum fiduciae* orale.

---

ficativa del trasferimento è fuori dallo schema negoziale e risiede in un rapporto precedente al quale la prestazione traslativa è collegata da una funzione esecutiva». Nella medesima direzione, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, Milano, 1966, p. 45 ss.; V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 92 ss.

Secondo la dottrina prevalente, il requisito causale, necessario per la validità della prestazione traslativa, richiede – oltre all'intento negoziale qualificato dallo scopo di dare esecuzione a un determinato rapporto – un ulteriore elemento, dato dal rapporto antecedente, che costituisce il fondamento giustificativo dell'effetto traslativo. In tal senso, L. MENGONI, *op. cit.*, p. 204 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 105 ss.; V. LOPILATO, *Il pagamento traslativo (prima parte)*, in *Diritto e formazione*, 2003, p. 420 ss.; A. LENER, «*Expressio causae*» *e astrazione processuale*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, p. 31.

[22] Per una compiuta ricostruzione degli orientamenti sulla struttura del pagamento traslativo, cfr. A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile*, Milano, 2007, p. 12 ss. In particolare, sostengono la tesi contrattuale del pagamento traslativo, G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 660 ss.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 757 ss. Propendono, invece, per la natura unilaterale del pagamento traslativo, invece, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. comm.*, diretto da Schlesinger, *Artt. 2643-2645*-bis, I, Milano, 1998, p. 606; ID., *Babbo natale e l'obbligo di dare*, nota a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, p. 2896 ss.; F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 480; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 311 ss. Sul punto, cfr. anche C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento degli effetti reali*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 591, nonché G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2017, p. 621 ss.

[23] Seppur con riferimento al mandato, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, Milano 1984, XXXII, p. 378 ritiene che «attribuendo nella specie al mandato un'efficacia meramente obbligatoria non potrebbe negarsi che il *titulus adquirendi* del mandante sarebbe pur sempre costituito dal contratto di mandato – non già dal successivo negozio traslativo di esecuzione, il quale fungerebbe in sostanza da semplice *modus adquirendi* – e che la radice dell'effetto traslativo interno si trova comunque nel mandato e nella causa gestoria che lo sorregge». Sulla stessa linea, L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., p. 94 ss. Con riguardo al *pactum fiduciae*, cfr. recentemente U. CARNEVALI, *Sulla forma del* pactum fiduciae *con oggetto immobiliare*, cit., p. 62 ss.



Ora, è noto che il legislatore individua i contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam*, seguendo il criterio della rilevanza degli effetti che il negozio, quale ne sia la causa, produce (art. 1350 cod. civ.). E, sotto questo profilo, l'adempimento da parte del fiduciario dell'obbligazione di "trasferire" il bene immobile produce, a favore del fiduciante, l'acquisto del bene. Ciò, però, non può non apparire singolare ove si giunga ad ammettere – così come fa la Corte – che il *pactum fiduciae* possa essere concluso oralmente.

D'altro canto, la circostanza che il *pactum fiduciae* non sia immediatamente produttivo di effetti reali non varrebbe a negare che, all'esito dell'operazione, il *titulus adquirendi* sia proprio il *pactum fiduciae* [24].

Ci pare, allora, che l'opzione ermeneutica preferita dagli Ermellini si rannodi a una impostazione ben precisa.

Infatti, nell'ottica di un'analisi della «dimensione pratica del negozio fiduciario», emergente dal contesto delle controversie venute all'esame della giurisprudenza, le Sezioni unite sembrano palesare il proprio indirizzo metodologico.

Sostiene la Corte che negli accordi fiduciari verbali, conclusi all'interno di nuclei familiari o tra persone legate da stretti vincoli, le parti, restie ad affidarsi ad atti scritti, preferiscono fondare il rapporto sulla fiducia reciproca e sulla lealtà. La scelta della forma scritta, allora, priverebbe di respiro una prassi largamente diffusa, finendo per «incidere sulla dimensione pratica del comportamento, escludendone la fiduciarietà dal punto di vista della morfologia del fenomeno empirico» [25].

---

[24] Al riguardo, cfr. le perplessità di A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare,* cit., p. 603 ss. Condivide l'idea che l'atto unilaterale scritto con un *expressio causae* (o comunque correlato ad un patto orale valido) possa contribuire a formare un titolo idoneo all'acquisto, G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione,* cit., p. 169.

[25] Le Sezioni unite, sul punto, condividono testualmente la tesi di N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 431 ss., che osserva come laddove si arrivasse a condizionare la rilevanza del patto fiduciario alla circostanza che i soggetti abbiano consegnato in un atto scritto il *pactum fiduciae* «verrebbe praticamente esclusa la rilevanza pratica della fiducia in quasi tutte le ipotesi di *fiducia cum amico*, dato che la formalità del patto finirebbe quasi sempre per incidere sulla dimensione pratica del comportamento, escludendone la fiduciarietà dal punto di vista della morfologia del fenomeno empirico»; recentemente ID., *Oltre la fiducia*, in *Foro it.*, 2020, c. 1951 ss.

Censurano il brano argomentativo G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione,* cit., p. 168 ss.; U. MORELLO, *La "ricognizione" degli accordi fiduciari*, in *Notariato*, 2020, p. 292 ss., con considerazioni che si rinvengono già in ID. *Fiducia e negozio fiduciario: dalla «riservatezza» alla «trasparenza»,* in *I trusts in Italia oggi,* a cura di Beneventi, Milano, 1996, p. 84 ss.; A. REALI, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, cit., p. 968, per il quale «un'affermazione di tal fatta, nell'ambito di una realtà giuridica come quella odierna, in



La Corte pare aderire, dunque, alla tesi di chi reputa che la disposizione di legge da applicare al caso concreto, più che preesistere all'accadere del fatto, debba conciliarsi con il concreto dell'esperienza, sì che i dati normativi possano leggersi alla luce della realtà [26]. Il negozio fiduciario, allora, rappresenterebbe il paradigma di un ordinamento che antepone la prassi alla legge, il fatto al diritto. Quest'ultimo sarebbe chiamato a valorizzare, "giuridificandole", istanze della dimensione pratica del comportamento ravvisabili – nel caso di specie – nella renitenza dei consociati e nelle propensioni delle persone a non affidarsi allo scritto in materia di negozio fiduciario.

L'osservazione, tuttavia, sembra non considerare un ulteriore dato pratico del fenomeno: sovente, se non sempre, il fiduciante si fa rilasciare *per iscritto* una dichiarazione ricognitiva del *pactum fiduciae*. Muovendo da questo dato, discorrere di opportunità, di fiducia e di lealtà non sembra calzare la scena di tutte le situazioni fiduciarie ipotizzabili.

Del resto, se la «fiduciarietà» fosse realmente sufficiente a regolare l'operazione, non si vede perché, in difetto della stessa, debba subentrare la tutela giuridica di cui all'art. 2932 cod. civ. Parrebbe infatti incoerente con un piano meramente fiduciario la possibilità di accordare al fiduciante, tramite la coercizione giuridica, anche ciò che la fiducia – cui si è affidato in un primo momento – non gli consente di ottenere (*i.e.* il trasferimento dell'immobile che il fiduciario ha acquistato dal terzo) [27].

---

cui le leggi (sull'antiriciclaggio, di diritto tributario, ecc.) richiedono ai privati un sempre maggior rispetto delle regole di trasparenza, presta chiaramente il fianco a una facile critica: quella che così il *pactum fiduciae* può divenire uno strumento disponibile per tutti coloro che sono interessati a mantenere il più possibile velati i loro assetti patrimoniali».

[26] P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 113, afferma che «le forme giuridiche non possono correre il rischio – esiziale – di separarsi da valori e interessi diffusi e condivisi. L'interprete è, oggi, *inventore* per eccellenza, con diversi svolgimenti del suo procedimento *inventivo*: che può consistere o in una decifrazione del sostrato valoriale dell'esperienza, o in una intermediazione (fra norme decrepite e fatti novissimi)». Pur con differenti sfumature, N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 302 ss.; ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 45; più recentemente, ID., *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, *passim*.

Avverte il pericolo di criteri di giudizio che non si richiamano alla logica sussuntiva della fattispecie e offrono immediata risposta alle situazioni di vita, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 8.

[27] In tal senso, R. LENZI, *Struttura e forma del* pactum fiduciae *nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, cit., spec. p. 1121 ss., osserva che il patto fiduciario è atto a forma libera salvo che per la realizzazione di determinati effetti. Sicché, isolando l'obbligo di trasferire al fiduciante l'immobile rispetto agli altri effetti del patto, ben potrebbe giungersi ad ammettere che, nonostante il difetto di forma, il fiduciante conservi un'azione risarcitoria verso il fiduciario per il mancato trasferimento del bene e che la nullità del *pactum* non sarebbe di ostacolo alla valida esecuzione spontanea del trasferimento da parte del fiduciario. Nel medesimo senso, G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione,* cit., spec. p. 169. *Contra* U. CARNEVALI, *Le Sezioni Unite sulla forma del* pactum fiduciae *con oggetto immobiliare*, in *Contr.*, 2020, p. 269, rileva che in ipotesi di nullità del patto fiduciario orale, per un ver-



5. – Stabilito che per la validità del patto fiduciario avente a oggetto l'obbligo di ritrasferire l'immobile non è richiesta la forma scritta, le Sezioni Unite completano la ricostruzione chiarendo la rilevanza della dichiarazione ricognitiva rilasciata dal fiduciario.

Al riguardo, la Corte osserva che sovente il fiduciante che si affidi a un patto concluso *verbis* potrebbe avere difficoltà a dimostrare in giudizio l'intervenuta stipulazione dell'accordo. A tal fine soccorrerebbe proprio la dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario che, lungi dal costituire fonte dell'obbligazione di trasferimento, produrrebbe, quale effetto tipico, una *relevatio ab onere probandi* del patto (fatta salva una prova contraria), con la specificazione che essa – ancorché titolata – non avrebbe natura confessoria, sicché il promittente (nel caso di specie, il fiduciario) potrebbe sempre dimostrare l'inesistenza della causa e la nullità della promessa [28]; inoltre, per il caso in cui la dichiarazione fosse emessa in epoca successiva all'intervenuto decorso della prescrizione del diritto del fiduciante, essa integrerebbe una rinuncia tacita alla prescrizione, ai sensi dell'art. 2937, ult. comma, cod. civ.

Complessivamente, dunque, la Corte corregge la proposta costruttiva della sentenza n. 10633/2014, che scorgeva nella dichiarazione unilaterale *ricognitiva* la *fonte* dell'obbligo di trasferire [29]. Quella proposta, d'altra parte, era apparsa a una parte della

---

so, l'unico rimedio del fiduciante sarebbe la ripetizione delle somme versate al fiduciario e finalizzate all'acquisto dell'immobile e, per altro verso, un eventuale pagamento traslativo sarebbe privo di causa e, dunque, «il fiduciario potrebbe sempre pentirsi e rivendicarne la proprietà (pur restando tenuto alla restituzione al fiduciante delle somme ricevute per l'esecuzione dell'incarico)».

[28] Sugli atti di ricognizione, cfr. M ORLANDI, *Note sugli atti di ricognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 433 ss. A. REALI, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, cit., p. 966 ss., osserva che la decisione avrebbe implicitamente contraddetto quell'orientamento di legittimità da sempre contrario, in ossequio al testo dell'art. 1988 cod. civ., all'applicazione della disciplina sulla promessa di pagamento e sulla ricognizione di debito alle fattispecie concernenti diritti reali.

[29] Per una diversa ricostruzione della relazione tra patto fiduciario e dichiarazione unilaterale cfr. R. LENZI, *Struttura e forma del* pactum fiduciae *nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, cit., p. 1123 ss. e p. 1128 ss. In particolare, secondo l'A., la struttura unilaterale della dichiarazione del fiduciario non esclude la sua rilevanza impegnativa e non giustifica la riduzione della sua rilevanza ai soli fini probatori. La dichiarazione unilaterale determinerebbe il perfezionamento del vincolo contrattuale secondo il procedimento di cui all'art. 1333 cod. civ. «Di tale disposizione sussistono tutti i requisiti, in quanto il fiduciario, proponente, si obbliga, anche se implicitamente, al trasferimento a favore del fiduciante, senza che quest'ultimo assuma, al riguardo, alcuna obbligazione corrispettiva. Siamo in presenza di un'ipotesi paradigmatica di contratto con obbligazioni del solo proponente, sostenuto dalla causa fiduciaria e posto in essere dal fiduciario in adempimento del programma fiduciario. In mancanza di tale atto formale, seppur a struttura semplificata, il fiduciante, in caso di mancato trasferimento spontaneo da parte del fiduciario, non potrà agire per l'esecuzione in forma specifica. L'atto formale non è quindi inutile sul piano sostanziale, perché solo in forza di esso il trasferimento è coercibile in forma specifica, mentre il solo patto fiduciario a forma libera, pur valido per gli altri effetti obbligatori, potrà costituire fonte di responsabilità per il fiduciario e potrà anche fornire la



letteratura in contrasto con il tenore letterale dell'art. 1987 cod. civ., che detta la regola della nominatività delle promesse unilaterali [30]. La decisione delle Sezioni Unite, però, prende avvio da un caso in cui i fiduciari avevano rilasciato una dichiarazione scritta ricognitiva dell'impegno di ritrasferire: *quid iuris*, in punto di prova, ove, ammettendo la validità di un *pactum fiduciae* immobiliare orale, manchi qualsivoglia atto scritto [31]?

In definitiva, potrebbe senz'altro sostenersi che la pronuncia abbia soddisfatto talune esigenze di "giustizia sostanziale": nel caso concreto, infatti, la declaratoria di nullità del *pactum fiduciae* – privo della forma *ad substantiam* – avrebbe senz'altro fatto premio sulle ragioni del fiduciante, che pur aveva ricevuto dal fiduciario una chiara dichiarazione contenente il riconoscimento del proprio obbligo (a tacere, poi, della circostanza che altri fiduciari avevano già trasferito al fiduciante le proprie quote, in forza di transazione stipulata in corso di causa).

Per altro verso, però, è dubbio che le Sezioni unite siano riuscite ad assicurare una coerenza argomentativa e il rigore di una ricostruzione concettuale e teorica che sia idonea a sgombrare il campo da successivi interventi nomofilattici.

---

giustificazione causale al successivo spontaneo atto traslativo, bilaterale in quanto implicante anche l'integrazione del precedentemente carente requisito formale, ma non potrà consentire la realizzazione dell'effetto traslativo attraverso l'esecuzione in forma specifica».

[30] Cfr. A. GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, cit., p. 1478, per cui «sostenere che la dichiarazione unilaterale ricognitiva dell'impegno fiduciario 'ha dignità' di autonoma fonte di obbligazione è fare giurisprudenza creativa *contra legem*»; ID., *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 611. In prospettiva in parte diversa, cfr. U. CARNEVALI, *Sulla forma del* pactum fiduciae *con oggetto immobiliare,* cit., p. 62, ma anche ID., *Le Sezioni Unite sulla forma del* pactum fiduciae *con oggetto immobiliare*, in *Contr.*, 2020, p. 267 e 270. Avanza perplessità sul dogma della tipicità legale dei negozi unilaterali, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 234 ss., spec. p. 238 ss. Secondo A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, p. 52 ss., invece, la promessa unilaterale atipica sarebbe vincolante ove presenti un'adeguata giustificazione causale. Sul punto, cfr. anche E. CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004, p. 68 ss.; A. ASTONE, *Contratto negozio regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, p. 235 ss.; C.A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, Torino, 1984, p. 805 ss.; P. SPADA, Cautio quae indiscrete loquitur: *lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 754 ss.

[31] Avverte il problema della prova del *pactum* in mancanza della dichiarazione ricognitiva scritta A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 611; G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione,* cit., p. 169, spec. nt. 68, rileva che il fiduciario, in assenza di alcun atto scritto, potrebbe richiedere e trascrivere – se e in quanto possibile – la domanda di sentenza costitutiva *ex* art. 2932 cod. civ., paralizzando, in attesa della prova dell'esistenza dell'atto, ogni interesse o garanzia dei creditori e dei terzi.



CASSAZIONE CIVILE, SEZ. II, 3 LUGLIO 2019, (UD. 13/11/2018, DEP. 03/07/2019), N. 17868

LA CORTE (*OMISSIS*)

FATTI DI CAUSA

Il giorno 4 marzo 1999 è deceduta in Agrigento C.G., la quale ha disposto del proprio patrimonio con testamento olografo del 10 novembre 1998, pubblicato con verbale a rogito del notaio N.M. di Agrigento del 16 marzo 1999, rep. n. 23063.

Il testamento ha il seguente tenore: "io signora C.G. (...) dichiaro che alla fine della mia vita terrena lascio i miei avere come miei eredi della mia casa sita in corso Nazionale facendo angolo con la salita (OMISSIS) ai miei nipoti C.G. e C.I. abitante e nati ad Agrigento in caso di vendita la devono vendere all'altro padrone dell'altra metà confinante con la signora A.S. essendo che la casa non si può dividere. Per i beni mobili alla persona (), che mi deve servire la faccio padrona erede universale".

Sulla base del testamento Ca.Ma. ha chiamato in giudizio davanti al Tribunale di Sciacca C.G. e C.I., facendo valere il proprio diritto di essere riconosciuta erede della de cuius per quella parte di eredità che la testatrice aveva a lei destinato quale persona che le ha prestato assistenza e servizi in vita.

Il tribunale ha accolto la domanda.

Ha dichiarato la Ca. erede testamentaria e ha condannato le convenute alla restituzione dei beni mobili e della casa in (OMISSIS).

Le C. hanno proposto appello contro la sentenza.

Sono intervenute A.F. e T.F.A., cui le appellanti avevano alienato l'immobile in contesa.

La Corte d'Appello di Palermo ha confermato la sentenza di primo grado.

Secondo la corte d'appello "la qualità di erede universale non può che appuntarsi in capo alla Ca., avendo tutti i testi in primo grado dato conto della devozione, dello spirito di abnegazione con la quale per decenni l'appellata aveva prestato assistenza e cura alla C.". Essa ha aggiunto che "secondo le deposizioni rese dai tesi, tale assistenza si è mantenuta intatta fino alla morte della de cuius e, quindi, anche dopo il confezionamento della scheda".



Per la cassazione della sentenza C.G. e C.I. hanno proposto ricorso, affidato a tre motivi.

Ca.Ma. ha resistito con controricorso.

Gli altri soggetti a cui è stato notificato il ricorso sono rimasti intimati.

La causa, originariamente avviata per la trattazione camerale, è stata rimessa in pubblica udienza.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso denuncia omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio.

Il testamento prevedeva il lascito in favore della persona che avesse assistito la defunta nel periodo compreso fra la redazione della scheda e la morte, e non in favore di chi l'avesse assistita fino a quel momento.

Ciò risultava con evidenza dal fatto che il nome del beneficiario era stato lasciato in bianco.

Le prove acquisite nel giudizio si riferivano al periodo antecedente alla redazione del testamento.

Esse quindi non dimostravano che la persona nominata nel testamento si identificasse con la Ca.

Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 588 c.c.

Supposto che la disposizione per relationem fosse da qualificare come fatta a titolo di erede, l'oggetto non comprendeva beni ulteriori oltre ai beni mobili espressamente menzionati quali oggetto del lascito.

Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 628 c.c.

La sentenza è oggetto di censura nella parte in cui la corte di merito ha ritenuto valida la disposizione nonostante la testatrice avesse lasciato in bianco l'indicazione della persona beneficiaria.

La mancata designazione della persona onorate rendeva palese che, fino a quel momento, nessuno aveva svolto il ruolo previsto nel testamento per l'attribuzione del beneficio. Il contenuto della disposizione imponeva allora di fare riferimento non alla situazione esistente al tempo di confezione del testamento, ma a quella realizzatasi successivamente fino alla morte.

Gli esiti della prova andavano verificati in questa diversa prospettiva, mentre la corte di merito aveva fatto il contrario.

2. In uno dei passaggi motivazionali della sentenza impugnata la corte assume che



sulla questione della validità della disposizione testamentaria, riconosciuta dal primo giudice, si era formato il giudicato implicito in assenza di tempestiva impugnazione.

Tale rilievo, sul quale la controricorrente fonda una eccezione di inammissibilità del terzo motivo e dell'intero ricorso, è infondato.

Ai sensi dell'art. 628 c.c. "è nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata".

La formazione del giudicato sarebbe stata configurabile in una situazione in cui, pacifica la validità della disposizione, si discuteva su chi fosse in concreto il soggetto a cui la de cuius intendeva riferirsi.

Diversamente il conflitto, così come in concreto realizzatosi nel giudizio, vedeva contrapposti le eredi legittime e l'unica persona che aveva accampato pretese in forza della disposizione, alla quale il tribunale aveva dato ragione. Il problema sottoposto all'esame della corte d'appello riguardava perciò la validità della disposizione in sé, in rapporto alla possibilità di identificare in base ad essa la persona beneficiaria del lascito.

Il riconoscimento o la negazione di siffatta possibilità implicavano, nello stesso tempo, il riconoscimento o la negazione della validità disposizione testamentaria ai sensi dell'art. 628 cit.

3. Si impone l'esame del terzo motivo che è fondato e il cui accoglimento determina l'assorbimento del primo motivo.

Ricorre l'ipotesi di disposizione a favore di soggetti determinati dallo stesso testatore non solo nel caso in cui la disposizione sia stata dettata a vantaggio di soggetti nominativamente indicati, ma anche nel caso in cui i beneficiari siano immediatamente e individualmente determinabili in base a precise indicazioni fornite dallo stesso testatore. La menzione della persona onorata dalla disposizione testamentaria fatta dal testatore in modo impreciso o incompleto non rende perciò nulla la disposizione, qualora dal contesto del testamento o altrimenti, sia possibile determinare la persona che il testatore ha voluto beneficiare (Cass. n. 810/1992; n. 1458/1967).

Ciò che è decisivo per ritenere che una disposizione sia a favore di soggetti determinati specificamente è il contenuto obiettivo della disposizione e la concretezza e univocità dei dati di identificazione da essa desumibili; e non si può attribuire rilevanza alla eventuale genericità ed incertezza di quelle che furono, al momento della redazione del testamento, le contingenti previsioni del de cuius, qualora lo stesso testatore, ai fini della determinazione di essi, abbia fatto espresso riferimento alla situazione esistente al momento di apertura della successione (Cass. n. 262/1962).

Si ammette così la possibilità che il testatore si riferisca ad una situazione futura dalla



cui realizzazione emerga in modo inequivocabile l'individuazione del soggetto beneficiato, anche qualora si tratti, al momento della redazione del testamento, di persona non conosciuta (Cass. n. 5131/2011).

4. La corte di merito ha riconosciuto, in base alle prove assunte, che la Ca. aveva per decenni prestato cura e assistenza alla C.; da ciò ne ha dedotto che la persona designata non poteva identificarsi che in questa, in quanto l'assistenza si è mantenuta anche dopo la redazione del testamento e fino alla morte.

Ma tale ragionamento è facile replicare che esso elude il problema che la disposizione testamentaria della C. poneva al giudice. Nel caso di specie, secondo la valutazione della corte di merito, la persona che aveva servito la testatrice in passato aveva continuato a farlo anche dopo la redazione del testamento, ma, in linea puramente teorica, poteva darsi il caso che, negli ultimi tempi, la persona che aveva servito la testatrice fosse stata diversa.

La corretta applicazione dell'art. 628 c.c. imponeva perciò al giudice di merito di compiere una scelta univoca circa il mezzo indicato dal de cuius per l'individuazione: in particolare se la testatrice avesse inteso riferirsi alla situazione realizzatasi fino alla redazione del testamento o alternativamente alla situazione che si sarebbe realizzata successivamente, non essendo logicamente possibile che i due criteri potessero operare congiuntamente. O la testatrice si era riferita alla situazione pregressa, e allora aveva inteso designare la persona che l'aveva fino a quel momento servita, pur non identificandola nominativamente, ma in linea teorica in una situazione di vita in cui la individuazione era già possibile; o la testatrice aveva guardato al futuro e allora non aveva altra possibilità, al momento del testamento, se non quella di operare una determinazione per relationem, indicando i dati in base ai quali individuare la persona che voleva onorare del lascito, pur potendo nutrire l'auspicio che la persona che l'aveva servita in passato continuasse a farlo in futuro. Con la conseguenza che, nel primo caso, la considerazione della situazione determinatasi dopo la confezione della scheda andava ad incidere su una relatio già compiutamente avvenuta in base al diverso criterio che rinviava alla situazione già esistente al tempo del testamento: ciò che è successo dopo la confezione del testamento, qualora in ipotesi se ne fosse riconosciuta la rilevanza in base al testamento, andava raccordato con la volontà del testatore in applicazione di istituti diversi, non in base all'art. 628 c.c.

La sentenza va per questa ragione cassata e la corte di rinvio dovrà procedere a nuovo esame e così identificare il criterio in base al quale operare la relazione, nell'alternativa fra la situazione già esistente al tempo della redazione della scheda oppure quella realizzatasi in un secondo tempo.



5. L'accoglimento del terzo motivo non comporta l'assorbimento del secondo motivo. La questione da questo proposta, infatti, riguardante la portata oggettiva della disposizione per relationem, in ipotesi qualificabile a titolo universale, potrebbe ripresentarsi nel giudizio di rinvio, qualora ne fosse riconosciuta la validità.

"Non può essere giustificata una pronunzia di assorbimento rispetto ad uno o più motivi del ricorso, nonostante l'esistenza di un rapporto di interdipendenza con gli altri, ogni qual volta le ragioni per le quali è accolto uno dei motivi non siano tali da escludere che nel giudizio di rinvio possano ripresentarsi le questioni già sollevate con gli altri motivi, venendo in tal caso a mancare l'estremo della superfluità dell'esame della questione, che caratterizza la pronunzia di assorbimento" (Cass. n. 13532/2018; n. 748/1970).

6. Il secondo motivo è fondato.

"A norma dell'art. 588 c.c. si ha istituzione di erede quando l'istituito, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata, sia chiamato nell'universalità dei beni o in una parte indeterminata di essi, considerata in funzione di quota del patrimonio ereditario; si ha, invece, legato allorché i beni vengono assegnati singolarmente in modo determinato con la precisazione che, mentre in base al comma 1 del predetto articolo l'istituzione di erede va desunta dal contenuto strettamente obiettivo dell'atto, di guisa che la volontà testamentaria, che pur sempre va ricercata, non ha il potere di determinare una istituzione di erede che prescinda da un preciso rapporto con l'universalità di beni del testatore o con una quota di esso, con conseguenza che, sempre che la chiamata venga in universam rem o pro quota si ha istituzione di erede quali che siano i termini, anche se impropri, usati dal testatore e anche nell'eventualità che parte dell'asse sia destinata a legati, viceversa, in base al comma 2 dello stesso articolo, accanto al criterio obiettivo dell'interpretazione desunta dal contenuto dell'atto, viene introdotto quello soggettivo della interpretazione ricavata dall'intenzione del testatore di assegnare beni determinati come quota del patrimonio, interpretazione cui e dato pervenire attraverso i comuni canoni della volontà testamentaria. Pertanto, alla stregua dell'art. 588 c.c., comma 2, anche l'assegnazione di determinati beni (instituzione ex re certa) o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, tutte le volte che, risulti che il testatore abbia inteso assegnare quei beni come quota del suo patrimonio, considerandoli, cioè, nel loro rapporto con il tutto (Cass. n. 1800/1964; n. 974/1999; n. 2002/3016; n. 24163/2013).

In base alla regola dettata dall'art. 588 c.c., comma 2, a fine di attribuire al lascito il carattere di disposizione a titolo universale, il fatto che tale qualità sia data espressamente dal testatore nel testamento non è necessario, né sufficiente. Se non risulti che il bene



o il complesso di beni sono stati attribuiti come quota del patrimonio, la disposizione, ad onta del nome, non sarebbe a titolo universale, ma particolare. Ciò non toglie che la designazione possa costituire al limite un elemento rilevante ai fini di rafforzare la convinzione dell'interprete in ordine alla intenzione del testatore di assegnare i beni determinati come quota del patrimonio, "specialmente quando il grado di cultura di questi faccia presumere che egli avesse rappresentazione precisa del significato delle parole" (Cass. n. 715/1964).

Stabilire se un singolo bene è stato attribuito a titolo universale particolare è questione di fatto. Il relativo apprezzamento del giudice di merito, se congruamente motivato, è incensurabile in cassazione (Cass. n. 23393/2017; n. 9476/2001).

7. Il tribunale aveva inteso la disposizione in favore delle nipoti come legato, mentre ha ritenuto disposizione a titolo universale quella in favore della persona che l'avrebbe servita fino alla morte. In base al riconoscimento di tale natura della disposizione, ha incluso in essa il residuo del patrimonio, tolto il bene legato: quindi non solo i beni mobili oggetto dell'esplicita attribuzione, ma anche l'altra metà della casa.

La corte d'appello ha confermato la decisione, rilevando che una diversa interpretazione avrebbe portato al riconoscimento della concorrente apertura della successione legittima sull'altra metà della casa, in contrasto con la volontà della testatrice, che consapevole della sua indivisibilità "ha inteso attribuire all'altro padrone e cioè all'erede universale".

Ma a tale ricostruzione di deve obiettare che, in base al contenuto del testamento, la designazione di erede universale era congiunta a un lascito che aveva per oggetto i soli beni mobili: quindi, in ipotesi, a una istituzione ex re certa, ai sensi dell'art. 588 c.c., comma 2. L'institutio ex re certa non attribuisce all'istituito la qualità di unico erede (Cass. n. 737/1963). Essa, quando non comprende la totalità dei beni, non importa attribuzione anche dei beni che non formarono oggetto di disposizione. Questi, in assenza di altre disposizioni istitutive, si devolvono secondo le norme della successione legittima ai sensi dell'art. 457 c.c., comma 2.

Infatti, il lascito di un bene determinato, se vale istituzione di erede, esprime, per quanto qui rileva, una quota del patrimonio; laddove questa, singolarmente considerata o in concorso con altra quota, non copra l'intero, cioè non raggiunga la c.d. unità, deve aprirsi, giusto il capoverso dell'art. 457 c.c., la successione legittima, così come accade ove sia espressamente prevista la frazione numerica della quota in cui un soggetto è chiamato a succedere.

"Qualora il testatore istituisca un erede universale, assegnandogli una quota del suo



patrimonio, determinata mediante stralcio da esso di una porzione di un certo bene, per la restante parte di quel bene, si limiti ad esprimere un proposito generico, in seguito non attuato, di provvedere in futuro con diverse e imprecisate disposizioni testamentarie, questa parte ulteriore del patrimonio ereditario non può ritenersi attribuita all'unico chiamato, ma spetta ai successibili ex lege, mancando del tutto una volontà del de cuius, manifestata nelle debite forme, di disporre effettivamente anche di questa parte in un determinato modo e a favore di certi soggetti" (Cass. n. 574/1977).

8. Le Sezioni Unite di questa Corte hanno recentemente chiarito: "Questa Corte ha avuto modo di affermare che in tema di delazione dell'eredità, non ha luogo la successione legittima agli effetti dell'art. 457 c.c., comma 2, in presenza di disposizione testamentaria a titolo universale, sia pur in forma di istituzione ex re certa, tenuto conto della forza espansiva della stessa per i beni ignorati dal testatore o sopravvenuti (cfr. Cass. n. 12158/15).

Soluzione, quest'ultima, da condividere e riaffermare anche in considerazione del conforme avviso della dottrina largamente maggioritaria, la quale osserva che la posizione dell'istituito ex re certa non è diversa da quella dell'erede pro quota, in favore del quale opera senz'altro la c.d. forza espansiva della delazione testamentaria, che riguarda anche i beni ignorati o sopravvenuti (e non solo quelli ignorati, come invece suppone parte ricorrente)" (Cass., S.U., n. 17122/2018).

Presupposto della successione legittima è la mancanza, in tutto o in parte, della delazione testamentaria. Esso si concreta nella ipotesi di inesistenza di un testamento oppure della esistenza di un testamento contenente solo disposizioni a titolo particolare o contenente una o più disposizioni a titolo universale limitate a una quota dell'eredità.

È stato chiarito che nel nostro ordinamento l'attribuzione della qualità di erede deriva dall'assegnazione (da parte della legge o del testamento) dell'universalità o di una quota dei beni del testatore. L'assegnazione di una quota dei beni, in base alla regola dell'art. 588 c.c., comma 2, può anche avvenire attraverso l'indicazione di beni determinati, quando risulti che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio.

La differenza fra il primo e il secondo caso consiste in questo: nel primo la determinazione numerica della quota è espressamente indicata nel testamento, nel secondo caso la determinazione avviene a posteriori in base al rapporto fra il valore dei beni assegnati e il valore del patrimonio del quale essi rappresentano una frazione: si comprende come ciò renda centrale, ai fini della applicazione all'istituito ex re certa del principio della vis espansiva della vocazione a titolo universale, il problema della composizione della massa patrimoniale da assumere a riferimento ai fini della suddetta quantificazione ex post.



Qualunque sia la soluzione di tale complessa questione rimane valida la considerazione che, se le quote istitutive, aritmeticamente determinate dal testatore o determinate in ex post in base alla valutazione dei beni, non ricostituiscono l'unità, si avrà il normale concorso della successione legittima con la successione testamentaria ex art. 457 c.c., comma 2.

Il principio della vis espansiva della delazione ereditaria non si riflette in un diverso modo di applicare la regola del concorso fra i due tipi di successione, ma nell'equiparazione, circa la sorte dei beni non contemplati, tra l'erede istituito ai sensi dell'art. 588 c.c., comma 1 con quello istituito ai sensi del comma 2 della norma.

In questi termini il principio vuol dire che l'acquisto dell'istituito ex re certa non è necessariamente limitato alla singola cosa attribuita come quota; con la conseguenza che la successione legittima, qualora non si sia già aperta in applicazione dell'art. 457 c.c., comma 2, non si aprirà autonomamente per i beni ignorati o sopravvenuti.

9. La corte ha considerato, nella specie, irragionevole il concorso della successione testamentaria con la successione legittima, ma è chiaro che il problema non è di ragionevolezza, ma di ricostruzione della volontà testamentaria in applicazione dell'art. 588 c.c.

In base a tale norma, intanto poteva negarsi la concorrente apertura della successione legittima, in quanto fosse rinvenibile nella scheda una disposizione che comprendeva l'universalità dei beni del testatore, tolto il bene legato, ai sensi dell'art. 588 c.c., comma 1. A sua volta tale disposizione non poteva farsi automaticamente coincidere con il lascito dei mobili, che, seppure congiunto a una designazione di erede universale, poteva costituire solo istituzione ex re certa, oggettivamente circoscritta a quanto oggetto della disposizione, ai sensi dell'art. 588 c.c., comma 2 (fermo il concorso dell'istituito ex re certa con gli istituiti o con l'erede ex lege sui beni ignorati o sopravvenuti secondo i principi dinanzi precisati).

Diversamente la corte ha inteso quella designazione in termini assoluti, oltre il collegamento letterale ai beni mobili, così degradati a una pleonastica specificazione di quanto la designazione, così come intesa nella sentenza impugnata, avrebbe comunque consentito di raccogliere, senza tuttavia darsi cura di raccordare questa interpretazione con i canoni stabiliti dall'art. 588 c.c., comma 1, il quale stabilisce che "per l'institutio heredis è elemento decisivo non l'attribuzione formale del titolo (che, anzi, può essere usata dal testatore qualsivoglia espressione, denominazione o appellativo) ma il criterio obiettivo del modo di attribuzione dei beni fatta dallo stesso testatore (loro universalità o frazione), fermo restando che "l'assegnazione di determinati beni (institutio ex re certa) o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale quando risulti



che il testatore abbia inteso assegnare quei beni come quota del suo patrimonio, considerandoli, cioè, nel loro rapporto con il tutto" (Cass. n. 1637/1963; n. 1800/1964; n. 819/1992).

10. La sentenza va cassata anche in relazione a tale motivo e il giudice di rinvio, in ipotesi riconosca valida la disposizione, dovrà attenersi ai seguenti principi di diritto:

"L'institutio ex re certa, quando non comprende la totalità dei beni, non importa attribuzione anche dei beni che non formarono oggetto di disposizione, i quali si devolvono secondo le norme della successione legittima, destinata ad aprirsi ai sensi dell'art. 457 c.c., comma 2, ogni qual volta le disposizioni a titolo universale, sia ai sensi del comma 1, sia ai sensi del comma 2 dell'art. 588 c.c., non ricostituiscono l'unità. Invero il principio che la forza espansiva della vocazione a titolo universale opera anche in favore dell'istituito ex re certa, va inteso nel senso che l'acquisto di costui non è limitato in ogni caso alla singola cosa attribuita come quota, ma si estende proporzionalmente ai beni ignorati dal testatore o sopravvenuti".

"La qualifica di erede universale nella scheda testamentaria, associata all'attribuzione di un singolo bene o di un complesso di beni, pur potendo costituire un elemento valutabile di fini dell'indagine diretta ad accertare l'eventuale intenzione del testatore di assegnare quei beni come quota del patrimonio, ai sensi dell'art. 588 c.c., comma 2, non giustifica, di per sé, l'attribuzione degli altri beni menzionati nel testamento e non attribuiti, occorrendo a tal fine che sia ricavabile dal complessivo contenuto del testamento una disposizione nell'universalità del patrimonio ai sensi dell'art. 588 c.c., comma 1".

11. Insomma, in relazione al secondo e al terzo motivo, si impone la cassazione della sentenza, con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Palermo, che provvederà a nuovo esame attenendosi ai principi di cui sopra e regolerà le spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il terzo e il secondo motivo; dichiara assorbito il primo; cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti; rinvia ad altra sezione della Corte d'appello di Palermo anche per le spese.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda Civile, il 13 novembre 2018.

Depositato in Cancelleria il 3 luglio 2019

JUS CIVILE



FRANCESCO MEGLIO

Dottore di ricerca – Università del Sannio

INSTITUTIO EX RE CERTA, BENI NON OGGETTO DI DISPOSIZIONE ED ESEGESI

SOMMARIO*: 1. Il caso. – 2. Le disposizioni testamentarie nella sistematica codicistica. – 3. Note generali sull'institutio ex re certa. – 4. La sorte dei beni non menzionati nel testamento: le ricostruzioni della dottrina. – 5. La soluzione della S.C. in un continuum con la più recente giurisprudenza di legittimità. – 6. Osservazioni conclusive.*

1. – Con la sentenza in epigrafe, la S.C. è intervenuta su una complessa fattispecie in materia successoria che può così riassumersi. Nel 1999 decedeva in Agrigento una signora, la quale pochi mesi prima di spirare aveva disposto delle proprie sostanze redigendo testamento olografo. A seguito del decesso dell'anziana, una donna citava in giudizio, dinanzi al Tribunale di Sciacca, le due nipoti – eredi della *de cuius* – chiedendo di essere riconosciuta erede della stessa, per quella porzione di eredità che la testatrice le aveva destinato quale persona che le aveva prestato assistenza e servizi in vita.

Il Tribunale, nell'accogliere la domanda dell'attrice, la dichiarava erede testamentaria e condannava le convenute a restituire i beni mobili e la casa. La disposizione testamentaria della cui interpretazione è stato investito il giudice di prime cure presentava il seguente tenore letterale: "io signora C.G. (...) dichiaro che alla fine della mia vita terrena lascio i miei avere come miei eredi della mia casa sita in corso Nazionale facendo angolo con la salita (OMISSIS) ai miei nipoti C.G. e C.I. abitante e nati ad Agrigento in caso di vendita la devono vendere all'altro padrone dell'altra metà confinante con la signora A.S. essendo che la casa non si può dividere. Per i beni mobili alla persona (), che mi deve servire la faccio padrona erede universale".

Il Tribunale, nel concludere la propria disamina, ricostruiva la disposizione in favore delle nipoti come legato, diversamente da quella in favore della persona che l'avrebbe assistita fino alla morte, qualificata come disposizione a titolo universale, e pertanto con-



ferente la qualità di erede. Ne discendeva, pertanto, che all'attrice spettava ciò che residuava una volta detratto il (valore del) bene legato.

Dunque, non solo i beni mobili oggetto dell'esplicita attribuzione ma anche l'altra metà della casa.

Avverso la decisione del Tribunale le nipoti proponevano appello dinanzi alla Corte di Appello di Palermo. Nel giudizio di secondo grado intervenivano, altresì, gli aventi causa delle nipoti, i quali avevano acquistato dalle medesime l'immobile conteso. La Corte territoriale non si discostava dalle conclusioni cui era pervenuto il Tribunale, confermandone integralmente l'esito.

Alle nipoti della *de cuius* non restava che proporre ricorso per Cassazione, in concreto articolato sulla base di tre motivi.

Il primo e il terzo motivo di ricorso hanno a che vedere con questioni di non secondaria importanza, anche se non costituiscono oggetto di queste note. Tuttavia, può brevemente rammentarsi che le due donne denunciavano l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio. Più precisamente, queste ultime evidenziavano come non fosse pacifico il riferimento, nella disposizione *per relationem*, al tempo antecedente o successivo alla *testamenti factio*, sì da poter identificare la persona nominata nella controricorrente.

Mediante il terzo motivo, correlato al primo, le ricorrenti denunciavano la violazione e la falsa applicazione dell'art. 628 cod. civ., reputandosi che la mancata designazione lasciasse presagire che, fino a quel momento, nessuno avesse svolto il ruolo previsto nel testamento per l'attribuzione del beneficio.

Con il secondo motivo, oggetto di queste riflessioni, si denunciava invece la violazione e la falsa applicazione dell'art. 588 cod. civ. Appurata la qualificazione della disposizione *per relationem* come fatta a titolo di erede, le ricorrenti chiedevano di stabilire che l'oggetto non comprendesse beni ulteriori oltre ai beni mobili espressamente menzionati come oggetto del lascito, se non nelle ipotesi in cui la disposizione fosse stata formulata come ricomprendente la totalità dei beni e capace, dunque, di spiegare la *vis expansiva* in ordine ai beni residui non oggetto di una diversa e specifica disposizione.

2. – La controversia giunta al vaglio della S.C. costituisce un chiaro esempio delle difficoltà che dottrina, giurisprudenza e operatori pratici si trovano quotidianamente a dover affrontare, tutte le volte in cui l'incerta qualificazione di una disposizione testamentaria mette a repentaglio l'individuazione dello statuto disciplinare che meglio si presta a regolarla.



Nel caso di specie, infatti, acquisita la qualificazione della disposizione testamentaria quale *heredis institutio* mediante attribuzione di un bene determinato, ne discende la difficoltà di ricostruire il voluto della disponente, attesa l'atecnicità delle volontà dalla medesima rassegnate nella scheda olografa [1].

Prima di entrare *in medias res*, non è peregrino accennare brevemente a questa peculiare istituzione di erede, ricavabile dall'art. 588, comma 2, cod. civ. [2]. Nell'ipotesi contemplata da tale disposto normativo, infatti, il testatore non determina *apertis verbis* la quota del beneficiario, ma attribuisce un bene in funzione di quota, di guisa che questa possa, comunque, essere individuata attraverso il rapporto tra il valore dei singoli beni e l'intero patrimonio ereditario [3].

L'istituto in discorso riveste un ruolo significativo nell'intera dinamica successoria avente fonte nel testamento, anche alla luce delle molteplici connessioni che lo pone in contatto con altri istituti parimenti rilevanti. Su tutte, merita una particolare menzione, in ragione del notevole indugio ad essa riservata dalla dottrina, la relazione che vive con la "Divisione fatta dal testatore", prevista dall'art. 734 cod. civ. [4].

Non consentendo la presente sede di dar conto di un dibattito tanto complesso quanto

---

[1] Tra i numerosi contributi in materia, v. almeno L. MENGONI, *L'istituzione di erede "ex certa re" secondo l'art. 588, comma 2°, c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 742 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, 6, II, *Successioni*, Torino, 1997, II ed., p. 142 ss.; A. BURDESE, *"Institutio ex re certa" e divisione del testatore (sulla natura dell'atto divisorio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 465 ss.; G. BONILINI, *Institutio ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 532 ss.; V. BARBA, *Istituzione ex re certa e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 53 ss.; L. COVIELLO, *L'istituzione di erede ed il lascito di beni determinati*, in *Foro it.*, 1931, I, 1, c. 1167 ss. Nella letteratura professionale (notarile), per condivisibili rilievi teorici, accompagnati dalle ricadute redazionali, v. M. IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, p. 33 ss.

[2] F. RUGGIERO, *Interpretazione delle disposizioni testamentarie: natura del criterio previsto dal comma 2 dell'art. 588 c.c.,* in *Giust. civ.*, 1973, IV, p. 226. Si consideri anche la Relazione al Codice Civile n. 286, ove si legge quanto segue: «Ai fini dell'assunzione della qualità ereditaria è sufficiente che i beni siano considerati dal testatore come quota del patrimonio. La quota di eredità è la qualificazione giuridica del lascito di una quota del compendio patrimoniale».

[3] In questi termini G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2014, VII ed., p. 7.

[4] Sulla divisione ereditaria, v., almeno, A. MORA, *La divisione. Funzione, natura, effetti, atti equiparati alla divisione*, in *Tratt. dir. succ. e don.* Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 143 ss.; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. it., dir.* F. Vassalli, Torino, 1980, *passim*; G. AZZARITI, *La divisione*, in *Tratt. dir. priv.* P. Rescigno, 6, II, *Successioni*, Torino, 1997, II ed., p. 391 ss.; G. BONILINI, voce *Divisione*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, IV ed., p. 481 ss.; P. FORCHIELLI – F. ANGELONI, *Della divisione*. Art. 713-768, in *Comm. c.c.* A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000, II ed., *passim*.



interessante, basti rammentare che un orientamento abbastanza consolidato e tutto sommato condivisibile, specie perché muove da una disamina ampia e profonda dell'istituto, ravvisa i profili differenziali tra le due fattispecie nella previa istituzione ereditaria che accompagna gli assegni divisionali, diversamente dall'*institutio ex re certa* nella quale vi è istituzione mediata dall'attribuzione, addivenendosi nei fatti a una sovrapposizione tra attribuzione e istituzione [5].

Non meno importanti, anche – e soprattutto – per i fini che qui interessano, sono poi i rapporti con il sistema della successione legittima, di cui agli artt. 565 ss. cod. civ. È evidente che si avranno delle criticità in presenza di lasciti *ex rebus certis* che non abbiano l'attitudine a ricomprendere l'intero patrimonio, di guisa che entrerà in gioco la disciplina suppletiva di legge per quella misura non coperta.

Volendo provare a collocare nel tempo le ragioni che presiedono alle incertezze interpretative che conosce il nostro istituto, verosimilmente esse vanno rintracciate nell'esperienza romanistica.

Nel diritto romano, infatti, l'*institutio ex re certa* ebbe vita non facile, atteso il rigido e marcato formalismo al quale tale sistema era improntato.

Si tenga presente, anzitutto, come tale sistema ammettesse unicamente l'*heres scriptus* (*haeres esto* o *haeres iubeo*), ossia prescriveva l'impiego di precise formule mediante le quali addivenire a un'espressa istituzione, non potendosi pervenire *aliunde* all'investitura ereditaria [6].

In un sistema di tal fatta è difficilmente ipotizzabile la chiamata *ex certa re*, appalesandosi una clausola formulata in tali termini come un semplice legato [7].

Tuttavia, anche in seno a tale esperienza giuridica si comprese ben presto che le ipotesi non risolvibili secondo la dicotomia suddescritta non fossero poi così esigue. Pertanto, si ebbe la consapevolezza che quando la volontà testamentaria risulti ambigua o incompleta, sì da reclamare un intervento volto a chiarire il senso e la portata della dispo-

---

[5] A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A. Cicu e F. Messineo, XLII, 2, *Divisione ereditaria*, Milano, 1958, p. 432; G. BONILINI, Institutio ex re certa *e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 239 ss.

[6] Per un raffronto essenziale con gli istituti di diritto romano, cfr. B. BIONDI, *Successione testamentaria-donazioni*, in *Tratt. dir. rom.*, dir. da E. Albertario, Milano, 1943, X, p. 226 ss.; L. SALIS, *L'istituzione di erede in una cosa determinata*, in *Dir. e giur.*, 1946, 1, p. 82; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1994, IV ed., p. 607 ss.; E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935, p. 144 ss.

[7] Antitesi superata da Sabino ricorrendo al principio secondo il quale «*valet institutio detracta rei certae mentione*». Su tale aspetto si sofferma, in particolare, D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, s. d., ma 1958, V ed., p. 839.



sizione dubbia, diventa possibile andare oltre l'apparente riconduzione al legato per intravedere una chiamata a titolo di erede [8].

Nell'esperienza giuridica domestica, e in particolare nel codice previgente, si assiste alla riproposizione della sistematica romana, smussando però le rigidità intrinseche a tale tradizione giuridica e in concreto ripudiandone l'accentuato. Una chiara testimonianza in tale direzione è offerta dalla distinzione tra l'istituzione di erede e quella di legato, come si evince già da una superficiale lettura degli artt. 760 e 827 [9].

Una diversa traiettoria è stata invece seguita dal legislatore del 1942 [10]. Ed infatti, anche da una superficiale disamina del disposto normativo racchiuso nell'art. 588 cod. civ., è possibile avvedersi del fatto che tale norma contempla tutti gli elementi di novità rispetto al passato, così delineando un diverso statuto disciplinare delle disposizioni testamentarie [11].

Va anzitutto rilevato che nel sistema vigente è irrilevante il *nomen iuris* impiegato dal testatore. Questi, infatti, potrebbe avere scarsa dimestichezza con le categorie giuridiche, giungendo alla loro sovrapposizione o confusione, e si rischierebbe così di vanificare un voluto di per sé irripetibile, in spregio a ogni ragionevole istanza di conservazione della manifestazione di volontà, unicamente per ossequiare una discutibile logica formalistica.

La distinzione tra eredità e legato viene infatti fondata su un criterio oggettivo. Si ha istituzione di erede quando vi sia stata l'attribuzione dell'universalità o di una quota dei beni del testatore. A fronte di una regola che così formulata non sembra suscettibile di deroghe, immediatamente dopo il cpv. dell'art. 588 pone una parziale deroga. Se è vero

---

[8] Così C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1948, II, p. 162 ss.; L. MENGONI, *op. cit.*, p. 759; G. F. BASINI, *"Lasciti" di beni determinati, ed istituzione di erede ex re certa*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 245; S. D'ANDREA, *La* heredis institutio ex certa re, in *Tratt. dir. succ. don.*, dir. da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 230.

[9] Art. 760: «Le disposizioni testamentarie che comprendono l'universalità od una quota dei beni del testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede.

Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario».

Art. 827: «Le disposizioni testamentarie si possono fare a titolo di istituzione di erede o di legato, o sotto qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la volontà del testatore».

[10] Per un raffronto tra codice previgente e attuale, cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano 1952, II ed., p. 364 ss.

[11] Una conferma del fatto che l'istituzione di erede non dipende, come nel diritto romano classico, dalla formale attribuzione del titolo, bensì dalla sostanziale attribuzione dell'universalità o di una quota dei beni, si ha in L. MENGONI, *L'istituzione di erede «*ex certa re*» secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, cit., p. 750, il quale precisa che «la qualità di erede non acquista più un'autonomia logico-funzionale, e si riduce a mera designazione del soggetto che e successo *in locum et ius*»; ID., *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 6.



quanto detto in precedenza, può però darsi il caso in cui il lascito di beni determinati non abbia il significato che saremmo portati ad assegnargli *prima facie*.

A questo punto, si rende necessario dar conto di un aspetto solo apparentemente estraneo alla presente analisi, salvo poi riconoscerne l'indubbia rilevanza nel tema che si sta indagando. La questione, assai discussa in seno alla Commissione chiamata a redigere il libro del Codice civile relativo alle successioni per causa di morte, concerneva l'essenzialità o meno, per l'istituzione di erede, dell'indicazione di una quota numerica (un mezzo, un terzo e via discorrendo), da abbinare al criterio oggettivo scolpito nel comma 1 dell'art. 588. In argomento, autorevole dottrina reputava necessaria una tale precisazione [12]. In direzione opposta si dirigeva altra dottrina, la quale – proprio muovendo dall'attribuzione di bene determinati in funzione di istituzione ereditaria – affermava che la determinazione aritmetica ben potesse farsi *ex post*, ossia potesse giungersi a ciò al tempo dell'apertura della successione [13].

Andando oltre nella disamina della fattispecie dell'*institutio ex re certa*, va detto che in essa concorrono due elementi, uno obiettivo e l'altro soggettivo. Il primo è costituito dall'attribuzione di uno o più beni determinati o da un complesso di beni determinato. Il secondo, invece, è rappresentato dall'intenzione di assegnare i beni determinati come quota del patrimonio.

Dei predetti elementi, è intuitivamente quest'ultimo a originare le maggiori criticità. La principale criticità risiede nello stabilire cosa debba intendersi per "intenzione" del testatore. Al riguardo, non pare allo stato sostenibile la posizione, molto radicata nella dottrina meno recente [14], secondo cui l'*intentio* si correla alla consapevolezza da parte del testatore delle conseguenze connesse all'istituzione ereditaria. Sul punto, basti semplicemente ricordare che il testatore medio ignora anche i basilari profili disciplinari di eredità e legato.

Appare preferibile come criterio dirimente, come si afferma anche in giurisprudenza [15], il riferimento a una quota, sì da desumere che le *certae res* sono intese dal testatore

---

[12] C. GANGI, *I legati*, Roma, 1908, p. 48 ss.

[13] L. COVIELLO, *Successioni. Parte generale*, Napoli, 1935, p. 16. In giurisprudenza, Cass., 9 gennaio 1929, in *Giur. it.*, 1929, I, 1, p. 386.

[14] S. PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. c.c.*, a cura di M. D'Amelio-E. Finzi, p. 494 ss.; G. GAZZARA, *Dell'istituzione di erede* ex re certa, in *Ann. Messina*, 1968, I, p. 118 ss.

[15] In giurisprudenza, v. almeno Cass., 18 gennaio 2007, n. 1066, in *Vita not.*, 2007, 1, p. 207, ove si legge: «In tema di interpretazione del testamento, l'*institutio ex re certa* configura, ai sensi dell'art. 588 cod. civ., una successione a titolo universale nel patrimonio del *de cuius* qualora il testatore, nell'attribuire determinati beni, abbia fatto riferimento alla quota di legittima spettante all'istituito, avendo in tal modo inte-



in relazione all'intero patrimonio. Non si tratta, allora, di staccare detti beni dal tutto, ma di considerarli come una componente dell'intero.

Quanto sin qui detto non smentisce la necessità di indagare il volere dell'ereditando nel concreto, andando alla ricerca della sua effettiva volontà, per appurare se la stessa sia rivolta all'attribuzione del bene *uti singuli* – e quindi come legato –, ovvero in funzione di quota, quando cioè il bene esprime una chiamata ereditaria del beneficiario, la cui misura è data dal rapporto tra il valore del bene attribuito e l'universalità dei beni relitti dal *de cuius*.

Le incertezze ricostruttive succintamente accennate in ordine all'*institutio ex re certa* si correlano anzitutto alla stessa collocazione codicistica dell'art. 588, comma 2, cod. civ. [16], al quale spetta inevitabilmente il compito di specificare la regola generale contenuta al comma 1 della medesima norma [17].

Se, infatti, tale ultimo disposto delinea la *summa divisio* delle disposizioni testamentarie in eredità e legato, affermazione a tratti apodittica là dove si consideri l'evoluzione dottrinale raggiunta in tema di onere, e più precisamente la ricostruzione di tale ultimo istituto in termini di negozio autonomo piuttosto che di clausola accessoria [18], il cpv.

---

so considerare i beni come una frazione rappresentativa dell'intero patrimonio ereditario»; Cass., 12 luglio 2001, n. 9467, in *Riv. not.*, 2002, p. 1245, ove si legge: «Al fine di distinguere tra disposizioni testamentarie a titolo universale – che, indipendentemente dalle espressioni e dalle denominazioni usate dal testatore, sono attributive della qualità di erede – e disposizioni a titolo particolare – che, invece, attribuiscono la sola qualità di legatario – il giudice deve compiere sia un'indagine di carattere oggettivo riferita al contenuto dell'atto, sia un'indagine di carattere soggettivo, riferita all'intenzione del testatore. Ne consegue che soltanto a seguito di tale duplice indagine – che è di competenza del giudice di merito e i cui risultati non sono censurabili in sede di legittimità se congruamente motivati – può stabilirsi se attraverso l'assegnazione di beni determinati il testatore abbia inteso attribuire una quota del proprio patrimonio unitariamente considerato (sicché la successione in esso è a titolo universale) ovvero abbia inteso escludere l'istituzione nell'universum ius (sicché la successione è a titolo di legato)».

[16] Nel senso che si tratti di norma eccezionale, L. MENGONI, *L'istituzione di erede «*ex certa re*» secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, cit., p. 758 e ID., *La divisione testamentaria*, cit., p. 16 ss., per il quale solo nel caso di lascito di beni determinati sarebbe possibile un'indagine, altrimenti esclusa, della volontà del disponente. Pertanto, questo A. e gli altri che sostengono tale posizione, concludono nel senso che nel dubbio, prevalendo il precetto di cui al comma 1, la disposizione testamentaria va intesa come legato. In termini analoghi anche G. BOMBARDA, *Osservazioni in tema di norme date dal testatore per la divisione, divisione fatta dal testatore e disposizione dei conguagli*, in *Giur. it.*, 1975, IV, c. 120, la quale considera il comma 2 di carattere suppletivo. Parimenti, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, IX ed., Milano 1962, p. 46. *Contra*, L. BIGLIAZZI GERI, *Il contenuto del testamento*, in Aa.Vv., *Tratt. dir. priv.* P. Rescigno, VI, *Successioni*, 2a ed., Torino 1997, p. 67.

[17] In tal senso A. TRABUCCHI, *Nota a Cass. 23 marzo 1963, n. 737*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, p. 191; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali.* Artt. 587-590, in *Cod. civ. Comm.*, fond. Da P. Schlesinger e dir. da F.D. Busnelli, Milano, 2005, p. 168.

[18] In tema, v., almeno, M. GIORGIANNI, *Il* modus *testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 889



dell'art. 588 letteralmente si limita a stabilire che quando il lascito abbia ad oggetto un bene determinato non è detto che vada ricondotto al legato, ove il disponente intenda attribuire tale bene come quota dell'intero patrimonio, con ciò evidenziando le difficoltà qualificatorie dinanzi alle quali è posto l'interprete.

3. – Si è già detto che l'art. 588 cod. civ. consta di due commi [19]. Il primo statuisce che le disposizioni testamentarie che comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore attribuiscono la qualità di erede indipendentemente dalle espressioni in concreto adoperate. Il secondo chiarisce, invece, che l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non fa venir meno la natura di disposizione a titolo universale «quando risulti che il testatore abbia inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio». Quando si discorre di c.d. *institutio ex re certa* – come si è già avuto modo di intendere – si vuole alludere proprio a tale disposto normativo, la cui comprensione, anche solo considerando quanto sinora detto, non è per niente agevole.

La natura giuridica di tale figura, anche a motivo della sua collocazione all'interno della sistematica codicistica, è niente affatto pacifica.

Secondo una robusta linea di pensiero, in particolare, nella disposizione in esame sarebbe recata una norma interpretativa [20]. In altri termini, il cpv. dell'art. 588 cod. civ. presenterebbe una valenza esegetica, dal momento che la norma ivi recata avrebbe lo scopo di aiutare l'interprete a stabilire il regime disciplinare al quale assoggettare la disposizione formulata in maniera ambigua [21].

Una tale ricostruzione si giova anzitutto del significato comune attribuibile a un tale

---

ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, IX ed., Milano, 1957, p. 595 ss.; U. CARNEVALI, voce *Modo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 686 ss.; ID., *La donazione modale*, Milano, 1969; M. LUPO, *Il* modus *testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 394 ss.

[19] Discorre di continuità tra le previsioni contenute ai commi 1 e 2 dell'art. 588, V. CUFFARO, *Art. 588*, in AA.VV., *Comm. Gabrielli*, *Delle Successioni*, vol. 2, *artt. 565-712*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino 2010, p. 180 ss.

[20] S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali.,* cit., p. 182; G. AMADIO, *L'oggetto della disposizione testamentaria,* in P. Rescigno (diretto da), *Tratt. breve succ. e don.*, Padova, 2010, p. 961 ss.

[21] Nel senso che non si tratti di una norma di interpretazione, quanto di una norma sull'interpretazione è V. BARBA, *Istituzione* ex re certa *e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 55. Considera tale disposto normativo una norma speciale sull'interpretazione F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano 1972, p. 98 ss., il quale, però, a p. 43, chiarisce che adopera tale espressione unicamente per designare le norme diverse dalle generali e prive della attitudine di espandere il proprio ambito di applicazione oltre gli istituti per la cui disciplina sono previste. La loro applicazione non può concorrere con le norme generali, dipendendo esclusivamente dalla presenza degli elementi della fattispecie.



fraseggio normativo e parrebbe suffragata, tra l'altro, dalla collocazione sistematica della medesima tra le disposizioni generali delle successioni testamentarie [22]. Non si è mancato di notare, inoltre, che la posizione della norma, appunto affidata al capoverso dell'art. 588, avrebbe l'ulteriore obiettivo di precisare – come sopra anticipato – l'effettiva portata del comma 1.

Insomma, il cpv. dell'art. 588 cod. civ. verrebbe in rilievo quale strumento capace di soccorrere l'interprete tutte le volte in cui le volontà siano formulate in modo controverso, tenuto conto del fatto che tali volontà – non più ripetibili quando il disponente sarà tolto al mondo dei vivi – resterebbero altrimenti inattuate, stante il *deficit* di chiarezza che le connota. Seguendo tale orientamento, allora, diventa centrale la ricerca della reale intenzione del testamento, potendo la medesima indirizzarsi in una direzione diversa da quella verso la quale conduce la proposizione linguistica usata.

4. – Per comprendere l'*iter* logico-giuridico intrapreso dai giudici di legittimità nella sentenza in commento, si rende necessario stabilire le sorti dei beni non considerati nel testamento, vuoi perché deliberatamente non tenuti in conto dall'ereditando, vuoi perché sopravvenuti alla *testamenti factio*.

Prima di arrivare a ciò, è però opportuno dar conto delle posizioni che si riscontrano in dottrina in ordine a tale tematica.

Ad avviso di una robusta linea di pensiero, che fa leva principalmente sul dettato dell'art. 457, comma 2, cod. civ., per tali beni si dovrebbe aprire la successione legittima [23], senza però computare tra i successibili i soggetti istituiti eredi *ex re certa* [24],

---

[22] A. BURDESE, *«*Institutio ex re certa*» e divisione testamentaria (Sulla natura dell'atto divisorio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 466, individua l'elemento oggettivo della fattispecie nella considerazione di cose determinate e non di una data quota astratta.

[23] Per G. GAZZARA, voce *Divisione ereditaria*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 436, il ricorso alla successione legittima opera a prescindere dalla individuazione degli eredi, dal momento che ha esclusivo riguardo all'assenza nel testamento di specifiche disposizioni o indicazioni per la materiale attribuzione dei beni non divisi.

[24] G. CARAMAZZA, *Delle successioni*, in *Comm. teorico-pratico al codice civile*, V. DE MARTINO (diretto da), Torino, 1973, p. 32. Secondo l'A., atteso che nel caso di *institutio ex re certa*, «non è mai possibile, per definizione, individuare in quale quota, secondo la *mens testantis*, è istituito l'erede», potendosi, «solo *a posteriori*» stabilire l'entità della quota, ponendo in rapporto il valore dei beni attribuiti con quello dell'intero asse, resta allora ferma «la vocazione degli eredi legittimi nella parte residua dell'asse ereditario». Analogamente, D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, A. Liserre-G. Floridia (a cura di), Torino, 1988, p. 1157: «scoprendosi un nuovo cespite ereditario, non è che questo si aggiunga, *pro indiviso* e *pro quota*, all'acquisto della *res certa*, ma di questa automaticamente si riduce la proporzione di quota rispetto



quand'anche essi rientrassero nel novero dei chiamati *ex lege*. Alla base di tale posizione vi è la convinzione che l'istituzione mediante attribuzione di un bene determinato funga da limite. In altre parole, si intende dire che l'erede *ex re certa* è legittimato a succedere unicamente nel rapporto giuridico concernente il bene oggetto della disposizione, non avendo perciò alcun diritto a concorrere nel riparto dell'eventuale residuo.

Una seconda impostazione, invece, ritiene che detti beni spettino

agli eredi testamentari, adducendo a sostegno di tale posizione il principio della virtù espansiva, che impregna di sé l'istituzione ereditaria [25]. Per i sostenitori di tale tesi, invero, l'*institutio ex re certa* è al contempo limite e quota, sì che sul residuo si riproducono le proporzioni emergenti dalle istituzioni, a prescindere dal fatto che il testatore abbia disposto delle istituzioni ereditarie in quote astratte ovvero delle chiamate ereditarie mediante attribuzione di un bene determinato.

Infine, è da segnalare una posizione che potremmo definire intermedia, a mente della quale per i beni non considerati nel testamento si ha l'apertura della successione legittima. Quest'ultima, chiamata a integrare una delazione testamentaria nei fatti incompleta, prevede che al riparto dei beni ignorati o sopravvenuti concorrano anche gli istituiti *ex re certa*, sempre che essi siano ricompresi nel novero dei successibili *ex lege* [26].

5. – La sentenza in commento pone nuovamente la S.C. dinanzi alla controversa questione della portata da assegnare all'art. 588, comma 2, cod. civ. Ciò avviene a poco più di un anno da un arresto delle Sezioni Unite che sembrava poter definitivamente diradare le incertezze ricostruttive che agitavano la materia *de qua* [27].

---

all'asse ereditario integrato del nuovo cespite (…). La risoluzione opposta è da respingere perché, senza alcuna ragione, mette il rapporto di quota non già fra il *bene* e *l'asse* (o patrimonio, come dice il codice) *qual esso è oggettivamente*, ma fra il *bene* e *l'asse quale viene conosciuto* in un dato momento».

A suffragio di tale posizione si è anche evocato l'istituto dell'accrescimento, regolato dagli artt. 674 ss. cod. civ. Tale rinvio non appare proficuo. Infatti, la vis espansiva costituisce un corollario della qualità di erede, l'accrescimento costituisce invece un peculiare profilo della virtù (o vis) espansiva e la sua operatività è subordinata alla ricorrenza di alcuni specifici requisiti previsti dalla legge.

[25] Tale aspetto è ben rimarcato da G. PERLINGIERI, Heredis institutio ex re certa*, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 codice civile*, in *Studi in onore di Giovanni Gabrielli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 8, il quale, al fine di confermare l'identità dello statuto disciplinare dell'erede, quale che sia la modalità della sua chiamata, invoca la norma costituzionale che pone il c.d. principio di eguaglianza.

[26] In questi termini, G. BONILINI, *Institutio ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, cit., p. 248 ss.

[27] Il riferimento è a Cass., Sezioni Unite, 28 giugno 2018, n. 17122, in *Fam. dir.*, 2019, 4, p. 392 ss., con



La S.C., con la pronuncia che si annota, la quale risulta di non facile intelligibilità se non posta in correlazione con i precedenti della stessa Corte ai quali è fatto rinvio, rimarca come l'*institutio ex re certa* non attribuisca all'istituito la qualità di un unico erede. Si comprende, dunque, perché quando non sia contemplata la totalità dei beni ciò non comporti *de plano* l'attribuzione dei beni non considerati nell'*institutio* all'istituito.

Insomma, l'attribuzione di un bene determinato a titolo di eredità esprime il senso di una chiamata in una quota del patrimonio, ma ciò non toglie che laddove non sia possibile ricostituire la c.d. unità, cioè il complesso delle disposizioni formulate dal testatore non esaurisce il compendio ereditario, opererà la disciplina suppletiva della successione legittima di cui all'art. 457, comma 2, cod. civ. [28].

Una tale conclusione è per così dire necessitata dall'incompletezza della volizione testamentaria, la quale reclama perciò la supplenza della disciplina legale.

Tuttavia, dopo questi passaggi che (solo) apparentemente ampliano l'ambito di applicabilità delle norme in tema di successione legittimità, la S.C. chiarisce la propria posizione – con ciò fugando ogni possibile rilievo di contraddizione – rifacendosi ad alcuni dei suoi più recenti e significativi arresti.

La disciplina della successione legittima, come è noto, interviene in presenza di una delazione testamentaria non autosufficiente perché incompleta. È questo, ad esempio, il caso che ricorre quando il testatore effettua delle istituzioni ereditarie limitate a una frazione numerica dell'eredità, senza però disporre dell'intero, o ancora il caso in cui la scheda testamentaria contenga unicamente dei legati, sì che sarà la legge a individuare l'erede.

Ne discende, pertanto, che, tanto in caso di quote istitutive determinate aritmeticamente, tanto in caso di *institutiones ex certis rebus* ai sensi dell'art. 588, comma 2, cod. civ., ove non venga ricostituita l'unità vi sarà spazio per il concorso della successione legittima con la successione testamentaria, in linea con il disposto dell'art. 457, comma 2, cod. civ.

---

nota di M. BOSELLI, *La* vis espansiva *dell'*institutio ex re certa, *e il legato di usufrutto generale, in relazione allo* ius sepulchri. La vicenda che fa da sfondo alla sentenza è la seguente: con testamento olografo Tizio lasciava alla moglie Caia l'usufrutto e ai cugini Mevio e Sempronio la nuda proprietà di tutti i suoi beni, onerando l'una e gli altri di costruire un sepolcro su di un lotto di cui era concessionario. Realizzato il sepolcro e deceduta Caia, i cugini ormai pieni proprietari intraprendono un'azione giudiziaria contro Filana, alla quale Caia aveva legato il detto sepolcro.

[28] Orientamento accolto, fra i molti, da L. MENGONI, *L'istituzione di erede "ex certa re" secondo l'art. 588, comma 2°, c.c.*, cit., p. 767. Per la giurisprudenza di legittimità, v. almeno Cass., 23 marzo 1963, n. 737, in *Giur. it.*, 1964, I, p. 185 ss., con nota di A. TRABUCCHI, *Nota a Cass. 23 marzo 1963, n. 737*; Cass., 9 febbraio 1977, n. 574, in *Mass. Giur. it.*, 1977, p. 135 ss.



Ma una tale asserzione va necessariamente posta in relazione con il principio della *vis espansiva* della delazione ereditaria, ribadito in più di un'occasione dal giudice di legittimità [29].

Tale principio si caratterizza per il fatto di unificare gli statuti disciplinari dell'erede, sia quando questi sia chiamato all'eredità in una quota determinata, sia quando venga istituito erede mediante l'attribuzione di un bene determinato ai sensi dell'art. 588, comma 2, cod. civ. In altre parole, la sorte dei beni non contemplati nella scheda testamentaria non tollera diversificazioni a seconda della tipologia di chiamata ereditaria. Ma v'è di più. Ciò sta a significare, altresì, che l'acquisto dell'istituito *ex re certa* non è di *default* circoscritto alla singola *res* attribuita come quota, esprimendo un'attitudine a ricomprendere il residuo, ove non consti una contraria volontà.

Volgendo alle conseguenze applicative di quanto appena rilevato, nel caso di specie l'apertura della successione legittima si deve al fatto che nel testamento non si rinviene una disposizione che lasciasse presagire la volontà della testatrice di ricomprendere l'*universum ius*. Quest'ultima si è infatti limitata a disporre della metà dell'immobile e dei propri beni mobili, lasciando aperta l'annosa questione della sorte della residua quota di comproprietà immobiliare.

L'*iter* seguito dal giudice di legittimità sembra potersi ricondurre a quell'autorevole orientamento [30] che *in subiecta materia* suggerisce di distinguere l'ipotesi di consapevole omissione di alcuni beni dal testamento dall'ipotesi in cui il testatore ne ignorasse la titolarità, vuoi perché veramente ignaro di esserne il titolare, vuoi perché acquistati successivamente alla redazione del testamento. La prima ipotesi apre le porte alla successione legittima, mentre nella seconda andrebbe indagata la volontà del testatore.

Pare invero preferibile la posizione della dottrina più recente che sottolinea come appaia incongruo effettuare un tale distinguo. Si osserva, infatti, che una volta appurata la

---

[29] Il riferimento è a Cass., 11 giugno 2015, n. 12158, in *Dir. e giust*., 2015, 23, p. 71 ss., con nota di D. ACHILLE, Institutio ex re certa: *sì alla forza espansiva per i beni non compresi nel testamento*; in *Fam. dir.*, 2016, 3, p. 250 ss., con nota di F. MASTROBERARDINO, Institutio ex re certa *e divisione disposta dal testatore*. Nella massima di tale sentenza si legge infatti che: «In tema di delazione dell'eredità, non ha luogo la successione legittima (nella specie, per la somma risultante da un credito su un conto corrente intestato al de cuius, non oggetto di legato) agli effetti dell'art. 457, secondo comma, cod. civ., in presenza di disposizione testamentaria a titolo universale, sia pur in forma di istituzione ex re certa, tenuto conto della forza espansiva della stessa per i beni ignorati dal testatore o sopravvenuti».

[30] Sui rapporti tra successione legittima e testamentaria, nel senso della prevalenza di quest'ultima, v. per tutti A. PALAZZO, *Le successioni*, I, Milano, 2000, p. 1.



volontà del testatore di attribuire un dato bene in funzione di quota, o come chiamata *in universum ius* dell'unico soggetto istituito, è privo di una valida giustificazione non far discendere da codesta qualificazione tutti gli effetti che l'ordinamento le ricollega, *in primis* la *vis espansiva* [31].

6. – In conclusione, la sentenza in epigrafe offre una buona occasione per meditare un istituto sempre gravido di criticità e al contempo di suggestioni. I rilievi della S.C. paiono favorire un'*actio finium regundorum* con cui delimitare i confini tra istituzione ereditaria in quote astratte e mediante attribuzione di beni determinati. Più in generale, però, essa permette di fermare l'attenzione sul fatto che in entrambi i casi i principi identificativi sono i medesimi [32], a nulla rilevando la diversa modalità di estrinsecazione della chiamata ereditaria.

La S.C. – indirettamente ma non troppo – riafferma la centralità del procedimento ermeneutico [33]. Attraverso di esso, ricorrendo a criteri extratestuali nel caso in cui questi ultimi risultino funzionali a decifrare le volontà testamentarie [34], allo scopo di evitare che

---

[31] In questi termini A. TRABUCCHI, *Nota a Cass. 23 marzo 1963, n. 737*, cit., p. 186.

[32] M.C. TATARANO, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ.* CNN, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 364.

[33] Sull'interpretazione del testamento, almeno, P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli 1952. Per una sintesi R. CARLEO, *L'interpretazione del testamento*, in *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, a cura di N. Irti, Padova 2000, p. 539 ss. e ID., *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. dir. succ, e don.* Bonilini, II, *La successione testamentaria*, cit., p. 1475 ss.; G. BARALIS, *L'interpretazione del testamento*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, vol. I, cit., p. 927 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *La volontà nel testamento e l'interpretazione*, in AA.VV., *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VI, cit., p. 77 ss.

[34] Ammettono il ricorso a criteri extratestuali, *ex aliis*, A. BURDESE, *«*Institutio ex re certa*» e divisione testamentaria (Sulla natura dell'atto divisorio)*, cit., p. 466; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, cit., p. 378; P. TRIMARCHI, *Interpretazione del testamento mediante elementi a esso estranei*, cit., c. 445 ss.; L. MENGONI, *L'istituzione di erede «*ex certa re*» secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, cit., p. 759; L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 17 ss.; F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-GIU. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazione*, cit., p. 495 ss.; G.F. BASINI, *"Lasciti" di beni determinati ed istituzione di erede* ex re certa, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 245; F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, cit., p. 100 ss.; R. CARLEO, *L'interpretazione del testamento*, cit., pp. 1517-1525; G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 273 ss.; A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione testamentaria*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. III, Padova 1950, p. 688 ss., il quale ammette il ricorso al dato extratestuale, purché sia volto a interpretare un testo e non a ricercare una volontà presunta; P. TRIMARCHI, *Interpretazione del testamento mediante elementi a esso estranei*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 445 ss. Rimarca, invece, il primato del testo, N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano 1967, p. 37.



un voluto di per sé irripetibile venga piegato all'ambiguità del testo [35], è possibile giungere a ricostruire il programma successorio congegnato dal *de cuius*, sopperendo così alle lacune che lo caratterizzano.

[35] L'interpretazione testamentaria affaccia più di una criticità. Efficacemente osserva V. BARBA, *La nozione di disposizione testamentaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 987, che «la fragilità del dato letterale sta in ciò: nell'interpretazione della disposizione testamentaria deve aversi riguardo, qualunque sia il linguaggio, comune (espressione) o tecnico (denominazione), usato dal testatore, al loro comprendere l'universalità, o una quota dei beni ereditari».