JUS CIVILE

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



6-2021

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

L'equilibrio contrattuale nella rinnovata interpretazione dinamica evolutiva [*]
di *Gerardo Villanacci* 1642

La trasmisión de los datos de carácter personal del consumidor para la adquisición de servicios y contenidos digitales [*]
di *Angela La Spina* 1663

Prospettive di regolamentazione del concorso tra responsabilità da inadempimento e responsabilità aquiliana alla luce del progetto di revisione del codice civile [*]
di *Massimo Gazzara* 1688

El reembolso anticipado del crédito al consumo entre los principios dictados por el Tribunal de Justicia europeo y las novedades introducidas por el *decreto Sostegni bis* [*]
di *Veronica Bongiovanni* 1704

Una ricognizione sulla successione dell'impresa familiare nei paesi di lingua tedesca [*]
di *Martina D'Onofrio* 1733

Illecito endofamiliare e danno da privazione del rapporto affettivo genitore-figlio [*]
di *Vincenza Cinzia Meccola* 1753

pag.

[*] Contributo sottoposto a revisione.

[*] Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE



pag.

Giurisprudenza

Patto di famiglia e liquidazione dei non assegnatari: nota a Cass., 24 dicembre 2020, n. 29506 *

Cass. civ., sez. V, 24 dicembre 2020, n. 29506 1777

di *Giovanni Passagnoli* 1795

L'usurarietà degli interessi moratori. Considerazioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite 18 settembre 2020, n. 19597 *

Cass. civ., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597 1805

di *Pierluigi Mazzamuto* 1830

Possesso «non clandestino» e possesso «occulto» nell'usucapione di opera d'arte: qualche riflessione di arte e diritto a margine di un recente orientamento della Corte di Cassazione *

Cass. civ., sez. II, sent. 14 giugno 2019, n. 16059; Cass. civ., sez. II, ord. 30 aprile 2021, n. 11465 1851; 1856

di *Andrea Montanari* 1860

Pericolosità dei farmaci, danno da prodotto difettoso e rischi per la salute del consumatore tra regolazione del mercato e tutela della persona. Note in margine a Cass., 10 maggio 2021, n. 12225 *

Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2021, n. 12225 1877

di *Maria Cimmino* 1888

Verifica del merito creditizio e tutele del consumatore *

Corte di Giustizia UE, sez. II, sent. 5 marzo 2020, C-679/18 1928

di *Alberto Azara* 1941

Trasparenza e abusività delle clausole di indicizzazione degli interessi *

Corte di Giustizia UE, Grande sez., sent. 3 marzo 2020, C-125/18 1957

di *Valerio D'Alessandro* 1978

JUS CIVILE



pag.

Buono postale fruttifero cointestato e la clausola di «pari facoltà di rimborso»: a proposito di Cass., sez. I, 13 settembre 2021, n. 24639 *

Cass. civ., sez. I, 13 settembre 2021, n. 24639 1990

di *Carla Failla* 1995

Decontamination of the polluted site between spontaneous activation of the non-polluting owner and polluting subject's "pure causality" liability (note to judgement Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 2019, n. 1573) *

Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 2019, n. 1573 2021

di *Edoardo Pellegrino* 2032

Recensioni

D. FAUCEGLIA, *I mercati regolati e l'integrazione dei contratti di impresa, in Quaderni della rassegna di Diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, Esi, 2021, 416 pp.

di *Oberdan Tommaso Scozzafava* 2047

Osservatorio sul Diritto della famiglia

Che ne resta della separazione legale come causa di divorzio? *

di *Leonardo Lenti* 2051

JUS CIVILE



GERARDO VILLANACCI

Professore ordinario di Diritto privato – Università Politecnica delle Marche

L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE NELLA RINNOVATA INTERPRETAZIONE DINAMICA EVOLUTIVA

SOMMARIO: 1. *L'emergenza sanitaria che ha acuito la irrisolta conflittualità tra le fonti. – 2. Contemporaneità sociale ed economica quali criteri necessari ad un'interpretazione conforme a Costituzione. – 3. L'attività interpretativa sempre più protagonista anche nella giurisprudenza internazionale. – 4. Le peculiarità proprie dell'interpretazione giuridica. – 5. Interpretazione evolutiva delle sopravvenienze contrattuali. – 6. Verso una nuova concezione dell'equilibrio contrattuale. – 7. Elementi esterni ma rilevanti per l'equilibrio contrattuale. – 8. Il lungo e travagliato percorso della rinegoziazione da ipotesi speciale ad applicazione generale. – 9. La tecnica interpretativa nella crisi sanitaria in corso. – 10. Il contenuto del nuovo accordo sulla base dei valori caratterizzanti quello originario. – 11. La rinegoziazione nel contesto dell'attualità internazionale.*

1. – È un dato incontrovertibile che l'emergenza sanitaria causata dalla esplosione dell'epidemia, alla quale è stato assegnato l'enigmistico nominativo di COVID-19 (Coronavirus Disease 19), ha considerevolmente acuito le problematiche già esistenti a partire da quelle economiche a quelle sociali fino a quelle giuridiche le quali hanno posto nuovi interrogativi agli interpreti del diritto.

Questioni che già in passato erano state oggetto di complessi e frequentemente astratti dibattiti, sono improvvisamente e inopinatamente divenute centrali per la risoluzione di casi concreti. Tra questi la irrisolta conflittualità tra le fonti e la loro gerarchia che a causa delle parziali e largamente inattuate riforme costituzionali degli ultimi decenni, non è stato possibile dirimere attraverso criteri interpretativi sistematici. Nella oggi più che mai palesata incertezza che le riforme non sono state risolutive e che la insostenibile ed incessante produttività legislativa non di rado è risultata caratterizzata da contraddittorietà e illogicità, un punto fermo sono i principi e i valori espressi dalla Carta Costituzionale [1]

[1] Cfr. P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, ESI, 2006.



i quali, tuttavia, essendo privi di indicazioni comportamentali volte a preordinare obblighi e divieti, non possono essere sussunti in schemi preordinati essendo, tra l'altro, in continua relazione dialettica tra di loro nella quale si inseriscono, determinandone la priorità gerarchica, elementi estemporanei.

In linea di massima è la Costituzione stessa a fissare criteri di maggiore rilevanza dei principi e valori; ad esempio la limitazione alla circolazione per motivi sanitari (art. 16 Cost.) implica che la tutela della salute della popolazione o anche la sua incolumità, prevalgano sulla libera circolazione in quanto non possono essere compromessi da persone portatrici di malattie contagiose. Nondimeno la libertà di circolare, attenendo al rapporto della persona con il territorio, è assistita da una riserva rinforzata di legge in caso di una sua contrazione conseguente all'esercizio della sovranità statale, cosicché le restrizioni possono essere imposte soltanto in via generale e imprescindibilmente giustificate da ragioni di sanità e di sicurezza.

2. – Pur tuttavia è alquanto frequente che il rapporto gerarchico tra principi e valori debba essere delineato sulla base di presupposti di contemporaneità sociale ed economica, anche se comunque nella scia di un'interpretazione conforme alla Costituzione, della cui capacità di adattamento alle esigenze e prerogative della società non è dato di dubitare [2]. D'altra parte l'indeterminatezza, la genericità e la semplicità espositiva delle disposizioni costituzionali si prestano ad una loro interpretazione piegata ai continui cambiamenti per giungere ad una specificità volta a rispondere in maniera esaustiva ai quesiti posti, anche se ciò è possibile soltanto attraverso una preventiva verifica dell'attualità del significato delle espressioni utilizzate che nel tempo potrebbero aver acquisito una diversa accezione rispetto a quella originaria.

In tal modo il giudice, che è tenuto al rispetto dell'interpretazione conforme alla Costituzione, si trova a dover scegliere tra un profilo sostanziale, tenendo conto dell'evoluzione sociale, oppure meramente formale. In linea di massima vi è la propensione per una interpretazione evolutiva nei casi in cui, come per l'ambiente, si tratti di materie ancora in fase di costruzione funzionale, così da consentire una tutela anche ai diritti nascenti, mentre nei casi relativi a tematiche oggetto di conflitto inerente le modifiche legislative che le sorreggono, si preferisce un'interpretazione attinente al dato letterale.

Sarebbe tuttavia ingiustificato non considerare che talvolta l'interpretazione conforme

[2] P. PERLINGIERI, *Appunti di "teoria dell'interpretazione"*, lezioni raccolte a cura di P. Perlingieri, 1970.



a Costituzione si pone in palese divergenza con il diritto vivente fino a giungere, in alcuni casi, ad incrinare il rapporto tra la legalità costituzionale e le indicazioni giurisprudenziali prevalenti. Una criticità che inevitabilmente si riverbera sul sistema economico inasprendo al contempo il conflitto mai risolto tra la Corte Costituzionale e quella di Cassazione in merito all'espletamento della funzione nomofilattica legittimamente rivendicata da quest'ultima [3].

A ciò si aggiunga che è in evidente aumento la demotivazione al ricorso al giudizio in via incidentale, in ragione delle sempre più frequenti dichiarazioni della Corte Costituzionale di manifesta inammissibilità delle questioni di incostituzionalità sottoposte al suo vaglio. Dette decisioni si può supporre vengano assunte sul presupposto che anziché risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, vi sia il tentativo di consentire alla questione sollevata di ricevere un avallo ad una determinata interpretazione [4].

In definitiva ciò che si censura è che prima di formulare il rilievo di incostituzionalità non sia stata neanche tentata una interpretazione della legge in modo che possa risultare costituzionalmente orientata.

---

[3] Cfr P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, CEDAM, 1972. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, 1971; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1953; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, 2005, il quale sostiene che il ricorso a tale pratica può comportare l'affermarsi di nuovi approdi giurisprudenziali che tuttavia corrono il rischio di essere poi censurati ovvero riformati nelle successive istanze di giudizio in quanto ritenuti in palese difformità con l'orientamento giurisprudenziale consolidato. Nondimeno in tal modo il Giudice delle Leggi dà luogo a decisioni che esulano dalla sua funzione preminente, vale a dire pronunciarsi sulla conformità costituzionale della norma adita al fine di scongiurare danni a beni costituzionalmente garantiti.

[4] Sul punto si assiste sempre più frequentemente a decisioni della Corte Costituzionale che si limitano a rigettare la questione di ammissibilità costituzionale in forza del mancato esperimento da parte del giudice *a quo* del "tentativo di interpretazione conforme a Costituzione" ovvero rilevando la carenza di un'adeguata motivazione dalla quale si possa desumere che quest'ultimo abbia comunque tentato di addivenire ad un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata. In tal senso valga considerare Corte cost., 22 novembre 2017, n. 266, in *Consulta online*, 2017 attraverso la quale la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 102, comma 2, cod. proc. civ., in riferimento all'art. 3 Cost. nella misura in cui detta disposizione comporta un'irragionevole disparità di trattamento non riconoscendo in capo al difensore sostituto nominato per delega, al contrario di quanto avviene per quello sostituto nominato ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. civ. in sostituzione del difensore d'ufficio il diritto alla liquidazione erariale, ha rigettato la questione sul presupposto che il rimettente ha esperito il giudizio incidentale di legittimità costituzionale "*all'improprio scopo di ottenere un avallo dell'interpretazione della disposizione censurata, che egli prospetta come conforme a Costituzione*". Ancora più di recente, la Corte cost., 23 maggio 2019, n. 151, in Cortecostituzionale.it 2019 ha dichiarato manifestamente non ammissibile la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, l.r. Sicilia, 11 agosto 2016, n. 17 relativa alla procedura di nomina e di cessazione dall'incarico degli organi comunali, per contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto la questione poteva essere risolta attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata da parte del giudice rimettente.



Tra le conseguenze possibili si consideri quella non certo secondaria dell'abuso di interpretazioni conforme alla Costituzione che paradossalmente è determinata proprio dalle implementate chiusure della Corte Costituzionale.

3. – In questo fermento culturale prima ancora che giuridico, l'attività interpretativa è sempre più protagonista del diritto anche a livello internazionale, in ragione della maggiore incidenza e rilevanza dei Trattati.

La globalizzazione ha determinato tra le altre cose, rapidi cambiamenti dei quali il diritto deve tener conto per mantenere la necessaria connessione con la realtà nella consapevolezza delle limitazioni poste dalla complessità del meccanismo di produzione legislativa. Ecco quindi che il contrasto all'obsolescenza normativa non può che attuarsi attraverso un metodo interpretativo che lasciando immutata la disposizione legislativa, la attualizzi conferendole un significato di maggiore contemporaneità. Tuttavia non sussiste ancora una univoca definizione e neppure un'analisi dettagliata sui presupposti teorici del concetto di interpretazione evolutiva. Una carenza di uniformità che ha dato luogo a differenti modalità applicative dello stesso con il quale, ad ogni modo, è comunque possibile individuare un modello schematico di base ove vi è sempre un fattore esterno che determina la necessità di un'interpretazione evolutiva e contestualmente il referente oggetto della stessa, cioè a dire l'originaria intenzione delle parti che potrebbe anche essere superata se ritenuta oramai priva di qualsiasi rilevanza fattuale [5].

4. – Mancando una legislazione al passo con le nuove esigenze sociali ed economiche, l'unica possibilità è accedere ad una interpretazione evolutiva delle norme esistenti, evitando comunque che ciò possa comportare una modifica legislativa. Un'eventualità quest'ultima altamente probabile per la fragile e non sempre percepibile distinzione tra le due attività che può essere colta considerando le dirette conseguenze giuridiche delle stesse: l'interpretazione è produttiva di effetti *ex tunc*, mentre la modifica del diritto ha validità *ex nunc* in quanto limitata al periodo successivo della disposizione modificata.

Le considerazioni sin qui svolte, non devono indurre a ritenere che l'interpretazione evolutiva possa essere semplicisticamente ricondotta in quella estensiva la quale, diver-

[5] Cfr. Cass. civ., sez. un., 29 gennaio 2021, n. 2143, in *De Jure*, 2020 per la quale l'attività interpretativa evolutiva è consentita nella misura in cui rispetti i limiti di tolleranza ed elasticità del significato testuale, escludendosi che essa possa configurare "*un'attività direttamente creativa*".



samente dalla prima, caratterizzata da un dinamismo conseguente al cambiamento esterno, è statica e utilizzata per effettuare la scelta maggiormente condivisa [6].

Non solo; l'ampiezza della categoria dell'interpretazione impone una più dettagliata qualificazione di quella giuridica al fine di meglio poterne comprendere la conformità costituzionale partendo dal presupposto che, in quanto direttamente funzionale all'applicazione del diritto a casi specifici, la stessa deve coniugare la genericità e l'astrattezza del testo normativo, con la peculiare problematica del caso al quale l'interprete è chiamato a dare risposta. Un processo che deve essere realizzato muovendo da disposizioni che possano qualificare giuridicamente le situazioni e quindi non limitato ad una funzione ricognitiva della volontà del legislatore bensì alla sua concreta applicazione nel rispetto delle regole obbligatorie di condotta imposte dall'ordinamento giuridico. Negare la possibilità di un adattamento costituzionale ai mutamenti sociali, nel timore che ciò possa legittimare il ricorso ad una giurisprudenza creativa foriera di indebite restrizioni alle libertà fondamentali, riservando in via esclusiva al legislatore il compito di aggiornare la Costituzione al mutamento dei tempi, piuttosto che procedere una interpretazione della stessa in linea con le trasformazioni sociali, significa riproporre superate teorie testualistiche caratterizzate dalla spasmodica e al contempo anacronistica ricerca del significato delle espressioni contenute nella norma, riportandole al momento della sua promulgazione.

In realtà la vera problematica è fornire indicazioni chiare per l'attuazione del processo interpretativo al fine di evitare che le disposizioni aggiornate possano risultare astratte e personalistiche, nonché prive di un'equilibrata relazione con le finalità perseguite dal legislatore.

Da qui il rilievo dell'articolo 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale" la cui analisi consente di coglierne la effettiva portata applicativa partendo dal presupposto che il termine "legge" ivi indicato non può non ricomprendere anche quelle costituzionali. D'altro canto queste ultime sono volte al superamento dell'attribuzione di valore assoluto al dato normativo, nella consapevolezza che ogni sistema legislativo è soggetto al deterioramento del tempo. È questa la ragione per la quale gli aspetti semantici di cui alla prima parte della disposizione, non assumono un ruolo esclusivo nella dinamica interpretativa, bensì concorrono con quelli degli altri commi.

La priorità assegnata all'interpretazione letterale deve comunque essere coniugata,

---

[6] CFR. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, 2005. Senza dubbio la più rilevante ed interessante opera sul nichilismo giuridico.



specie con riguardo a norme di legge risalenti nel tempo per le quali vi è un inevitabile scollamento con il contesto storico – sociale nel quale sono chiamate ad essere applicate, ad una tecnica interpretativa efficace e coerente al mutamento culturale, sociale ed economico, poiché solo in tal modo potrà risultare sensibile ai valori fattuali dei quali la società si fa portatrice [7].

Nondimeno poiché le "Disposizioni sulla legge in Generale" sono entrate in vigore [8] prima della Costituzione, è bene dare conto del contrasto tutt'ora non ancora del tutto sopito circa la possibilità di applicare il meccanismo interpretativo di cui all'art. 12 alle norme costituzionali. Acuta è la valutazione di chi ne sostiene l'inapplicabilità [9] sul presupposto che le disposizioni della Costituzione non sono dirette a stabilire obblighi o divieti, bensì ad enunciare principi ai quali tutte le altre norme di legge devono sottostare. Una contrarietà avallata anche dalla ritenuta superfluità di detta interpretazione stante il carattere indeterminato delle norme costituzionali impregnate di valori fattuali, espressione del momento storico sociale nel quale sono chiamate ad operare. Ciò a maggior ragione se si considera che tale indeterminatezza è il risultato della loro prevalenza gerarchica e funzione di norme portatrici di valori e principi fondanti la nostra società.

Per contro, diverso orientamento è quello di chi [10] tende ad estendere l'applicabilità dell'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale" sull'assunto che quest'ultima ha portata generale. Ed ogni caso la genericità della formulazione della norma costituzionale non rappresenta un intralcio poiché trattasi di una caratterizzazione comune a tutte le norme giuridiche, ivi incluse quelle ordinarie, contraddistinte per l'appunto dall'indeterminatezza dei termini e dalle espressioni linguistiche utilizzate.

---

[7] A tal proposito qualora l'interpretazione letterale risulti non univoca, può darsi luogo in via sussidiaria a quella logica la quale dà preminente rilevanza all'intenzione del legislatore, avuto altresì riguardo ai lavori preparatori della legge così da cogliere la volontà effettiva dello stesso. In mancanza invece di una specifica disposizione che regoli il caso concreto, prosegue l'art. 12 delle Preleggi, si ricorre alla cd. interpretazione analogica, cioè a dire si tenta di colmare la lacuna normativa applicando una norma prevista per un caso simile o analogo a quello per il quale si procede.

[8] Con il r.d. 16 marzo 1942, n. 262.

[9] Cfr. F. MODUGNO, I*nterpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015 il quale afferma che "*l'interpretazione costituzionale è qualitativamente diversa dalla comune interpretazione degli atti normativi*".

[10] Cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004 il quale sostiene che "*l'interpretazione costituzionale non presenta alcuna specificità rispetto all'interpretazione di qualunque altro documento giuridico*".



5. – Il concetto di sopravvenienza è inscindibilmente connesso alla sacralità da riconoscere alle norme che regolano la struttura del rapporto negoziale; infatti qualificare come intangibili e immutabili le scelte fatte in sede di negoziazione rende tutt'altro che agevole ammettere che elementi estranei al contratto possano avere una qualche incidenza sullo stesso. Tuttavia prevedere in sede di trattative attività rimediali volte a regolamentare fattori patogeni in grado di incidere sul normale andamento della vicenda pattizia erodendone l'originario significato, è compito assai arduo, specie se si considera che anche il semplice trascorrere del tempo è di per sé elemento sufficiente ad alterare le valutazioni compiute dalle parti in prima battuta.

Molteplici infatti sono le cause in grado di stravolgere le previsioni effettuate dai contraenti in sede di redazione di diritti ed obblighi reciproci in particolare quando il vincolo, per sua stessa natura, è destinato a produrre effetti in un momento successivo a quello della stipula, come accade nei contratti durata ove l'esecuzione della prestazione si protrae per un periodo più o meno lungo, esponendosi a perturbazioni originariamente inimmaginabili e tuttavia idonee a sovvertire lo scopo pratico che i protagonisti della vicenda intendevano perseguire.

A lungo si è ritenuto che le uniche sopravvenienze da prendere in considerazione oltre a quelle contemplate dalle parti in sede di stesura del contratto fossero le circostanze puntualmente tipizzate dal legislatore, l'avveramento delle quali avrebbe automaticamente determinato il sovvertimento dell'originario assetto di interessi imponendo la caducazione del vincolo o la modificazione dei precetti in esso contenuti. Tra queste valga ricordare l'art. 1467 cod. civ. che disciplina lo scioglimento del contratto nell'ipotesi in cui una delle due prestazioni sia diventata eccessivamente onerosa rispetto all'altra prevedendo, in alternativa alla risoluzione, la riduzione ad equità del contratto su domanda del contraente contro cui sia stata richiesta la risoluzione, a condizione che l'eccessivo squilibrio derivi da circostanze straordinarie e imprevedibili e che l'evento sopravvenuto sia estraneo alla normale alea insita nella tipologia contrattuale. Ne consegue che per la parte a carico della quale la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, non vi sia altra possibilità se non quella di addivenire alla risoluzione dell'accordo essendogli precluso qualsivoglia intervento giudiziale manutentivo volto a ridistribuire equamente gli obblighi e gli oneri contrattuali allorquando abbia un interesse alla conservazione del vincolo contrattuale [11].

Si tratta di una prescrizione interpretativa che non coinvolge anche l'art. 1664 cod.

[11] Cfr. G. VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Giappichelli, 2020.



civ. che in materia di appalto, si occupa delle ipotesi ove, per effetto di circostanze imprevedibili, si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da aver cagionato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivamente convenuto superiore al decimo, con la facoltà per l'appaltatore di chiedere la revisione dello stesso per la parte che ecceda il limite indicato.

Una impostazione svincolata dalla portata precettiva dell'art. 1372 cod. civ. che riconosce al contratto valore di legge tra le parti ammettendone lo scioglimento nei soli casi espressamente previsti, che fonda su una logica tipizzata che non sembrerebbe lasciare spazio a rimodulazioni, rimedi o rinegoziazioni fuori dai casi ipotizzati dalle parti o dal legislatore.

In definitiva, il nostro codice civile non accoglie una disciplina generalizzata di rinegoziazione del contratto in presenza di accadimenti sopravvenuti e non ipotizzabili in fase di formazione dell'accordo, limitandosi a riconoscerne rilevanza contrattuale solamente nei casi previsti dal codice e nella legislazione speciale.

Eppure, nonostante la radicata propensione a ritenere che dal silenzio delle parti in sede di selezione e regolamentazione dei fattori imprevedibili destinati ad incidere sul contratto, discenda un'implicita rinuncia delle stesse ad annettere rilievo ad un certo accadimento, il più delle volte le sopravvenienze sono contraddistinte da un elevato grado di imprevedibilità che non consente alcun tipo di prospettazione in sede di trattative. D'altra parte, una lettura allargata delle circostanze in grado di condizionare il regolamento pattuito, determinerebbe l'instaurarsi di un contesto socio-economico destinato ad essere continuamente messo in discussione per effetto dell'inverarsi di qualsiasi fatto ritenuto da una delle parti causalmente efficiente rispetto alla necessità di una revisione dell'accordo originariamente sottoscritto, determinando in tal modo un insanabile *vulnus* al principio di certezza dei traffici giuridici che regola l'intera area dei contratti. Pur tuttavia, seppure la disposizione di cui all'art. 1664 cod. civ. sia prevista in settori speciali e caratterizzata dalla presenza di requisiti ben definiti per il suo funzionamento, la stesse appare estendibile a qualsiasi contratto di durata, giacché l'idea di negozio inteso come legge immutabile tra le parti trova la sua ragion d'essere solo se unitamente ad esso, persistono le condizioni e gli interessi che hanno determinato i soggetti a contrarre [12].

D'altra parte non si può tralasciare di considerare che il principio del *pacta sunt servanda* va temperato alla luce della clausola *rebus sic stantibus* coerentemente con un'idea di negozio giuridico inteso non in senso statico, ma piuttosto come esercizio *in fieri*

[12] Cfr. G. VILLANACCI, *La ragionevolezza*, cit.



degli affari e degli interessi che le parti estrinsecano nel regolamento, la cui realizzazione diventa dirimente circa la persistenza in vita del vincolo.

L'equilibrio del rapporto contrattuale, pur preservando la propria prerogativa di principio cardine, mentre in passato veniva preso in considerazione nella fase di esecuzione dell'accordo, successivamente ha assunto rilevanza nel momento della formazione della volontà contrattuale. Ecco che l'equilibrio contrattuale lasciava spazio all'intangibile principio dell'autonomia privata con il conseguente riconoscimento in capo alle parti della libertà di negoziare e determinare il contenuto delle singole prestazioni con il solo limite della loro liceità cui conseguiva inevitabilmente la stipulazione di contratti spesso forieri di prestazioni inique, specie nei riguardi del cd. contraente debole. Si è così assistito ad una sempre maggiore rilevanza della tesi dell'equilibrio contrattuale mediante l'implementazione del novero di soluzioni normative o di origine giurisprudenziale in settori speciali caratterizzate dal comune intento di revisionare il contenuto dell'originario accordo al fine di riportarlo entro l'alveo dell'alea normale, attraverso un obbligo di rinegoziazione tra le parti ovvero, in mancanza, un intervento correttivo delle clausole contrattuali svantaggiose da parte del giudice adito.

6. – Questo nuovo approdo della giurisprudenza dell'equilibrio contrattuale trova chiara applicazione nella riduzione *ex officio* della clausola penale pur se maturata con riferimento al momento genetico del rapporto contrattuale, allorquando la stessa si palesi sproporzionata nel confronto tra le prestazioni in gioco, alla luce delle condizioni contrattuali complessivamente intese. Nello specifico l'art. 1384 cod. civ. prevede che la penale possa essere diminuita equamente dal giudice se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte, ovvero se il suo ammontare è manifestamente eccessivo in relazione all'interesse che il creditore aveva all'adempimento [13].

Tale facoltà, da esercitare secondo equità, non determina tanto l'esigenza di una stretta equipollenza tra penale ed entità del danno verificatosi, quanto sostanzialmente una rimodulazione della somma pattuita sull'interesse del creditore giustificativo dell'adempimento e più in generale dell'intero negozio.

In linea con tale presupposto, si è orientato il giudice di legittimità il quale, nel conformarsi all'obbligo discendente dalla previsione di cui all'art. 1384 cod. civ., ha ritenuto

[13] Cfr. G. VILLANACCI, *La ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, in *Jus*, 6, 2017.



di rivalutare i presupposti per l'applicazione della clausola penale, nel senso di una sua riduzione, ponendo in evidenza come la stessa fosse stata considerata in origine su basi di fatto successivamente modificate. Detto in altri termini, l'operatività della riduzione della clausola penale fonda su elementi concreti che debbono essere rilevati in applicazione del criterio di proporzionalità correlato alla gravità dell'inadempimento e delle conseguenze che ne erano derivate, tenendo presente l'interesse del creditore all'adempimento dell'obbligazione garantita dalla clausola penale.

D'altra parte la giurisprudenza della Suprema Corte è conforme nel ritenere che la riduzione della clausola penale valutata come eccessiva, rientri nel potere discrezionale del giudice di merito, il cui esercizio è incensurabile in sede di legittimità ove fondato sulla base dei presupposti di cui all'art. 1384 c.c., rappresentati dalla valutazione attuale dell'interesse del creditore all'adempimento e quindi all'effettiva incidenza dello stesso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale, a prescindere da una rigida ed esclusiva correlazione con il danno subito [14].

Nel silenzio della legge l'ammissibilità di un autonomo intervento giudiziario che verifichi in concreto l'adeguatezza della regola pattuita è inscritta nei limiti che incidono sull'autonomia privata, tra cui vi è senz'altro quello della meritevolezza che rappresenta correttivo del principio di proporzionalità. Invero il potere di esercizio equitativo conferito al giudice ai fini della riduzione della penale è possibile anche quando le parti abbiano negozialmente escluso tale eventualità e pur tuttavia sono ravvisabili degli elementi di incertezza dell'intesa tali da incidere, in ragione della loro ambiguità, sulla complessiva regolazione negoziale.

Inoltre, dalla circostanza che il giudice possa e non necessariamente sia obbligato a rimodulare la penale eccessivamente onerosa, si desume non già l'esistenza di un diritto rimesso alle strategie difensive del *solvens*, ma l'obbligo in capo all'interprete di svolgere la sua funzione ortopedica tenendo debitamente conto dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali e il reale interesse del creditore che permea il contratto [15].

---

[14] Cfr. Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2012, n. 2231 in *Consulta online*, 2012; Cass. civ., sez. II, 16 marzo 2007, n. 6158, in *Consulta online*, 2008 ove si statuisce che "*l'apprezzamento sulla eccessività dell'importo fissato con clausola penale dalle parti contraenti, per il caso di inadempimento o di ritardato adempimento, nonché sulla misura della riduzione equitativa dell'importo medesimo, rientra nel potere discrezionale del giudice di merito il cui esercizio è incensurabile in sede di legittimità, se correttamente fondato, a norma dell'art. 1384 c.c., sulla valutazione dell'interesse del creditore all'adempimento con riguardo all'effettiva incidenza dello stesso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale, indipendentemente da una rigida ed esclusiva correlazione con l'entità del danno subito*".

[15] Cfr. G. VILLANACCI, *La ragionevolezza e proporzionalità*, cit.



Si supera l'idea secondo cui la riduzione della somma rappresenta effetto di una specifica istanza del debitore e si aderisce a quella che ne valorizza la portata generale, quale rimedio nelle mani del giudice tenuto a ripristinare il corretto equilibrio tra le sfere giuridiche dei privati, in base alla effettiva incidenza degli interessi in gioco a presidio dei quali soltanto è preposto il potere di reductio ad aequitatem della penale. In questo senso la riduzione della clausola penale rappresenta normale estrinsecazione del potere di accertamento dell'organo giudicante sulla rispondenza dell'autonomia contrattuale al principio di proporzionalità e più nello specifico ai limiti entro i quali le posizioni soggettive delle parti possono qualificarsi come meritevoli di tutela.

Tale controllo va esercitato anche *ex officio* perché è potere-dovere assegnato all'interprete per la concretizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento, sostanziatesi nel giusto bilanciamento tra somma pattuita e inadempimento da prevenire o reprimere, la cui reale misura è determinata dall'interesse del creditore da un lato e dal sacrificio concretamente esigibile dal debitore dall'altro. Il rischio di interferenze giudiziali che stravolgano l'originario assetto di interessi pattuito non è ragione da sola sufficiente a limitare il potere eterointegrativo del giudice che è istituzionalmente preposto a contemperare i principi solidaristici con la stabilità del sistema economico generale.

L'interpretazione che ritiene la riduzione ad equità della clausola penale ordinario esercizio di controllo del giudice sull'autonomia privata si inserisce nel più generale quadro ermeneutico incline ad individuare la strumentazione di cui il giudice dispone per ripristinare l'equilibrio tra sfere giuridiche: in questo senso la proporzionalità non si occupa dello status dei contraenti ma della reale posizione delle parti all'interno della vicenda contrattuale per approdare a soluzioni più sostanziali che abbiano come punto di riferimento la giustizia commutativa tra gli scambi piuttosto che la pedissequa e spesso insoddisfacente aderenza al dato normativo.

Si assiste ad un vero e proprio tentativo di annettere alle transazioni un plusvalore di carattere pubblicistico che faccia da contraltare alla nuova concezione di causa in concreto: se da un lato la funzione economico – individuale che connota ogni pattuizione non deve necessariamente coincidere con quella prevista in astratto dalla legge, dall'altro essa deve rispondere ad un principio di ordine pubblico economico che ne accerti idoneità e necessarietà mediante un giudizio, all'esito del quale soltanto, la pattuizione potrà dirsi meritevole di tutela e in grado di produrre i suoi effetti nel mondo giuridico.

A sostegno dell'assunto valga considerare che in materia di usura la sanzione della nullità per le clausole con tasso di interesse usurario è comminata in base ad un parametro oggettivo – il tasso rilevato trimestralmente dal Ministero dell'Economia e delle Fi-



nanze – che non dipende in alcun modo da circostanze in grado di alterare il processo di formazione della volontà dei contraenti, avvalorando la generale propensione dell'ordinamento all'equilibrio tra le prestazioni.

Né appare condivisibile l'idea che il legislatore si sarebbe limitato a presidiare il singolo disinteressandosi della giustizia degli scambi, sia sulla base del dato letterale che nulla esclude in tal senso, sia per la presenza nel panorama legislativo di altre norme con duplice valenza precettiva come la nullità di protezione prevista in materia consumeristica, la cui portata sanzionatoria è posta a salvaguardia sia della correttezza delle transazioni sia delle ragioni del consumatore nella sua veste di parte debole del rapporto.

L'intervento del giudice è strumento di cui l'ordinamento si avvale per controllare l'autonomia negoziale evitando la produzione di risultati illogici che travalichino i limiti entro i quali le posizioni soggettive delle parti possono ritenersi meritevoli di tutela, con la conseguenza che il principio di proporzionalità assurge a limite dell'autonomia delle parti, da verificare caso per caso in base ai presupposti di legge e alle circostanze concrete.

7. – Alla luce di ciò risulta essere palese che il principio dell'equilibrio contrattuale vada esteso anche agli squilibri sopravvenuti in base ai principi di proporzionalità e buona fede che ispirano l'intera gittata del legame giuridico imponendo all'interprete di analizzare la vicenda in funzione dei presupposti che ne costituiscono il fondamento così da evitare sacrifici sproporzionati o prestazioni sperequate, specie allorquando lo squilibrio possa essere rimosso per mezzo di modifiche idonee a soddisfare sia l'interesse creditorio all'adempimento sia quello debitorio a non sopportare un pregiudizio del tutto inesigibile ed arbitrario.

Gli strumenti giuridici mediante i quali giurisprudenza e dottrina hanno dato la stura ad esigenze reali, che tenessero conto delle sopravvenienze atipiche incidendo in senso caducatorio o modificativo sulle sorti del contratto, si sostanziano nella causa in concreto e nella presupposizione, con la puntualizzazione necessaria che la rinnovata concezione della prima figura ha inciso profondamente sul perimetro di operatività della seconda senza tuttavia determinarne l'estinzione bensì allargando la pletora dei rimedi a disposizione del privato per difendere il bene della vita anelato. In base alla teoria della causa in concreto, intesa come funzione economico individuale del contratto e sintesi degli interessi reali che in esso si obiettivizzano, l'elemento causale non è solamente requisito genetico del negozio la cui mancanza o illiceità determina la nullità della pattuizione, ma è



anche presupposto funzionale della sopravvivenza del rapporto il cui venir meno determina la risoluzione del contratto non già per impossibilità sopravvenuta della prestazione, ma per impossibilità di utilizzo della stessa ai fini del soddisfacimento dell'interesse del creditore. Rimedio che opera in presenza di deficienze afferenti l'*an* del negozio, vale a dire nelle ipotesi in cui non possa essere ammessa la prosecuzione del vincolo neanche a condizioni diverse da quelle originariamente predisposte: ragione che ha indotto la giurisprudenza a ritenere il rimedio risolutorio per impossibilità sopravvenuta il più idoneo a salvaguardare le esigenze del soggetto che vede pregiudicato in maniera irreversibile il suo interesse alla prestazione. Al contrario, la presupposizione non attenendo né all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza esterna che, pur se non specificamente dedotta come condizione, costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia del vincolo in base al significato proprio del medesimo, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse ma con approvazione dell'altra, valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale. Pertanto si consente, in linea di principio, una rimodulazione degli obblighi per effetto di un nuovo accordo delle parti all'esito della quale soltanto è possibile una reviviscenza degli interessi e con essa la prosecuzione del vincolo iniziale, motivo per cui appare più corretto, almeno in questo secondo caso, fare riferimento al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta che oltre a prevedere la caducazione del contratto, ammette la sopravvivenza del rapporto a fronte di una richiesta di riduzione ad equità fatta dalla parte contro cui è domandata la risoluzione; evenienza che il più delle volte coincide con la reale aspirazione del contraente che lungi da voler risolvere il rapporto preferisce una rimodulazione del prezzo originario. Nonostante la differenza tra i due istituti si sia notevolmente appiattita, non appare condivisibile l'idea di una totale sovrapposizione tra gli stessi, giacché il rimedio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per mancanza di causa in concreto, non è tutela in grado di rispecchiare le reali esigenze dei contraenti quando a venire in gioco siano sopravvenienze afferenti aspetti economici del contratto.

La giusta tutela da assegnare ad ogni situazione dipende in definitiva dall'interesse che connota la posizione giuridica fatta valere imponendo di accertare l'impatto della salvaguardia sul reale bisogno del contraente alla luce delle esigenze di pienezza ed effettività delle tutele che ispirano l'ordinamento giuridico e più in generale il diritto unionale. Nell'analisi assumono rilevanza obblighi di rinegoziazione e strumenti manutentivi che alla luce del più generale principio di conservazione dei negozi giuridici impongono una rimodulazione dei poteri delle parti e del giudice nella vicenda pattizia. In questo



senso appare coerente con principi solidaristici l'idea che il fallimento delle trattative in fase di riedizione del potere negoziale non sia contrastabile solo sul piano della responsabilità ma anche mediante una sentenza che, sulla falsa riga di quella prevista dall'art. 2932 cod. civ., disponga modiche riequilibratici assicurando la perdurante efficacia del vincolo, in particolare quando l'offerta della parte contro la quale sia stata chiesta la risoluzione, si sostanzi in una domanda generica che affidi all'organo giudicante il riequilibrio degli interessi in gioco. Ne consegue che l'opera dell'interprete non si esaurisce nel momento genetico della pattuizione ma si protrae in tutte le fasi che attraversano la vita della regolamentazione [16].

D'altra parte appaiono prive di rilievo sia le obiezioni che fondano sul generico pericolo di sconfinamento dei poteri del giudice in un campo di esclusiva competenza delle parti quale sarebbe quello della spendita dell'autonomia negoziale nell'integrazione del contenuto del contratto, sia quelle che fanno perno sulle differenze insuperabili tra un preliminare diretto alla stipula del definitivo e un negozio claudicante la cui sopravvivenza dipende dalla rinegoziazione dei suoi precetti. A ben vedere, oltre alla mancanza di elementi davvero incompatibili sul piano della *ratio* e della struttura tra la domanda ex art. 1467 cod. civ. tesa alla la riduzione ad equità del contratto e l'istanza con la quale la parte invochi un intervento manutentivo del giudice in sede di inosservanza dell'obbligo di rinegoziazione, va tenuta presente quella giurisprudenza di legittimità [17] che ha ripudiato l'esistenza di differenze strutturali tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ravvisando tanto nelle prime quanto nelle seconde una componente di risultato consistente nello sforzo diligente del *solvens* al perseguimento del risultato dovuto. Difatti la sproporzione tra le prestazioni che può verificarsi in relazione ad una sopravvenienza sfavorevole, determina non solo la perdita dell'interesse della parte svantaggiata, ma più in generale la carenza di meritevolezza necessaria al contratto per produrre i suoi effetti nell'ordinamento giuridico tant'è che rimanendo lecito esso diventa inidoneo a svolgere la funzione che le parti gli hanno assegnato. L'obbligo di rinegoziazione non rappresenta altro che il tentativo delle parti di ripristinare la violata dignità del contratto, quale rimedio alternativo alla ablazione dello stesso.

---

[16] Cfr. G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, Giappichelli, 2016.

[17] Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 in *Resp. civ. prev.*, 2008, nella quale si afferma che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ. opera sia con riguardo alle obbligazioni di mezzo che a quelle di risultato. Ne deriva che rileva soltanto l'inadempimento che ha causato ovvero ha determinato a causare il danno in modo palese, essendo rimesso al debitore fornire la prova contraria, vale a dire che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non ha prodotto il danno.



8. – Un principio quello di rinegoziazione che costantemente viene richiamato in leggi speciali, ovvero norme di carattere eccezionale e di stretta interpretazione. Si pensi all'emanazione del d.l. n. 124/2019 il cui art. 41 *bis* consente al debitore, contro il quale è in corso un procedimento di espropriazione immobiliare avente ad oggetto la sua abitazione principale, una revisione del contratto di mutuo con l'assistenza del Fondo di garanzia della prima casa al fine di scongiurare la vendita forzata della stessa ovvero, in alternativa ad essa, la presentazione di una richiesta di finanziamento ad una banca terza con surroga della garanzia ipotecaria. Ne deriva che la norma di cui sopra riconosce al debitore due ulteriori rimedi oltre quello tipico della conversione del pignoramento, *ex* art..495 cod. civ., per tutelare la propria posizione debitoria e beneficiare dell'esdebitazione.

Tuttavia la possibilità di accedervi è condizionata al rispetto di taluni stringenti requisiti oggettivi, tra i quali la qualifica del debitore come consumatore ai sensi dell'art.3, comma 1, lettera a del Codice del consumo ovvero del creditore come banca o società veicolo, di cui alla L. 130/1999. Il previo esborso da parte del debitore di almeno il 10% del capitale finanziato dal creditore oppure la pendenza di una procedura di esecuzione forzata sull'immobile oggetto di ipoteca. Oltre a ciò si richiede che l'ammontare complessivo del debito non superi € 250.000. Al contempo la procedura di rinegoziazione del mutuo è subordinata all'accertamento da parte della banca creditrice, della capacità reddituale del debitore sul presupposto che ove questo risultasse negativo potrebbe dare luogo al rifiuto della domanda. In tale ipotesi l'obbligo di rinegoziazione subisce una forte attenuazione, essendo facoltà del creditore procedente di aderirvi. Un margine di libertà per quest'ultimo che, al contrario, sembra non sussistere allorquando il debitore abbia ottenuto il finanziamento da parte di una banca terza nella misura in cui egli sia disposto a pagare a quella procedente una somma non inferiore al 75% del prezzo di base dell'asta del bene pignorato. Qualora il debitore non abbia avuto successo nell'esperimento dei rimedi sopra richiamati, il comma 3 dell'art. 41 *bis* consente la possibilità ad un suo parente o affine entro il terzo grado di conseguire il finanziamento necessario per l'estinzione del debito e la conseguente emissione del decreto di trasferimento del bene, *ex* art. 586 cod. proc. civ. in suo favore. In ogni caso al debitore è riconosciuto il diritto di abitazione nell'immobile precedentemente pignorato e quello di retrocessione del bene a condizione che rimborsi integralmente le somme già versate dal suo congiunto – finanziatore. Sul punto, senza entrare in questa sede nel dettaglio della questione, non possono essere ignorati i dubbi di alcuni studiosi [18] con riguardo in special modo alla quali-

[18] Cfr. G. FINOCCHIARO, *I rebus della rinegoziazione del mutuo prima casa ad espropriazione pendente*,



fica del diritto trasferito; alla posizione dei soggetti terzi creditori e aventi causa del congiunto – finanziatore e alla mancanza di pubblicità nei registri immobiliari dell'avvenuto esercizio del diritto alla retrocessione da parte del debitore. Infine la disposizione contempla l'ipotesi di una presentazione congiunta da parte del debitore e del creditore di una istanza di sospensione temporanea del procedimento esecutivo che dovrà essere disposta dal giudice dell'esecuzione.

A prescindere dalla formulazione decisamente sommaria della norma e dalla scelta più che discutibile di colmare le molteplici lacune normative attraverso lo strumento del decreto ministeriale, è opportuno sottolineare come la proliferazione in settori speciali di norme che garantiscono una rinegoziazione dell'accordo pattuito, in virtù di situazioni di eccezionale e temporanea gravità, debba essere colta come un segnale verso un riconoscimento della stessa come principio insito nella contrattazione tra soggetti privati, sul presupposto che l'unica soluzione percorribile per adeguare l'impianto normativo alla realtà fattuale, è una sua interpretazione evolutiva che tenga conto, anche e a maggior ragione, di disposizioni di leggi cd. speciali e di stretta interpretazione.

9. – Il ricorso alla tecnica interpretativa evolutiva come sopra meglio esplicitato, risulta essere imprescindibile nella straordinaria crisi sanitaria in corso le cui ripercussioni sull'economia mondiale sono ancora tutte da decifrare. Certo è che vi sono stati settori (basti pensare ad esempio a quello della ristorazione ovvero a quello dello spettacolo e intrattenimento) che sono stati fortemente colpiti dalla pandemia in quanto costretti alla chiusura forzata delle loro attività cui è inevitabilmente conseguita anche una importante limitazione della loro capacità contrattuale che, gioco forza, ha comportato una richiesta di rinegoziazione dei contratti in essere. Per altri versi è di tutta evidenza che il ricorso al rimedio, di cui all'art 1467 cod. civ., potrebbe determinare, quale effetto immediato, la caducazione del contratto stipulato benché vi sia interesse alla prosecuzione dello stesso, seppur a condizioni diverse considerando la contrazione del volume di affari.

Meritevole di menzione in proposito risulta essere il d.l. 20 marzo 2020, n. 218 (meglio noto come "decreto Cura Italia"), il quale all'articolo 91 ha stabilito che il rispetto

---

in *il Quotidiano del diritto.it*, 2020 la quale in particolare si interroga sulla possibilità che l'effetto di esdebitazione possa riguardare ulteriori debiti oltre quello derivante dal contratto di mutuo rispondendo a tale quesito negativamente dato il tenore letterale della disposizione. In aggiunta afferma che, qualora, si voglia altresì estendere tale beneficio a creditori diversi da quello ipotecario, si potrebbero profilare dubbi di legittimità costituzionale per contrasto il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost.



delle misure relative al contenimento del virus Covid 19 deve essere sempre valutato al fine di escludere la responsabilità del debitore, avuto riguardo anche ad eventuali decadenze o penali dovute a ritardati o omessi adempimenti. è chiaro se ci attenessimo ad una mera interpretazione della disposizione legislativa non potremo che attribuire alla stessa il significato di attenuazione della responsabilità in una situazione di assoluta eccezionalità quando invece attraverso un'interpretazione dinamico evolutiva, si potrebbe legittimare la possibilità di una rinegoziazione dell'intesa negoziale.

Un orientamento interpretativo che ha trovato esplicito riconoscimento in una ordinanza [19] attraverso la quale è stato previsto l'obbligo delle parti di rimodulare il contratto originariamente pattuito al fine di riportarlo "entro i limiti dell'alea normale" sul presupposto che si sono verificati fatti sopravvenuti e imprevedibili al momento della stipulazione dello stesso. Nello specifico si è consentito alla parte svantaggiata, nel rispetto dei principi generali di correttezza e buona fede, di rettificare il contenuto dell'accordo attraverso la richiesta di riduzione del canone di locazione per cause non previamente ipotizzabili; nello specifico la prolungata chiusura delle attività commerciali dovuta alla diffusione del virus Covid-19 [20].

In quello descritto così come in altri casi analoghi, la risoluzione del contratto non costituisce, in presenza di accadimenti sopravvenuti, rimedio utile, soprattutto allorquando sussista la ferma volontà di conservare l'efficacia del contratto.

Si evince così che la rinegoziazione non si esaurisce nella correttezza procedimentale della condotta ma nella riuscita delle trattative e più in generale nella conclusione di un nuovo accordo il quale in ogni caso è suscettibile di ulteriore modifica anche in *peius* per il contraente che aveva presentato istanza di revisione del contratto sul presupposto di un miglioramento della propria capacità economico-finanziaria. Un approdo giurisprudenziale volto a rimarcare l'anacronicità dell'impostazione previgente sul presupposto della necessità evidentemente prioritaria di garantire, per quanto possibile l'equilibrio tra le prestazioni cui si correla una predilezione verso la conservazione degli effetti contrattuali. La nuova manifestazione di volontà cui le parti pervengono si fonda su una revisione dell'accordo originariamente pattuito che assume i caratteri dell'obbligatorietà ogni qual

[19] Trib. Roma, sez. VI civ., ord. 27 agosto 2020, in *Diritto e Giustizia*.

[20] In particolare Trib. Roma, ord. 27 agosto 2020 cit. dispone che "*qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale la pandemia da COVID-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi dell'esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite deve avere possibilità di rinegoziare il contratto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva*".



volta la parte interessata a salvaguardare l'utilità del contratto la richieda, sul presupposto di un obbligo generale di buona fede che trova la sua consacrazione nell'articolo 1374 cod. civ., dal quale si fa discendere un dovere delle parti di cooperare tra di loro con il preminente obiettivo di realizzare gli interessi da loro perseguiti nel rispetto di una reciproca solidarietà. Significativa in proposito è la posizione assunta dal giudice di legittimità [21] che ha esplicitato la contrarietà al principio di buona fede, relativamente ad un contratto di locazione, del comportamento posto in essere dal locatore il quale aveva demandato la risoluzione del contratto sul presupposto del mancato pagamento del canone di affitto pur essendovi stata la domanda compensazione del credito da parte dello stesso conduttore per un altro credito, di maggiore portata economica che lo stesso vantava nei confronti del locatore.

D'altro canto il principio di buona fede deve esplicarsi in una condotta leale e corretta delle parti per tutta la durata delle trattative, configurandosi diversamente una responsabilità precontrattuale allorquando le stesse vengono ingiustificatamente interrotte ma anche qualora la volontà di rinegoziare gli accordi risulti essere meramente apparente.

10. – In ogni caso, resta fermo che il contenuto del nuovo accordo debba essere valutato sulla base dei valori insiti nel contratto stesso. Alla stregua di ciò qualora il tentativo di rinegoziazione tra le parti abbia esito negativo, tale esigenza può essere salvaguardata anche mediante un intervento manutentivo del giudice volto al ripristino del giusto assetto contrattuale mediante un sindacato, non svincolato da parametri oggettivi, che tenga conto delle scelte compiute dalle parti nel negozio originario, delle sopravvenienze in concreto verificatesi, delle trattative, delle puntuazioni e, non ultimo, delle eventuali responsabilità nel fallimento della rideterminazione degli oneri e dei benefici, pervenendo ad una decisione che lungi dal rappresentare spendita di autonomia negoziale si ponga come valido sussidio della libertà dispositiva dei contraenti. In dottrina si è discusso della natura di questa decisione giudiziale optando per quella di sentenza costitutiva *ex* art. 2932 cod. civ. con la conseguente facoltà della parte di richiedere il risarcimento dei

[21] Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208, in *Altalex*, 2010 la quale statuisce che "*il principio della buona fede oggettiva, deve accompagnare il contratto in tutte le sue fasi, da quella della formazione a quelle della interpretazione e della esecuzione*" determinando il correlativo divieto, per ciascun contraente, di esercitare i diritti di cui ognuno è titolare nei confronti della controparte per conseguire uno scopo diverso da quello per i quali essi sono stati riconosciuti e garantiti e nondimeno l'obbligo di agire, anche nella fase della patologia del rapporto, con il preminente intento di conservare, nei limiti del possibile, in modo da preservare, il vincolo contrattuale. Sul punto cfr. G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, ESI, 2013.



danni qualora l'altra reiteri nel rifiuto dell'adempimento. Tuttavia sul punto è bene sottolineare che vi è ancora parte della dottrina, seppur minoritaria, che continua a dubitare circa la stessa ammissibilità di un potere correttivo da parte del giudice prediligendo, al contrario, la soluzione del risarcimento per equivalente. È evidente che l'approdo ad una soluzione di questo tipo genera un nuovo squilibrio contrattuale a svantaggio della parte propensa alla conservazione del contratto, alla quale non resta che esperire il rimedio di cui all'articolo 1467 cod. civ.: una scelta che non fa altro che affievolire inesorabilmente la portata del principio dell'equilibrio contrattuale.

11. – D'altronde anche nel contesto sovranazionale ed in particolare nei principi *Unidroit*, elaborati dall'Istituto Internazionale per l'unificazione del diritto, è riconosciuto il diritto alla rinegoziazione del contratto: tale facoltà va esercitata senza ritardo mediante apposita domanda contenente l'indicazione dei motivi che rendono indispensabile la ridefinizione degli obblighi contrattuali. Nonostante la pretesa di rinegoziazione del programma originario non attribuisca, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione, ciascuno dei contraenti, nel caso in cui non si addivenga ad un accordo entro un termine ragionevole, può rivolgersi al giudice che, acclarata l'esistenza di una ipotesi di *hardship* potrà, se del caso, risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure modificarlo al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

Il mutamento delle circostanze è preso in considerazione anche dell'art. III.-1:110 DCFR, rubricato «Variation or termination by court on a change of circumstances», norma che oltre a ricalcare quanto previsto nel diritto privato europeo dai *Principles of European Contract Law*, attribuisce al giudice il potere di risolvere il contratto oppure di modificarlo dopo che il debitore abbia tentato, ragionevolmente e in buona fede, di raggiungere mediante rinnovate trattative un adeguamento delle condizioni contrattuali.

In egual misura nel diritto internazionale assume notevole importanza il criterio dell'interpretazione evolutiva attraverso il quale la Corte di Giustizia europea ha provveduto più volte ad adeguare i trattati internazionali contraddistinti da una notevole durata alla realtà fattuale nella quale sono chiamati ad essere applicati. Come tale questa tecnica interpretativa si fonda su tre pilastri: il testo del trattato che costituisce il cd. elemento interno, il carattere permanente dello stesso e infine il mutamento dei valori sociali e culturali che motivano il ricorso a questo adeguamento interpretativo. Ciò che urge sottolineare è che nel contesto sovranazionale, seppur ancora in un numero circostanziato di



casi, lo stesso è divenuto il preminente strumento mediante il quale, non solo si procede ad una revisione di una precedente interpretazione giudiziale oramai considerata non più espressione del quadro sociale ed economico in cui si applica, ma altresì si inaugura un nuovo processo ermeneutico che concerne una norma sulla quale la stessa corte non si è mai pronunciata in precedenza. Tanto è accresciuta la rilevanza decisionale dell'interpretazione evolutiva che i giudici internazionali si sono spinti fino a considerare gli elementi, di cui all'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969, fondanti le regole per l'interpretazione di un trattato, come criteri funzionali all'applicazione di quella evolutiva. Ne deriva che, in primo luogo, si debba prendere in considerazione il testo del trattato ove spesso vi sono termini fortemente generici per i quali, dunque, un adeguamento interpretativo al cambiamento sociale risulta pressoché irrinunciabile, anche a prescindere da una reale intenzione degli Stati contraenti al momento della stipula del trattato di accettare un mutamento dinamico evolutivo dello stesso, seppure, sul punto, vi è chi ha proposto di accogliere nella Convenzione di cui sopra un principio generale di c.d. contemporaneità linguistica che riconosce la supremazia dell'interpretazione letterale ancorata alla mera volontà delle parti. Un atteggiamento ostile di una parte minoritaria degli Stati contraenti che tuttavia non ha impedito alla Corte di giustizia di svolgere interpretazioni evolutive. Si tratta di casi nei quali il giudice ha basato la decisione giudiziale sulla comune premessa dell'implicita adesione degli Stati contraenti ad un'interpretazione evolutiva della Convenzione da loro firmata.

In definitiva ciò che si persegue è lo scopo al quale il trattato mira, ragioni per le quali la giurisprudenza internazionale ha effettuato dei distinguo di notevole interesse al fine di favorire e facilitare l'applicazione del metodo interpretativo in esame. Sul punto è sufficiente dire che l'approccio dinamico è preferibile per i cd. trattati – legge i quali, prevedendo norme non cristallizzate, richiedono un costante adattamento ai valori e agli ideali storicamente rilevanti al momento dell'interpretazione. Può altresì accadere che un trattato apparentemente sembri perseguire due scopi ambedue leciti ma tra loro difformi così da obbligare l'interprete ad una scelta circa quello da perseguire; una decisione che deve fondarsi su una previa valutazione dei lavori preparatori del trattato ovvero, in mancanza di essi, su una conformità dello stesso alla realtà fattuale in ossequio, ancora una volta, di un'interpretazione evolutiva. Certo è che non si può non tener conto anche del contesto, come menzionato nell'art. 31 della Convenzione, che tuttavia non è solo quello interno al trattato, vale a dire le altre disposizioni di legge contenute nello stesso, bensì anche la situazione politica, economica e culturale nella quale esso è stato stipulato ovvero tutte le fattispecie esterne al trattato, altri trattati o leggi speciali che possono ave-



re qualche relazione di significato con quello oggetto di interpretazione e di conseguenza agevolare la stessa.

Infine l'ultimo strumento, ma non per importanza, di cui l'interprete può avvalersi per un approccio evolutivo è rappresentato dalla prassi successiva con la quale si intende l'insieme eterogeneo dei modi attraverso i quali le parti contraenti applicano concretamente il trattato da loro stipulato.

Ne consegue che l'interpretazione evolutiva risulta essere divenuta nel corso del tempo il preminente metodo interpretativo cui la giustizia internazionale fa ricorso al fine di conseguire non solo una attualizzazione dei trattati coerente con il mutamento sociale accorso, bensì anche la previsione di nuovi principi di portata generale come può essere quello della rinegoziazione nel diritto internazionale privato.

Al contempo è alquanto indubbia la sempre maggiore rilevanza, sia nell'ordinamento giuridico italiano [22] che europeo, della tutela dell'equilibrio contrattuale sia nella fase di formazione del contratto che in quella di svolgimento del rapporto negoziale. Difatti le varie discipline esemplificativamente rammentate sono contraddistinte dalla comune esigenza di conservazione del negozio giuridico mediante un nuovo accordo delle parti che rettifichi il sopravvenuto squilibrio e solo quando i contraenti non riescono in questo intento, è possibile chiedere un intervento sostitutivo ed integrativo del giudice, il quale gode di un ampio potere discrezionale nella scelta tra la modifica e la risoluzione dell'accordo.

Ecco dunque che il successivo passo, non più differibile, dovrebbe essere quello di una previsione normativa generalizzata in forza della quale alle parti sia riconosciuta all'esito di una rimodulazione del contratto originario, di addivenire ad una nuova equa distribuzione di diritti e obblighi anche e, a maggior ragione, alla luce della situazione emergenziale nella quale stiamo vivendo e dalla quale sarà difficile capire quando saremo in grado di uscirne.

[22] Cfr. G. VILLANACCI, *Rilevanza e bilanciamento degli interessi nella qualificazione e quantificazione del danno*, in *Jus*, 2015.

JUS CIVILE



ANGELA LA SPINA

Professore associato – Università di Messina

LA TRASMISIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL CONSUMIDOR PARA LA ADQUISICIÓN DE SERVICIOS Y CONTENIDOS DIGITALES [*]

SUMARIO: *1. La naturaleza de la declaración en la comunicación de los datos de carácter personal para el acceso a servicios y contenidos digitales. – 2. La disponibilidad y la naturaleza transaccional de los datos de carácter personal. – 3. El contrato para el intercambio entre servicios o contenidos digitales y datos de carácter personal del consumidor. – 3.1. El acuerdo. – 3.2. El objeto. – 4. Los efectos del contrato: a) La limitada vinculación del consentimiento y el distinto alcance en caso de incumplimiento. – 4.1. b) La cesión de datos personales a título oneroso y la constitución de un derecho de uso y disfrute a favor del empresario.*

1. – El comportamiento mediante el cual un sujeto comunica sus datos de carácter personal y autoriza su recogida y tratamiento ha sido calificado tradicionalmente como una declaración de voluntad no transaccional de tipo autorizatorio [1], aunque en los múlti-

[*] Este trabajo reproduce, con la adición de las referencias bibliográficas y con el desarrollo de ciertos pasajes argumentativos, la ponencia dictada por el Autor en las Jornadas internacionales sobre el tema de "Los nuevos retos en la protección del consumidor. Una mirada italiana y argentina", organizadas por la Facultad de Dere-cho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina), en el marco de los convenios con las Universidades de Messina, Perugia y Pavia (Corrientes, 5 de noviembre de 2021, modalidad on line).

[1] Para la consideración del consentimiento al tratamiento de los datos de carácter personal como acto no negocial, cfr., S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, en *Riv. dir. civ*., 1999, II, 455 ss. Califica el consentimiento específicamente como permiso con el que el sujeto autoriza el tratamiento, *ex multis*, G. RIEM, *Commento* sub *art. 23*, en *Codice della privacy. Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196*, t. I., Milano, 2004, 368 ss. Para una síntesis sobre la diatriba respecto de la naturaleza del consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf*., 2018, 701 ss.; S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ*., 2001, II, 627; V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e resp*., 1998, 25 s.



ples supuestos, y cada vez con más frecuencia, en los que el sujeto comunica sus datos de carácter personal para acceder a servicios o contenidos digitales, la declaración prestada por el mismo parece encuadrarse de manera más verosímil en una transacción, especialmente cuando tenga por objeto datos no necesarios para la ejecución de la prestación por parte de quién los recibe.

De hecho, la doctrina del Reglamento UE n. 679/2016 [2] parece imbuida de las declaraciones de voluntad no transaccionales, de tipo autorizatorio [3], a través de las cuales el sujeto legitima la actividad ajena de recogida y tratamiento de sus propios datos de carácter personal y, en este sentido, sin duda las condiciones de eficacia del consentimiento son proporcionadas de tal manera que salvaguardan la efectividad del mismo. En todo caso, la normativa reglamentaria demuestra no ignorar, más al contrario, prestar especial atención, al menos en perspectiva, las particulares exigencias de tutela que emergen en los supuestos en los que estas declaraciones presenten naturaleza transaccional.

El Reglamento, persiguiendo el objetivo de crear un clima de confianza a la hora de implementar la libre circulación de datos de carácter personal, estratégicamente se sirve de determinados instrumentos que puedan garantizar pleno conocimiento y libertad al usuario que exprime una declaración con la que transmite información sobre su persona y autoriza la recogida y tratamiento de sus datos, de tal manera que tranquiliza el usuario y lo pone en condición de proporcionar datos cada vez más numerosos a la par que veraces.

Además de dar más fuerza a la relevancia conferida a la plena conciencia del declarante [4], que confirma la perspectiva normativa dirigida a proteger el sujeto que emite una

---

[2] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

[3] Sobre la naturaleza jurídica de la autorización, o permiso, como declaración del poseedor de un derecho relativa a un comportamiento ajeno, cfr. V. PANUCCIO, *Le dichiarazione non negoziali di volontà*, Milano, 1960, 51 ss.

[4] La relevancia atribuida a la conciencia del declarante emerge ya de la definición de «consentimiento del interesado» proporcionada por el art. 4 párrafo 1 n. 11 que dispone que solo se puede considerar de esa forma si manifestado expresamente "mediante declaración o una clara acción afirmativa"; ello no solo excluye, como especificado por el considerando n. 32, que el silencio o la inacción pueden integrar el consentimiento, sino que, impone que la petición por parte del destinatario de la declaración sea ofrecida de una forma tal que pueda garantizar que la elección realizada esté verdaderamente orientada hacia el consentimiento. Como ha confirmado la *Corte di Giustizia*, de hecho, el consentimiento no se considera validamente prestado cuando la petición ha sido propuesta a través de un recuadro preseleccionado que el usuario debe anular con el fin de negar su consentimiento. Cfr. Corte giustizia UE, Grande Sezione, 1 octubre 2019, n. 673, en *Guida dir*., 2019, 43, 30.



declaración de tipo autorizatorio de las reservas [5] y de los malentendidos [6] a los que pueden dar lugar las peticiones recibidas, el Reglamento se muestra sensible a la necesidad del usuario de ser protegido incluso de las insidias que en el contexto comercial digital pueden determinar la concesión de declaraciones que aun siendo conscientes, no son proporcionadas de una forma libre.

El Reglamento, de hecho, dedica especial atención a la libertad con la que se presta el consentimiento, que condiciona la vinculatoriedad de la declaración de voluntad con la que el sujeto lo exprime, antes incluso que la propia consciencia e inequivocabilidad de la misma; la libertad, en la definición de consentimiento informado proporcionada por el Reglamento, constituye de hecho, como adelanta además el considerando n. 32 y como asimismo emergía ya del literal del art. 23 del "codice della privacy", el primer e indisponible requisito que tiene que presentar la declaración para incluirse en ese consentimiento que legitima la recogida y el tratamiento de los datos de carácter personal.

Sin embargo, al contrario de lo previsto en la normativa anterior, la que introduce el Reglamento no se limita a requerir que el consentimiento sea otorgado de manera libre, más hace foco en determinados parámetros dirigidos a verificar tal libertad y proporciona además significativas indicaciones ermeneuticas para su uso.

Tanto es así, que del texto legislativo y de las consideraciones previas, se pone claramente en evidencia que el requisito de la libertad del consentimiento se considera por parte del legislador europeo como una prioridad considerando especialmente las, así llamadas, operaciones de *tying* [7], esto es de la práctica establecida especialmente (pero no solo) en el entorno digital, de subordinar la transferencia de bienes o la prestación de

---

[5] La declaración, como además se ha puesto de relieve por la definición legislativa mencionada, debe ser "especifica, informada e inequívoca". Por lo que, por encima de todo, de conformidad con el art 7, párrafo segundo, la petición debe ser formulada por el requirente de forma claramente diferenciada de cualesquiera otras y de manera comprensible y fácilmente accesible. Además, conforme a los arts. 13 y 14, la petición de transmisión de datos y consentimiento a su tratamiento, debe contener todas las informaciones relativas a la finalidad específica del tratamiento y a la eventual y futura posibilidad de usarlos para otros fines (*marketing* directo – envío de publicidad ad hoc – o indirecto – elaboración con fines estadísticos o estudios de mercado – perfilación).

[6] Tal y como ya estableció la Suprema Corte aplicando la normativa anterior (cfr. Cass., 2 julio 2018, n. 17278, en *Guida al dir*., 2018, 31, 20) el consentimiento no puede considerarse vinculante si se ha otorgado de manera genérica a través de una casilla que no indica la descripción detallada de los efectos de su aceptación y que reenvía por un link a otra página web. Siempre con el fin de promover la plena conciencia del declarante, la petición en cuestión debe informar al usuario también de los posibles destinatarios o categorías de los mismos de los datos de carácter personal obtenidos, del período de su conservación y de la posible puesta en marcha de un proceso de toma de decisiones automatizado, incluida la perfilación.

[7] Sobre el tema, cfr. S. THOBANI, *Operazioni di* tying *e libertà del consenso*, en *Giur. it*., 2019, 533 ss.



servicios supuestamente gratuitos al consentimiento del usuario para la recogida y sucesivo tratamiento de sus datos personales; la particularidad de estas operaciones radica en el hecho que es requerido el consentimiento para la recogida (o transmisión) y el tratamiento de los datos no necesarios para la concesión del servicio ofrecido, o el consentimiento para el tratamiento de los datos necesarios para la ejecución del contrato incluso para fines distintos y adicionales al mismo [8]. La referencia, por tanto, es principalmente a esas posibilidades, no específicamente tratadas como tales por el Reglamento, pero por el mismo a la vez debidamente tenidas en consideración, en las que el consentimiento integra una declaración de voluntad transaccional.

Así, conforme al párrafo 4 del art. 7, para evaluar la libertad del consentimiento, debe tenerse en cuenta específica y especialmente, aunque no de forma exclusiva, la posibilidad de que el otorgamiento del susodicho consentimiento se hubiera configurado como condición para la ejecución de un contrato. De la lectura de los considerandos emerge además que para verificar la libertad del consentimiento, especialmente en los casos en los que tenga que ser expreso para el acceso a bienes y servicios, es preciso confirmar si ello, por las modalidades por las que es requerido, "no perturba innecesariamente el uso del servicio para el que se presta" (considerando n. 32), o "si la ejecución de un contrato se supedita al consentimiento al tratamiento que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato" o, por último, "cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno" (considerando n. 42).

Con el fin además de dar más fuerza a la garantía en aras a la libertad del consentimiento, el considerando n. 43 subraya la posibilidad de que, en los supuestos en los que exista un desequilibrio manifiesto entre el interesado y el titular del tratamiento, "el consentimiento no deba constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal" puesto que resulta improbable que haya sido formulado libremente, haciendo presagiar que en estos casos el tratamiento sea legitimado por otro supuesto; el mismo texto incide a mayor abundamiento, debido a estos supuestos, en la presunción específica "que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pe-

[8] Se trata de supuestos en los que, como ha subrallado la doctrina, el consentimiento se ha "forzado". Cfr. V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, cit., 705 donde el Autor apunta que en las transacciones comerciales en las que el acceso al servicio está condicionado a la concesión del consentimiento, la libertad negocial resulta comprimida o cuando menos reducida, sin que además tal limitación suponga ninguna compensación de tipo patrimonial a favor de la parte contratante más débil.



se a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento".

Por tanto, en las relaciones en las que el usuario se encuentre en posición de particular debilidad respecto a la otra parte, en la que existe un desequilibrio de poder que pueda ser considerado significativo, el consentimiento que se pueda prestar por este ha de calificarse como no vinculante y, por consiguiente, la no transmisión de los datos requeridos o la falta de consentimiento para su tratamiento es absolutamente irrelevante para que el contrato pueda ejecutarse [9], de tal forma que la posible suspensión del servicio implica por parte del autor incurrir en incumplimiento contractual [10]. Esta protección mejorada se da en todo caso exclusivamente en los supuestos en los que el desequilibrio entre las partes se considere significativo por lo que, como emerge del literal del mencionado considerando n. 43, hablamos de casos que versen no tanto sobre un desequilibrio determinado porque las partes manejen distinta información, lo cual es propio de los contratos de consumo, sino más bien de supuestos particulares en los que la evidente subordinación del usuario hacia el titular del tratamiento haga sí que resulte improbable pensar que el consentimiento se haya prestado de una manera libre [11].

Más allá de estos supuestos, y por tanto respecto incluso de relaciones entre consumidores y el empresario en las que el desequilibrio implícito a la clase de relación es de tipo informativo y por consiguiente no precisa de una protección mejorada, la mera circunstancia que la prestación de un servicio sea condicionada a la transmisión de los da-

---

[9] Así, tal y como se ha confirmado por la jurisprudencia, precisamente en el supuesto en el que el desequilibrio entre las partes es evidente (más específicamente, en el acceso a un crédito), la posible subordinación de la exigibilidad de la prestación por parte del usuario a la concesión del consentimiento al tratamiento de sus datos, especialmente si son muy sensibles y no estrictamente necesarios para la relación en cuestión, queda sin efecto y el usuario tiene sin duda derecho a acceder al bien y al servicio. Cfr. Cass., 21 octubre 2019, n. 26778, en *Guida al dir*., 2019, 48, 76.

[10] Cfr. M. TRIGGIANI, *La banca non può bloccare l'operatività del cliente se questi non firma l'autorizzazione al trattamento dei dati (commento a Cass. civ., sez. I, ord. 21 ottobre 2019, n. 26778)*, en European Journal of Privacy & Technologies, 2019, II, 146.

[11] A parte de los supuestos en los que el titular del tratamiento sea la Administración Pública, al que hace expresa referencia el literal del mencionado considerando, son perfectamente equiparables al mismo los casos, mencionados también por las Directrices del grupo de trabajo sobre el consentimiento del 10 de abril de 2018 en su artículo 29 (que se pueden consultar aquí: *https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051*), en los que exista entre las partes una relación de trabajo por cuenta ajena, así como todos aquellos en los que el interés particular del usuario lo sitúa en una situación de clara debilidad respecto de la otra parte, entre los que se incluyen tanto las relaciones con las instituciones educativas (también referidas en las mencionadas Directrices) como las que se crean cuando se quiere acceder a un crédito.



tos (incluso sensibles y no necesarios para que pueda desarrollarse dicha relación) y a la concesión del consentimiento para su tratamiento (inclusive para finalidades adicionales a la prestación del servicio), no parece deba per se reputarse ilegítima; por consiguiente el eventual consentimiento expresado por el usuario no tiene por qué considerarse falto del requisito de la libertad.

El tenor del texto de la disposición de hecho no prohíbe formalmente condicionar la ejecución de un contrato a la concesión del consentimiento sino más bien, de manera mucho más modesta, apunta tal circunstancia como posible (quizás probable) indicio de adulteración de la libertad del declarante [12]. Tanto es así que una interpretación más rígida, como la sugerida por las Directrices del grupo de trabajo sobre el consentimiento del 10 de abril de 2018 en su artículo 29 [13] parece atribuir a la norma (art. 7 párrafo 4) un alcance mucho más coercitivo de lo que se pueda entender del tenor literal del mismo [14], y en algunos aspectos también no del todo ceñido a la *ratio* de la regulación introducida por el Reglamento, que está dirigida no tanto, y no solo, a garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal, sino también al mismo tiempo a promover su difusión [15] apoyando de esta forma el pleno desarrollo del tejido empresarial que se vale de los mismos.

---

[12] Cfr. C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, en *Contr. Impr*., 2020, 883.

[13] Mira lo apuntado en la nota 11. Más en particular, "El Grupo de trabajo considera que el consentimiento no puede considerarse libremente otorgado si el titular del tratamiento opina que se puede elegir por un lado entre el servicio por él prestado, que prevé la concesión del consentimiento al uso de los datos de carácter personal para finalidades adicionales al mismo, y por otro un servicio equivalente ofrecido por otro titular. En ese caso, la libertad de elección dependería de los otros operadores de mercado y del hecho que el usuario opine que los servicios ofrecidos por el segundo sean efectivamente equivalentes. Esto implicaría además la existencia de una obligación por parte del titular del servicio de controlar el pulso del mercado para garantizar la validez del consentimiento para su actividad de tratamiento de los datos, puesto que un competidor podría modificar su servicio en un momento posterior. Por lo tanto, el consentimiento obtenido con este argumento no respecta el reglamento general de protección de datos".

[14] Asimismo, de hecho, la Corte Suprema, aplicando la anterior legislación (vigente *ratione temporis*) vista también a la luz de Reglamento a punto de aprobarse, se aleja de las indicaciones más rígidas proporcionadas por las mencionadas Directrices, y considera libremente otorgado el consentimiento del usuario para el supuesto en el que el servicio ofrecido fuera totalmente fungible en tanto en cuanto objeto de una amplia y variada oferta en el mercado y por tanto de tal naturaleza que el usuario hubiera podido renunciar al mismo sin mayor sacrificio. Cfr. Cass., 2 julio 2018, n. 17278, cit.

[15] Respecto de la importancia que la doctrina introducida por el Reglamento da al momento en que empiezan a circular los datos de carácter personal, consulta F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, en *Nuove leggi civ. comm*., 2017, 375 ss.; F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà "fondamentali", tra mercato e persona: nuovi assetti*



2. – En el plano dogmático, una prohibición absoluta que implique subordinar el acceso a servicios digitales a la trasmisión de datos de carácter personal y a la concesión del consentimiento a su tratamiento, se perfilaría como una figura de tipo específicamente personalística que considera los datos de carácter personal como derechos absolutamente indisponibles y, *a fortiori*, no negociables de la persona. Muy al contrario, resulta evidente que la doctrina introducida por el Reglamento se dirige hacia una lógica distinta, que no presupone la absoluta indisponibilidad de los datos ni su falta de comerciabilidad, como surje además de la expresa previsión, de entre los derechos del usuario, del que hace referencia a la portabilidad de los propios datos (art. 20 del Reglamento) que atribuye específicamente al sujeto un poder de disposición que tiene por objeto el derecho de uso de una utilidad (los mismos datos) sobre el que él mantenía el control [16].

Como se ha mencionado con anterioridad, del literal de las disposiciones contenidas en el mismo, aparece de manera inequívoca que, tal y como ha puesto en evidencia la Suprema Corte [17] y confirmado incluso la jurisprudencia alemana [18], el Reglamento no establece de ninguna manera un principio de indisponibilidad de los datos de carácter personal y ello porque, desde la perspectiva axiológica, no persigue la finalidad de impedir la mercantilización de la persona, sino más bien, a la vista de los considerandos (véase especialmente los números 42, 43 y 89), la de inhibir la concentración de los datos en manos de unos pocos gestores. El objetivo final consiste en evitar que los operadores, aprovechándose de la diferencia de poder existente con los usuarios, consigan hacerse con más y más datos de manera básicamente gratuita, puesto que ello implicaría a la vez el riesgo de falsear la competencia, amén del de socavar derechos y libertades de

---

nell'ordinamento europeo?, en *Contr. Impr.*, 2018, 204; G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 2 s.

[16] Cfr. F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, *cit.*, 399.

[17] Cfr. Cass., 2 julio 2018, n. 17278, cit., según la cual "el ordenamiento no prohíbe el intercambio de datos de carácter personal, sino que exige sin embargo que tal intercambio sea fruto de un consentimiento pleno y de ninguna manera coaccionado". Para comentarios al mismo, F. FABIO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, en *Contr. impr.*, 2019, 34 ss.

[18] En particular modo, el *OberlandesgerichtFranckfurta.M.*, aplicando la doctrina contenida en el RGPD, ha excluído que la libertad, y por tanto la validez del consentimiento al tratamiento de los datos de carácter personal (con fines publicitarios) resulte perjudicada por el mero hecho que esto fuera condición para el acceso a bienes o servicios, ya que no se excluye que el usuario sea totalmente libre de decidir si el servicio valga sus datos, confiriendo por tanto reconocimiento jurídico al intercambio de datos con bienes y servicios. Cfr. T. PERTOT, *Libertà del consenso al trattamento dei dati personali e portata del c.d.* Koppelungsverbot*: il punto di vista dell'OLG Frankfurt a.M.*, in *Tecnologie e diritto*, 2020, 363 ss.



las personas físicas, con posibles discriminaciones y limitaciones a la libertad de autodeterminación.

El instrumento que parece más adecuado para perseguir el fin axiológico es garantizar lo máximo posible la autodeterminación individual. La prohibición de intercambiar bienes y servicios con datos de carácter personal, considerando las informaciones propias a la identidad del sujeto como atributos absolutamente indisponibles de la persona, no resultaría por el contrario de ningún modo propicio para tal fin, sino más bien correspondería con una lógica paternalística y, por tanto, tendente a privar de responsabilidad al mismo [19]. El Reglamento, por el contrario, sí ha puesto el foco del nuevo sistema normativo sobre la responsabilización del titular del tratamiento, más *a latere* ha impuesto al usuario determinados estándares de – elevada – atención dirigidos a promover la concienciación, individual y colectiva, respecto del valor, incluso económico, de la información contenida en los datos de carácter personal. El texto legal en su conjunto, precisamente, no solo no configura un principio general de indisponibilidad de los datos, más tampoco se intuye en el mismo siquiera un principio de gratuidad del consentimiento; más bien, se requiere convenientemente un mayor grado de determinación respecto del objeto de los contratos que se traduce en la imposición de un consentimiento específico otorgado a la luz de una información clara y detallada. Por lo tanto, es con toda seguridad admisible la disposición onerosa de los datos de carácter personal y, en consecuencia, el intercambio de los mismos con bienes y servicios. En todo caso, cabría preguntarse cuál sería el objeto de la disposición y sus efectos.

De manera preliminar, conviene subrayar al respecto que la construcción del consentimiento como declaración de voluntad, en estos supuestos, en los que tiene naturaleza transaccional, no determina necesariamente que los datos se consideren como bienes en un sentido esctricto [20], ni implica mucho menos la aceptación de la mercantilización de la persona y por lo tanto tampoco determina un empobrecimiento de la protección del sujeto al que se refieren, puesto que no modifica de ninguna manera el posicionamiento del interés protegido dentro de la jerarquía de los valores del sistema. La protección real, asociada al derecho fundamental de la persona a la protección de sus datos de carácter

[19] Tal y como ha puesto de relieve la doctrina, en términos de protección del individuo, la utilidad de lo articulado por el Reglamento no se valora por los remedios *ex post*, sino más bien por la posibilidad de garantizar *ex ante* un ejercicio adecuado de la autodeterminación. Cfr. S. THOBANI, *Operazioni di* tying *e libertà del consenso*, cit., 536.

[20] Como ha evidenciado la mejor doctrina, el concepto de bien no está estrictamente conectado al disfrute de forma exclusiva, sino más bien a satisfacer una necesidad humana, calidad que con toda seguridad posee la información. Cfr. P. PERLINGIERI, *Informazione come bene giuridico*, en *Rass. dir. civ.*, 1990, 327 ss.



personal, no resulta por ello mínimamente mermada ni mucho menos reemplazada, sino por el contrario confirmada y reforzada gracias a la tutela de tipo relativo, esto es contractual, de tal manera que, en la confección de los remedios, refleja esa inevitable intersección de planos que se aprecia a nivel axiológico. Resulta claramente evidente de hecho, que precisamente los acuerdos por los que las partes intercambian servicios digitales y datos personales, reflejan la falta de consistencia de la manida dicotomia entre persona y mercado [21]. La protección del interés a la autodeterminación de la propia identidad, claramente precisa que se garantice un control sobre los datos de carácter personal, sobre su recogida, tratamiento y difusión. La necesidad de balancear esto con la exigencia contrapuesta, que bien merece igual protección y que se ha expresamente valorizado por la normativa europea, que consiste en proteger y fomentar la circulación de los datos de carácter personal, conlleva inevitablemente a toparse con figuras propias de la tutela aquiliana y contractual.

3. – Si bien el Reglamento demuestra reconocer en algunos supuestos naturaleza transaccional al consentimiento aun cuando no adopta una posición definida respecto de la mercantilización de los datos de carácter personal, las directivas n. 770 y 771 de 2019 aclaran cualquier duda al respecto. En particular modo, la n. 770 [22] regula precisamente esta clase de intercambios que connotan los datos de carácter personal de una segura patrimonialidad, presupone la posibilidad de su cesión incluso a título oneroso y predispone, en el ámbito de las soluciones, la protección relativa propia de la dimensión contractual, que se añade a la absoluta, aquiliana, que se garantiza por la lesión del derecho a la propia personalidad; la n.771 [23] refuerza la protección derivada de contrato que se garantiza al consumidor por el incumplimiento del agente económico de los contratos de compraventa de bienes que lleven incorporados o interconectados contenidos o servicios de tipo digital.

---

[21] Tal y como insiste la doctrina al respecto, la dicotomia entre persona y mercado es, en realidad, un falso problema y ello se deduce de toda la historia de la evolución del derecho europeo en varios sectores, tales como medio ambiente, protección de los consumidores, patrimonio cultural y emisiones televisivas. Cfr. S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, en *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 626.

[22] Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

[23] Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE.



El análisis del dato positivo, si es realizado prescindiendo de encasillamientos rígidos y preconcebidos, demuestra que el silogismo "contrato – patrimonialidad de los bienes objeto de intercambio – reificación de los datos de carácter personal en la lógica de la propiedad", es solamente aparente.

En este sentido, no puede pasarse por alto que no solo el Reglamento no admite de forma expresa ni la licitud de la cesión a título oneroso de los datos de carácter personal, ni la calificación de contrato respecto del acuerdo en virtud del cual se realiza el intercambio, sino también el literal de la directiva n. 770 demuestra ser especialmente cauto al respecto, al utilizar una sintaxis ambigua [24].

Con todo, conviene subrayar que en fase de desarrollo, el texto de la mencionada directiva, con el expreso objetivo de garantizar al consumidor la plena tutela contractual con independencia de cualesquiera contraprestaciones a las que fuera obligado, utilizaba, al tratar el contracto oneroso de oferta de contenidos y servicios digitales, una fórmula literal que establecía un precio y el cumplimiento de una prestación no pecuniaria bajo la forma de datos de carácter personal, como si fueran polos alternativos para una misma compensación [25]. Al respecto no obstante, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, aun compartiendo "el objetivo de propuesta de la Directiva...para mejorar la protección de los consumidores que están obligados a revelar datos como condición para el suministro de «bienes digitales»" apuntaba que "la propuesta plantea un aspecto problemático, ya que será aplicable en situaciones en las que el contenido digital se obtenga por el pago de un precio, pero también cuando el contenido digital se suministre a cambio de una contraprestación no monetaria en forma de datos personales o de otra índole" y por tanto advertía "contra cualquier nueva disposición que introduzca la idea de que los ciudadanos pueden pagar con sus datos del mismo modo que con su dinero. Derechos fundamentales como el derecho a la protección de los datos personales no pueden quedar sometidos al puro interés de los consumidores, como tampoco deben considerarse los datos personales como una mera mercancía" [26].

El legislador europeo opta por tanto por una fórmula menos explícita y en su art. 3, a

---

[24] Cfr. C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 79 ss.

[25] Cfr. V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, cit., 710; M. G. FANELLI, *Le nuove proposte di direttiva sulla vendita* on line *e a distanza di beni e sulla fornitura di contenuti digitali,* en *Contr. Impr.,* 2016, 355 ss.

[26] Cfr. Dictamen GEPD 4 del 14 de marzo de 2017. La síntesis en español se puede consultar en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XX0623(01)&from=ES*; el texto completo puede consultarse en EN, FR y DE en el sitio WEB del SEPD *www.edps.europa.eu*.



la hora de definir el ámbito de aplicación de la Directiva, diferencia el "contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio" del "supuesto" en el que, ante el mismo compromiso por parte del empresario, el consumidor "facilite o se comprometa a facilitar datos personales", identificando de tal manera, al menos en el plano formal, dos modelos distintos [27].

Aunque la norma, cuya fórmula el legislador italiano parece querer trasponer literalmente al ordenamiento nacional [28], intente diferenciar los dos supuestos de cara a evitar que los datos de carácter personal puedan ser equiparados del todo a su equivalente monetario [29] y tenga a bien precisar en el considerando n. 24 que "al tiempo que reconoce plenamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, la presente Directiva debe garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales", en el fondo parece evidente que los datos de carácter personal resultan absolutamente idóneos como moneda

[27] Con respecto a la posible configuración de dos modelos distintos de suministro, y especialmente sobre aquél por el que el consumidor suministra o se compromete a suministrar sus datos de carácter personal para el acceso a servicios o contenidos digitales, se remite a la reconstrucción crítica de C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, en *Giust. civ*., 2019, 505 ss. y especialmente páginas 510 y 513.

[28] Cfr. el "Proyecto de Decreto Ley para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (art. 1 de la Ley de 22 de abril de 2021, n. 52)", Acto de Gobierno n. 269 sometido a dictamen parlamentario y que se puede consultar en *https://www.camera.it/leg18/682?atto=269&tipoAtto=Atto&idLegislatura=18&tab=1*. El texto propone incluir en el Código del Consumidor (Decreto Ley n.206 del 6 de septiembre de 2005), tras el capítulo I del título III de la parte IV, el capítulo 1-*bis* y en su articulado, más específicamente en el art. 135.8, párrafo primero, configura como una única situación, tal y como se rige por el texto a trasponer, los "contratos de suministro de contenido digital o de servicios digitales confeccionados entre consumidores y profesionales"; en el párrafo segundo, al abordar las definiciones, se cuida de distinguir el "precio", que identifica con "la cuantía de dinero o una representación digital del valor que se debe como contraprestación por el suministro de contenido o servicio digitales", y los "datos de carácter personal" para cuya definición se remite textualmente a la proporcionada por el Reglamento (UE) 2016/679; y para terminar, en los párrafos tercero y cuarto, se vuelve a insistir en la ambigua sintaxis de la directiva al distinguir "cualquier contracto" en el que la contraprestación del servicio o contenido digital sea un precio y "el supuesto" en el que el consumidor proporcione o se comprometa a proporcionar datos de carácter personal.

[29] Constata que "los temores del Supervisor eran producidos por el dictado más incisivo y digamos despojado de toda hipocresía de la propuesta de la directiva", que, de una manera más oportuna, hablaba de "contraprestación no pecuniaria" en contraposición al "pago de un precio" C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., 894.



de cambio y puedan desvincularse, en cierta medida, de esa indisponibilidad propia de los derechos de la persona, tal y como valora el propio Reglamento y de manera incontestable confirma la mencionada directiva que en sus considerandos, se refiere expresamente a ambos supuestos de intercambio con el nombre "contrato" [30], y pretende precisamente regular los efectos del negocio jurídico constituido con la disposición [31]. Por otra parte, desde la perspectiva axiológica, considerar el intercambio por el que el consumidor proporciona datos personales en lugar de una contraprestación monetaria como algo distinto del contrato con prestaciones recíprocas, acabaría justamente por desvirtuar la *ratio* de la directiva, puesto que la falta de relación sinalagmática entre las dos prestaciones inhibiría la activación de los instrumentos de protección propios del contrato [32], tales como la excepción por incumplimiento y la resolución por incumplimiento con la correspondiente acción restitutoria, negando de tal forma al con-

[30] Cfr. considerandos n.24 y n.25.

[31] Se ha apuntado por la doctrina que la sintaxis usada por el Supervisor evidencia que no se pretende negar que los datos personales puedan ser objeto de mercantilización, más la intención es prevenir que se traten de una forma distinta a otros bienes con base en su inherencia innata a la identidad de la persona. Cfr. R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali,* en *Contr. impr*., 2020, 769 s. Es oportuno poner de relieve al respecto, como el mismo autor no deja de destacar, (*ibidem*, 779), que la directiva 2019/2161 (Directiva 2019/2161/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión) ha añadido al art. 3 de la directiva 2011/83/UE (Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) el punto 1 bis que amplía su ámbito de aplicación y por tanto el correspondiente en la norma nacional (arts. 45-67 del Código del Consumidor), a los acuerdos con los que el profesional proporciona contenidos o servicios digitales y el consumidor entrega a cambio o se compromete a entregar datos personales. Esta disposición en definitiva define estos acuerdos, al menos implícitamente, como contratos de intercambio con prestaciones recíprocas (ver también el art. 2.6 donde la definición de «contrato» está basada en la prestación del profesional).

[32] Por otra parte, incluso la Autoridad Italiana de la Competencia y de los Mercados [AGCM, N.d.T.], precisamente con respecto a la transmisión de datos para el acceso a un servicio informático (específicamente el *social network facebook*) ha vuelto a insistir en el valor económico del patrimonio informativo que constituyen los datos de los usuarios, justamente por el uso al que se los destina (perfilación para su uso comercial y finalidades de marketing); tal valor es por tanto perfectamente idóneo para configurar la existencia de una relación de consumo entre el profesional y el usuario que disfruta del servicio aunque no exista una contraprestación monetaria, y en este sentido confirmando expresamente "la naturaleza de contraprestación no pecuniaria de los datos de los usuarios de redes sociales". Cfr. Disposición AGCM del 29 de noviembre de 2018, que se puede consultar en *https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11112_scorr_sanz.pdf*.



sumidor precisamente esa protección adicional que la directiva aspira a garantizarle [33].

Por lo tanto, más allá de las precauciones y las reticencias textuales de la directiva 2019/770/UE, que en el fondo termina más bien reconociendo formalmente el intercambio entre bienes o servicios y datos de carácter personal [34], del conjunto emerge el meridiano reconocimiento del valor incluso económico-patrimonial que llevan aparejados los datos personales [35], sin inmutar su pertenencia a la esfera no patrimonial de la personalidad, así como su condición objeto de actos dispositivos, incluso a título oneroso [36].

Una vez individualizado el esquema abstracto a través del cual se configura el intercambio entre contenidos o servicios digitales y datos personales, la directiva no especifica ni la naturaleza de la prestación del consumidor (de *dare* o de *facere*), ni el objeto de la misma, ni tan siquiera el derecho que la otra parte adquiere sobre los datos transmitidos, limitándose a regular algunos aspectos de los instrumentos de defensa contractuales con el fin de garantizar al consumidor una protección reforzada para el caso de eventuales problemas en la relación bilateral. Es por ello necesario recurrir a la interpretación,

---

[33] De la misma opinión V. RICCIUTO, *Il contratto e i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, en *Riv. dir. civ*., 2020, 655 ss.

[34] Es indiscutible que el legislador reconoce formalmente el mercado de los datos personales y aunque no, como apunta la doctrina, específicamente una "tipificación del negocio jurídico contenidos/servicios digitales y datos de carácter personal" (cfr. R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., 766), sin lugar a duda la tipificación de la operación económica representada por el intercambio entre contenidos o servicios digitales y datos personales que las partes pueden luego encuadrar en distintas fórmulas contractuales, por lo general de obra y servicio o de arrendamiento en algunos casos vinculados a contratos de compraventa de dispositivos digitales (que implica la conexión funcional entre esta directiva y la n. 771/2019/UE). Sobre esto último, puedes consultar V. RICCIUTO, *Il contratto e i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 643 ss.

[35] Respecto de la información como bien patrimonialmente relevante, dirigido a satisfacer la necesidad humana de conocimiento, se remite a las enseñanzas de P. PERLINGIERI, *Informazione come bene giuridico*, cit., 327 ss. Incluso la jurisprudencia administrativa ha recientemente confirmado la relevancia del valor económico de los datos y la obligación por parte del agente económico de informar adecuadamente al consumidor respecto de la forma de contraprestación que la comunicación de datos asume en determinadas circunstancias, especialmente en el acceso a las redes sociales. Cfr. T.A.R. Roma, (Lazio) sección I, 10 enero 2020, n.260, en *Foro Amm.*, 2020, 99. Sobre el tema, G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, en *Dir. inf*., 2020, 634 ss.

[36] Se ha puesto de relieve por parte de la doctrina que "la "monetización" de los datos personales no sea per se nada inapropiada ni jurídicamente "sospechosa", siempre que el consentimiento en cuestión represente una efectiva expresión de autodeterminación informativa": G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, en *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2018, 432 s. Con todo, parece oportuno por el contrario adecuar y modernizar el propio concepto de "precio" a un mercado cambiante, incluyendo en el mismo, a parte del dinero, también los datos de carácter personal. Cfr. A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, en V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V. RICCIUTO (a cargo de), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1390.



desde la óptica de la regulación del contrato, para poder definir los elementos constitutivos y los efectos de la misma, con el fin de identificar la normativa a aplicar a los aspectos no expresamente regulados por la directiva.

Parece en todo caso evidente que la particularidad de los valores objeto de intercambio no permite remitir a las disposiciones generales sobre contratos sin tener en cuenta los ajustes pertinentes [37].

3.1. – Respecto del acuerdo por el cual se produce el intercambio entre prestación de contenidos o servicios digitales y datos personales, no parece caber duda alguna que puedan englobarse las disposiciones relativas a la validez del mismo, con todas las puntualizaciones que sean necesarias debido a la particularidad de la situación en la que se halla. En este sentido de hecho, la directiva (considerando n. 12) deja de manera expresa al derecho de cada estado miembro la regulación de todas las cuestiones no abordadas por la misma, entre las que se encuentra precisamente la validez del contrato.

Naturalmente, como ya se ha apuntado, siempre que el consentimiento a la recogida y tratamiento de los datos personales sea condición para el acceso a los servicios y se considere por tanto, de hecho, como una contraprestación, de cara a valorar el requisito de la libertad del consentimiento es preciso en primer lugar, a la luz de los parámetros ofrecidos por la directiva arriba mencionados, comprobar que sea manifestación del derecho de autodeterminación y haya sido por tanto prestado libremente y que no exista entre las partes un desequilibrio de poder significativo. Con el fin de garantizar que el consentimiento revista tal condición de expresión de autodeterminación, es indispensable que el usuario sea plenamente consciente de la naturaleza no gratuita de la oferta que recibe y del papel que desempeña el propio consentimiento en el intercambio.

Si el consentimiento no reúne tales requisitos y en particular no haya existido una posibilidad real de elección por parte del usuario, este sin duda podrá hacer valer su derecho declarando la ilegalidad del tratamiento según dispone la directiva, e incluso podría tener acción de nulidad del contrato (por ir contra normas imperativas y por ilegalidad de la causa) si le fuera más favorable [38].

---

[37] Cfr. S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, cit., 633 ss.que advierte que "«nuestras gafas» siguen valiendo, mas, si necesario, debemos «graduarlas» de forma periódica" (*ibidem*, 640).

[38] Recientemente, la jurisprudencia del orden administrativo ha vuelto a insistir sobre la ilegalidad de las declaraciones de gratuidad del contrato por parte de los gestores de redes sociales (cfr. Cons. Stato, sección



Para que el consentimiento pueda considerarse válidamente prestado, es preciso que la voluntad pase por el tamiz de la libertad y de la consciencia según las reglas propias del derecho de los contratos, amén del ulterior control requerido por el Reglamento [39]; por tanto, es necesario que el consumidor sea capaz para obligarse, que comprenda la obligación que asume y que su consentimiento sea libre y voluntario y no se den las circunstancias propias del contrato perfeccionado en estado de necesidad o de peligro inminente.

Considerando especialmente las causas de anulabilidad, si debe considerarse que el contrato suscrito con menores o incapaces sea *a priori* anulable, no se puede pasar por alto que el art. 8 del Reglamento otorga de forma expresa valor al consentimiento del menor al que se dirige una oferta directa de servicios de la sociedad de la información, y por tanto legitima la recogida y el tratamiento de los datos personales, siempre que este haya cumplido 16 años de edad (o una edad inferior, nunca por debajo de los 13 años, establecida por los Estados miembros, en Italia fijada en los 14 años). Además, es preciso tener debidamente en cuenta la peculiaridad del objeto del intercambio y el lugar en el que se vaya a producir.

En este sentido, no requiere de mayor explicación que el engaño por parte del menor sobre su edad se antoje seguramente mucho más fácil de conseguir, así como la posible mala fe de la otra parte más complicada de demostrar, si nos hallamos en un lugar, identificado con el mundo digital global, en el que el acuerdo se alcanza sin contacto entre las partes [40]. Esto implica sin duda un déficit de protección del "no capaz" si es comparado con un contrato confeccionado según la modalidad tradicional, y es por ello que es preciso balancearlo con una reducción del área de tolerancia generalmente reservada a los micro contratos del día a día que eluden la invalidez; es decir, es preciso considerar como ajenos a la llamada "micro contratación del día a día", en la que se engloban los contratos celebrados por menores para la adquisición de bienes y servicios de cuantía re-

---

VI, 29 marzo 2021, n.2631, en GiustiziaCivile.com, 2021), confirmando de tal manera que los que una doctrina previsora llamaba "publicidad para crédulos" (cfr. G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 414), entre los que contamos precisamente el usado por los gestores de redes sociales ("is free and will always free") invalidan el consentimiento al suprimir la libertad y la conciencia con el que se debe prestar.

[39] Sobre el tema, C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., 875 s.

[40] Por lo tanto, el contexto en el que se alcanza el acuerdo y las modalidades con las que se llega a producir el intercambio de los consentimientos, determinan una inevitable ampliación de los supuestos en los que el profesional podrá hacer valer el art. 1426 y las vías de escape del art. 428 cod. civ. Sobre esto, S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, cit., 635.



ducida, todos los intercambios efectuados en el marco digital. Estos intercambios, de hecho, implicando de un modo u otro la transmisión de datos personales, adquieren en sí mismo un valor, incluso económico, que implica necesariamente un riesgo de sufrir una lesión y que por tanto requieren que la protección que se brinda al menor por parte del ordenamiento jurídico opere en su plenitud.

En este sentido parece que tengamos que leer el art. 8 del Reglamento, que aunque considere incluso el consentimiento del menor que haya cumplido los 16 años de edad (14 en Italia) como una base válida que legitima el tratamiento de los datos personales, se cuida de precisar que "el apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño"[41].

Por otra parte y con todo, no puede infravalorarse tampoco el particular objeto del intercambio (los datos personales) que, si por una parte es perfectamente idóneo a exponer a riesgo de lesión la esfera no patrimonial de los intereses de la persona, por otra es al mismo tiempo dirigido a exprimir su personalidad y por tanto a ejercer ese poder de autodeterminación identitaria que no puede considerarse, al igual que cualquier otro poder dirigido a la protección de la esfera personal del menor, condicionado a la adquisición de la capacidad para actuar, dato formal de la edad anagráfica, sino a la adquisición de la capacidad de entender que determina, sobre la base de un dato sustancial, la graduación de las facultades jurídicas que se le atribuyen en función de una madurez progresiva y concretamente alcanzada[42]. La comprobación de esta madurez, que se puede deducir en primera instancia por

[41] Confirmando de tal forma la clara tendencia a garantizar la máxima protección al menor que emerge del conjunto de la norma reglamentaria y evidenciada por el art. 6 que en el supuesto en que lo que legitima el tratamiento es no tanto el consentimiento del interesado sino el legítimo interés del titular del mismo o de terceros, atribuye expresamente una relevancia mayor a la exigencia de protección de los datos personales del interesado, como posible circunstancia impeditiva para el tratamiento, cuando este sea un menor. La particular protección que el Reglamento otorga al menor emerge claramente de los considerandos n. 38, 58 y 65 y se confirma por la tutela específica configurada en los arts. 12, 40 y 57. Respecto del consentimiento digital del menor y los distintos medios de protección que la norma prevé, consulta A. ASTONE, *L'accesso dei minori di età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali*, en *Contr. impr.*, 2019, 614 ss. y especialmente 624 y ss.

[42] De hecho, como ha sido subrayado por la doctrina, en estos supuestos el contrato sirve como instrumento para la realización de los derechos de la persona y ello implica reconocer la capacidad contractual al menor con atención. Cfr. R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, 71, 88 y siguientes que perfila al respecto la categoría "indeterminada pero determinable en función de las condiciones singulares del sujeto en cuestión" de los "actos identitarios de la vida corriente" que tiene que ver con actos caracterizados en el plano cualitativo por la función desempeñada, directamente re-



el dato formal que la presume, como la edad mínima requerida para el otorgamiento del consentimiento por ley (14 años) o la mayor en su caso fijada por el contrato (sobre la base de la reglamentación de acceso del servicio en particular), debe considerarse en última instancia confiada al parecer del juez, que en su apreciación de los hechos, a valorar sobre la base de las específicas circunstancias del caso concreto [43], tendrá que proporcionar al menor la protección específica garantizada por el Reglamento [44].

3.2. – Respecto del objeto del contrato, es oportuno en primer término poner de manifiesto que el art. 1346 no es de aplicación, pues en los contratos que tienen por objeto el tratamiento de datos de carácter personal, por mandato reglamentario, el consentimiento circunscribe los límites de la legalidad, tanto en lo que respecta a la tipología de datos que se transmiten o que pueden ser recogidos, como respecto de la finalidad del tratamiento; por lo tanto el objeto del contrato resulta ser siempre necesariamente determinado no pudiendo ser bastante la mera determinabilidad [45].

Es preciso además determinar qué datos personales constituyen y pueden ser objeto del intercambio.

En primer lugar, hay que excluir los datos necesarios para proporcionar el contenido o servicio digitales; la transmisión de los datos imprescindibles para la ejecución del contrato no constituye objeto de intercambio puesto que la correspondiente declaración, si se limita a la transmisión de estos datos y a su tratamiento, necesario para el suministro requerido, se debe considerar como declaración de voluntad no contractual, dirigida a la realización del interés previsto en el contrato que en sí mismo sigue siendo gratuito. Por otro lado, el tratamiento de estos datos, en los límites tratados, encuentra su legitimación

---

lacionada con la específica situación existencial del sujeto en cuanto expresión de su personalidad individual (*ibidem*, 155 y siguientes, y especialmente 215 y siguientes).

[43] Respecto de la importancia de una comprobación de la capacidad de entendimiento del menor y por tanto de la plenitud de su consentimiento, referente al consentimiento contractual relativo al tráfico de sus datos personales, consulta C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, en *Giust. civ.*, 2019, 619 y siguientes.

[44] Cfr. considerando n.38 según el cual una "protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño".

[45] En el mismo sentido consulta G. RESTA, *Autonomia contrattuale e diritti della personalità nel diritto dell'UE*, in *Aggiornamento*, *Digesto on line*, 2013; R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali,* cit., 771.



no ya en el consentimiento, sino precisamente, por el art. 6.1 del Reglamento, en la circunstancia que "el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte" [46].

Objeto del intercambio son por tanto los datos personales cuya recogida y tratamiento encuentran legitimación exclusivamente en el consentimiento negocial del interesado, esto es las informaciones no necesarias al suministro de contenidos digitales o a la prestación del servicio digital, o la autorización a un tratamiento de los datos necesarios cuya finalidad no esté estrechamente vinculada a la ejecución de la prestación del profesional.

En principio, parece oportuno considerar objeto de intercambio incluso los datos que se pueden englobar en las así llamadas "categorías especiales" [47], pues son idóneos para revelar los aspectos más íntimos de la personalidad. Es cierto que la directiva no trata las condiciones de legalidad del tratamiento de los datos personales, remitiendo de manera expresa (considerandos número 37 y 38 y art. 3.1) a lo dispuesto en el Reglamento. Respecto de los datos que se engloban en las categorías especiales, el Reglamento atribuye al sujeto, en el ejercicio de su poder de control, el derecho a establecer excepciones a la prohibición de tratamiento establecido por el art. 9.1, legitimando la recogida y el tratamiento incluso de esta tipología de datos (epígrafe 2.a) de la misma disposición) prestando su consentimiento explícito [48], o (al amparo de la letra e) del mismo epígrafe) haciendo públicos los mismos datos. Si por un lado es cierto que el propio Reglamento promulga el principio de necesidad y minimización de los datos, por otro es preciso considerar que de acuerdo con lo previsto por la directiva n.770, que presupone la legitimidad de la oferta de contenidos y servicios digitales condicionados al suministro por parte

[46] La directiva excluye expresamente de su ámbito de aplicación "las situaciones en las que el empresario recabe datos personales exclusivamente para suministrar contenidos o servicios digitales" (considerando n.25) y el Art. 3.1 en su segundo párrafo, a la hora de definir su ámbito de aplicación, vuelve a insistir sobre su inhibición en los supuestos en los que la recogida y el tratamiento de los datos tengan una base de legitimación distinta del consentimiento.

[47] La figura de las categorías especiales de datos personales, a las que el Reglamento dedica el Art. 9, sustituye, englobándola y ampliándola, a la de los datos sensibles (el Art. 22 del Decreto Legislativo del 10 de agosto de 2018 n.101, sobre "Disposiciones para la adaptación de la normativa nacional a las disposiciones del Reglamento (UE) 2016/679, expresamente dispone que siempre que hablemos de "datos sensibles", nos estemos refiriendo a las categorías especiales de datos del Art. 9 del Reglamento). Para ampliar información sobre la categoría de datos propios de categorías especiales, M. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel reg. UE 2016/679*, en *Nuove leggi civ. comm*., 2017, 167 y siguientes.

[48] Respecto de las características que debe reunir el consentimiendo para el tratamiento de las categorías especiales de datos, consulta A. CATALETA, *Categorie particolari di dati: le regole generali e i trattamenti specifici*, en G. FINOCCHIARO (obra dirigida por), *La protezione dei dati personali in Italia*, Bologna, 2019, 204 y ss., especialmente. 214 y ss.



del usuario de sus datos personales para uno o más tratamientos, relacionada con el mencionado art. 9 del Reglamento, que atribuye al sujeto el derecho de legitimar la recogida y el tratamiento de sus datos incluso si pertenecen a categorías especiales, aun exigiendo un alto estándar de responsabilidad al empresario, parecen sin duda legitimar el intercambio contractual incluso de datos sensibles, siempre que el consentimiento prestado en el momento de la contratación haya sido expreso y reúna los requeridos requisitos de libertad y comprensión, que se tienen que valorar según los parámetros fijados por el art. 7.4 del Reglamento [49].

Respecto de los atributos inmateriales de la persona, va consolidándose sin duda la lógica de mercado que considera ajena a la esfera de la indisponibilidad, la información relativa a aspectos incluso sensibles de la personalidad del sujeto, para constituir objeto de intercambio y por tanto incluso de obtención de beneficios. Con todo, hay que señalar por el contrario que el cuerpo y sus partes se mantienen en el área del *market – inalienability* en el que no hablamos de rígida inalienabilidad, sino más bien de un más flexible principio de gratuidad, y por lo tanto de una prohibición de enajenación a título oneroso [50].

Es por tanto relevante apuntar que, entre los datos personales, y más específicamente

---

[49] Parece por tanto oportuno inclinarse a pensar – siempre que no estemos ante una de las circunstancias (previstas por el considerando n.43 del Reglamento) en las que el usuario se halla en posición de especial debilidad respecto de la otra parte, en las que exista un desequilibrio significativo de poder y por tanto, como se ha dicho, el consentimiento prestado por este debe considerarse no vinculante – como no relativa a los contratos de suministro de contenido y servicios digitales celebrados entre empresario y consumidor la visión de la Corte Suprema (Casación civil, secc. I, 21 octubre de 2019, n. 26778, en *Giust. civ. Mass*., 2019), que, aplicando el principio de minimización del uso de los datos, ha considerado nula por incumplimiento de normas imperativas la cláusula contractual mediante la cual un operador subordine sus prestaciones a la concesión del consentimiento para el tratamiento de los datos sensibles. Como recientemente ha confirmado también la jurisprudencia del orden administrativo, declarada no ajustada a derecho la declaración de gratuidad de las ofertas contractuales que se subordinan a la obtención de datos, la decisión del sujeto de consentir al tratamiento de sus datos constituye un ejercicio de libertad económica (cfr. Consejo de Estado, sec. VI, 29 marzo 2021, n. 2631, cit.) y no parece hallarse en las normas una prohibición generalizada para disponer en el mismo sentido de los datos propios de las categorías especiales, si tenemos en cuenta además que el mencionado art. 9 del Reglamento, no solo posiciona el consentimiento como una de las primeras causas que legitiman la recogida y el tratamiento de estos datos, manifestando de tal forma incluso cierta disponibilidad de los mismos, sino tampoco deja autonomía alguna a los Estados miembros para que puedan consentir una limitación general de este poder de disposición. Sobre el tema, consulta M. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel reg. UE 2016/679*, en *Nuove leggi civ. comm*., 2017, 171; F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., 381; A. CATALETA, *Categorie particolari di dati: le regole generali e i trattamenti specifici*, cit. 222 ss.

[50] Cfr. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, en *Riv. dir. civ*., 2002, 801 ss., espec. 811 ss.



entre los de categoría especial, hallamos informaciones propias de la dimensión corpórea, tales como los datos genéticos, los biométricos o los relacionados con la salud, que impactan y suponen un alto riesgo incluso para la dimensión psíquica del sujeto en cuestión [51]. Parece entonces posible considerar que estas informaciones, a las que el derecho positivo dedica una especial atención [52] y que comparten el mismo ámbito de interés en el que se halla el cuerpo y en particular modo impactando en la dignidad de la persona en esa parte más vulnerable y axiológicamente *potiore*, deban permanecer fuera del alcance de la disponibilidad del sujeto, configurándose como límites a su poder de autodeterminación y tengan la tendencia a incluirse en el área del *market–inalienability* no pudiendo constituirse como objeto de intercambio [53].

Parece por lo tanto oportuno pensar que, por regla general incluso los datos que per-

[51] Al respecto hay que señalar que el art. 3 de la Carta de los Derechos fundamentales (Tratado de Niza) proclama el derecho a la integridad de la persona en sus componentes psique y soma, reconfigurando de tal forma en una "unidad jurídica las dos dimensiones del alma y del cuerpo, psique y soma, que una dilatada tradición jurídica, sobre todo civil, había separado": G. ALPA-G. RESTA, *Le persone e la famiglia. 1. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, 2° ed., en R. SACCO (dirigido por), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2019, 402 ss.

[52] En especial, por lo dispuesto por el art. 9.4 del Reglamento (que presta particular atención al tratamiento de los datos genéticos, biométricos o relativos a la salud legitimando a los Estados miembros a mantener o implementar ulteriores condicionantes o limitaciones a su tratamiento) y por el considerando n.53 (que expresamente trata estas informaciones relacionadas con el ámbito corporal como las que mayor atención merecen de entre los datos personales que se incluyen en la categorías especiales) parece tomar forma una señal dirigida a sustraer a la plena disponibilidad del sujeto la difusión y el uso de estos datos, cuyo tratamiento debería encontrar legitimación no tanto en el consentimiento, sino en otra circunstancia de las previstas en la norma, en la que la especial importancia de los intereses en juego (sobre todo relativos a la salud individual y colectiva) justifica la repercusión de la esfera personalísima del sujeto. El legislador italiano, de hecho, en la aplicación de la norma reglamentaria, ha introducido en el "codice della privacy", en su art. 2-*septies*, especiales medidas de protección para el tratamiento de datos genéticos, biométricos y relativos a la salud, desarrolladas luego por el Organismo de Control en su disposición n.149 de 5 de junio de 2019 (cfr. el «Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101», publicado en la «Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 176 del 29 luglio 2019» y que se puede consultar en la página web *www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9124510*), confirmando de tal forma la insuficiencia del consentimiento del interesado y substrayéndolos por tanto a su control exclusivo. Sobre el contenido de la disposición, se remite al análisis hecho por B. SIRGIOVANNI, *Dal consenso dell'interessato alla "responsabilizzazione" del titolare del trattamento dei dati genetici*, en *Nuove leggi civ. comm*., 2020, 1010 ss., espec. 1019 ss.

[53] En virtud del principio por el cual la persona debe ser el fin último de la tutela y nunca el medio o el instrumento para la satisfacción de determinados intereses, por mucho que recaigan en el propio sujeto. Sobre el tema, se remite a las enseñanzas de S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 140 ss. y *passim*. Respecto de la diferencia axiológica entre los atributos inmateriales de la persona y el cuerpo que surge del análisis conjunto del art. 3.2.d) y el art. 8.2 de la Carta de los derechos fundamentales (Tratado de Niza), se remite a las consideraciones de G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, 102 ss.



tenecen a las categorías especiales pueden ser objeto de intercambio y pueden por tanto transmitirse y autorizarse su recogida y tratamiento con declaración de voluntad negocial para (y como contraprestación por) la adquisición de contenidos y servicios digitales, más la libertad de autodeterminación del sujeto encuentra un límite si las informaciones versan sobre datos genéticos, biométricos y relativos a la salud, que el sistema considera como una especie de *species* del *genus* "datos sensibles", merecedor de una protección reforzada, y para los cuales debe operar el principio de gratuidad y por tanto la prohibición de cesión onerosa. De esta forma, la posible supeditación del acceso a contenidos o servicios digitales a la trasmisión de esta tipología de datos o al consentimiento para su tratamiento, debe considerarse indudablemente como muestra de invalidez del consentimiento, prestado faltando el requisito de la libertad, y por tanto de ilegalidad del correspondiente tratamiento, así como causa de nulidad del acuerdo por falta de causa en el mismo, en cuanto menoscaba la dignidad del sujeto en cuestión [54].

4. – Establecida la validez del intercambio, es preciso comprobar qué efectos produce y cuáles pueden ser las consecuencias del incumplimiento de las partes.

Al respecto, es oportuno poner de relieve que la peculiaridad de los valores en juego impide la aplicación del principio consensual entre las partes en los términos en los que operan los arts. 1372 y 1376 c.c.

En primer lugar, de hecho, el derecho a retirar el consentimiento, concedido por ley al consumidor, implica que la vinculatividad del acuerdo sea por su propia naturaleza limitada en sentido unilateral.

El derecho a retirar el consentimiento otorgado por el sujeto, tanto para la recogida de datos para el mismo (y por tanto incluso para sus propios dispositivos electrónicos e informáticos o mediante el uso de los servicios digitales a los que tiene acceso), como para su tratamiento, es configurado por el art. 7.3 del Reglamento y, como a la vez hace referencia expresa el considerando n. 39 de la directiva n. 770 [55], es con toda seguridad aplicable incluso en los supuestos en los que tal consentimiento tenga naturaleza negocial, redimensionando de tal forma *ex uno latere* la fuerza vinculante del acuerdo por el que

[54] Sobre la transmisión hermenéutica de la dignidad humana y sobre su directa e inmediata preceptividad para la conformidad, incluso a nivel contractual, consulta V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, *passim* y espec. 63 ss., 77 ss.

[55] Como de hecho se preocupa de matizar el considerando n.39, la atribución al consumidor de las soluciones legalmente previstas para los contratos de cara a la resolución y la reparación del daño, no impedirá que se ejerza el derecho a retirar el consentimiento.



se perfecciona el intercambio entre contenidos o servicios digitales y datos personales. El derecho de revocación no está supeditado a que exista justa causa y debe considerarse como indisponible y por tanto irrenunciable por parte del consumidor [56].

Por supuesto, es necesario poner de relieve que si bien es cierto que el sujeto, en su interés a la autodeterminación identitaria, conserva el derecho al control de sus datos y específicamente el ejercicio de este derecho le permite retirar el consentimiento en cualquier momento, lo es también que, en el supuesto de consentimiento negocial, la tutela de los intereses de la otra parte implica cierta "moderación fisiológica" a tal poder dispositivo, por lo menos dentro de los límites de la buena fe y de la corrección que se presuponen al sujeto en su relación contractual.

Con todo, cabe señalar que la particularidad del objeto de estos acuerdos implica una estructuración también de los principios de buena fe y de lealtad y corrección durante todo el *iter* del contrato. De tal forma que hay que considerar que, ante un posible incumplimiento por parte del empresario, el consumidor perfectamente podrá valerse de todas las posibilidades previstas para los contratos, y en particular exigir el cumplimiento del mismo o pedir la resolución por incumplimiento con el consiguiente borrado de los datos en su caso ya transmitidos (o de los que haya sido autorizada la recogida y tratamiento), así como la reparación del daño causado. Si por el contrario, incumpliera el consumidor (por no haber transmitido los datos prometidos o por haberlos proporcionado falsos o incompletos), el empresario podrá sin duda negar o interrumpir la prestación del servicio, de acuerdo con la excepción de incumplimiento, y pedir la resolución del contrato y en su caso la compensación por daños y perjuicios, mas no debe considerarse como opción exigir el cumplimiento del contrato [57]; la transmisión de datos de carácter personal, incluso en cuanto objeto de una obligación asumida por contrato, no parece poder considerarse como objeto de pretensión, puesto que la coercitividad sería absolutamente incompatible con el derecho a retirar el consentimiento conferido al sujeto. Por último, siempre que el consumidor ejerza el derecho a retirar el consentimiento, cuya legitimidad está

[56] Tal y como subraya la doctrina, la irrenunciabilidad del derecho a retirar el consentimiento se puede extraer ya del art. 8 de la Carta de los derechos fundamentales (cfr. A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, cit., 1406), además el art. 22 de la directiva dispone la nulidad de las cláusulas contractuales que impliquen una reducción de la tutela garantizada al consumidor que la misma norma establece, parte de la cual debe considerarse el derecho a retirar el consentimiento.

[57] En el mismo sentido, consulta A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, cit., 1404 ss. según el cual puede acordarse a la hora de celebrar el contrato que el consumidor que quiere proporcionar sus datos, en caso de incumplimiento pueda resarcir con una cantidad determinada de dinero como forma alternativa de compensación.



fuera de toda duda ya que no está supeditada a la existencia de justa causa para su ejercicio, el empresario tendrá que cesar en el uso de los datos personales y podrá sin duda paralizar la prestación del servicio (o el suministro del contenido) digital, ya que dicha revocación implica la finalización del contrato, más sin que le corresponda derecho a reclamar indemnización alguna. De hecho, desde el punto de vista axiológico, la revocación del consentimiento constituye sin duda una causa sobrevenida previsible y más bien prevista, cuyas consecuencias pertenecen a la esfera del riesgo contractual propia del empresario; desde un perfil sistemático, por tanto, la configurabilidad de tal responsabilidad parece de todo punto incoherente con la naturaleza necesaria e irrenunciable del derecho a retirar el propio consentimiento. Por otra parte, siempre que se retire el consentimiento, debe considerarse que el empresario debe, *ex* art. 7.2 del Reglamento, informar a todos aquellos titulares de otros tratamientos a los que haya transmitido los datos personales del consumidor (o a los que haya permitido el acceso o la recogida) de este hecho que implica la pérdida de la legitimación para el posible tratamiento.

4.1. – La coherencia sistemática de este mecanismo, que parece incluir en el sistema una desviación significativa del modelo contractual atribuyendo al consumidor un irrenunciable derecho de revocación del consentimiento negocial, adquiere una perspectiva distinta si se mira a la luz del efecto que el contrato en cuestión pretende producir respecto de la disposición de los propios datos personales.

En realidad, la *ratio* de esta discordancia radica en la particular doble naturaleza que revisten los datos personales. Aun teniendo sin duda también cierta valoración económica, se quedan al margen del ámbito propio de las propiedades, puesto que, hasta que no se anonimicen y que por tanto se puedan reconducir al sujeto en cuestión, transmiten fracciones de su identidad y por lo tanto permanecen ajenos al estatuto de la propiedad y sus dinámicas. Los datos por tanto no pueden ser considerados como bienes en un sentido estrecho (esto es porciones de la realidad material o inmaterial externa al hombre y destinadas a proporcionar una utilidad [58]) en la medida en que conservan las características que permiten adjetivarlos de "personales", esto es, según la definición del art. 4.1 del Reglamento, que hace expresa referencia a la identificabilidad del interesado [59], hasta

[58] Para el concepto de bien en su vertiente jurídica, se remite a las enseñanzas de S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, ahora en ID., *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2011, 431 ss.

[59] Ciertamente, la referencia a la identificabilidad del sujeto interesado como indicador de la naturaleza



que puedan ser reconducibles de forma directa o indirecta al sujeto al que se refieren; se convierten en bienes, posibles objetos de un derecho relativo a la propiedad, siempre y cuando se conviertan en anónimos y por tanto permanente y totalmente desvinculados del sujeto al que se refieren.

Por tanto, es oportuno pensar que el sujeto ostenta y mantiene el control sobre su personalidad incluso en la "dimensión digital", que es una "prolongación de la dimensión humana [60]", como ha puesto de relieve la doctrina, y por tanto sobre sus datos de carácter personal y que puede disponer de los mismos a favor de otros, incluso a través de un acto de naturaleza mercantil y hasta a título oneroso, aun siendo una disposición que no implicará desposesión de su derecho. Por lo tanto, tendrá a su disposición el ejercicio de este derecho, que constituirá a favor del destinatario un derecho de aprovechamiento incluso económico de sus datos, tal y como acontece con los demás atributos inmateriales de la persona [61], sin renunciar en cambio a su derecho de control; de hecho, el derecho adquirido por el destinatario de su disposición, permanece condicionado para su resolución a la posible revocación del consentimiento del sujeto. Por otro lado, incluso el ordenamiento es consciente del efecto que produce el intercambio de bienes y servicios digitales y datos personales, confirmando en la disposición que perfila el ámbito de aplicación de la norma (art. 3 dir. n. 770) que el consumidor no trasfiere, sino "suministra o se compromete a suministrar datos personales al empresario". De esta forma, los datos personales no constituyen objeto de transferencia en sentido estricto, en tanto en cuanto permanecen siempre en disposición y bajo el control del sujeto al que se refieren en la medida en que le sean referibles y por tanto personales; esto implica que el empresario no adquiere un derecho asimilable a la propiedad de los datos, y por tanto se convierte en titular de un poder de disfrute de los mismos que no

---

personal del dato no es nada nuevo, en cuanto ya tratado por la anterior normativa y recogido en el Reglamento con el mismo alcance que siempre ha tenido, esto es asumir la identificabilidad como componente inseparable de la naturaleza personal del dato. Sobre esto, consulta C. DEL FEDERICO-A.R. POPOLI, *Disposizioni Generali*, en G. FINOCCHIARO (obra dirigida por), *Il nuovo Regolamento europeo sulla* privacy *e sulla protezione dei dati personali*, *cit*., 58 ss.; sobre la noción de dato personal y los conceptos de identificabilidad directa e indirecta, consulta F. DI RESTA, *La nuova "privacy europea". I principali adempimento del regolamento UE 2016/679 e profili risarcitori*, Torino, 2018, 4 ss.

[60] Cfr. G. ALPA, *Tecnologie e diritto privato*, *Riv. it. sc. giur*., 2017, 312.

[61] Cfr. V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, cit., 715 en el que el autor pone de relieve que "la circulación del dato personal no implica, en sentido jurídico, una cesión, en el sentido traslativo del término" y concluye que el derecho adquirido por la otra parte es el del tratamiento del dato, esto es su disfrute económico. Asemeja la comercialización de los datos personales a la de los otros derechos de la personalidad A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, cit., 1384 ss.



es ni pleno ni exclusivo. El tratamiento que podrá legítimamente poner en acto no integra por tanto el ejercicio de un "derecho de propiedad" sobre los datos personales (esto es el ejercicio de un poder de disfrute pleno y exclusivo), sino el ejercicio de un "derecho de aprovechamiento económico" de las informaciones que se le han proporcionado (es decir, el ejercicio de un poder de disfrute circunscrito dentro de los límites cuantitativos del consentimiento otorgado y dentro de los límites temporales en los que venga mantenido y no retirado).

JUS CIVILE



MASSIMO GAZZARA

Professore associato di Diritto privato – Università di Foggia

PROSPETTIVE DI REGOLAMENTAZIONE DEL CONCORSO TRA RESPONSABILITÀ DA INADEMPIMENTO E RESPONSABILITÀ AQUILIANA ALLA LUCE DEL PROGETTO DI REVISIONE DEL CODICE CIVILE

SOMMARIO: *1. Il problema del cumulo (o del concorso) tra responsabilità da inadempimento e responsabilità extracontrattuale e prospettive di soluzione sul piano normativo. – 2. I principali tratti distintivi, sotto il profilo disciplinare, tra le due specie di responsabilità. Il regime dei danni risarcibili. – 3. L'onere della prova. – 4. Il termine di prescrizione. – 5. La proposta di riforma della prescrizione e di uniformazione dei termini per l'esercizio dell'azione risarcitoria in ragione del diritto oggetto di lesione come possibile soluzione al problema del cumulo.*

1. – L'art. 1, comma 1, lett. M, del disegno di legge recante delega al Governo per la revisione del codice civile fissa tra gli obbiettivi della riforma quello di "coordinare più razionalmente e compiutamente le eventuali ipotesi di concorso, cumulo o sovrapposizione di forme di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale".

Il tema si innesca nel solco di una più generale tendenza a un processo di complessivo riassetto della responsabilità civile che attraversa trasversalmente i più importanti ordinamenti europei, e che non poteva lasciare indifferente il Legislatore italiano avviato ad un impegnativo e ambizioso progetto di modernizzazione del codice civile.

Il problema del concorso tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità da inadempimento nasce nell'esperienza giurisprudenziale dove, pur con qualche occasionale passata [1] e recente [2] presa di distanza, si afferma il principio in virtù del quale «Il concorso di responsabilità contrattuale con responsabilità extracontrattuale è ammissibile quando si

[1] Cass. civ., 7 ottobre 1998, n. 9911, in banca dati *Pluris* cui andranno riferite tutte le successive citazioni giurisprudenziali prive di specifica indicazione.

[2] Trib. Trieste, 28 ottobre 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 589 ss., con nota di D.M. FRENDA, *Il tramonto del principio del concorso di responsabilità?*.



tratti di un medesimo fatto che violi non solo diritti derivanti dal contratto, ma anche diritti che alla persona del danneggiato spettano indipendentemente dal contratto stesso» [3].

Nella concreta casistica se ne è fatto largo uso, tra gli altri, in tema di responsabilità medica, di lesioni alla sfera biologica o esistenziale del lavoratore subordinato, di danni alla persona o alle cose, originatisi durante l'esecuzione di un contratto di trasporto.

Pur prestandosi a più di qualche rilievo fondatamente critico sul piano della coerenza sistematica, l'affermazione della ammissibilità del concorso tra azione aquiliana e azione contrattuale risponde all'esigenza pratica di non esporre il danneggiato al rischio di un rigetto della propria pretesa risarcitoria quando si sia consumata la possibilità di ricorrere ad una delle due azioni, ad esempio per scadenza del termine di prescrizione [4].

Se, normalmente, il termine prescrizionale più favorevole è quello dell'azione contrattuale, non mancano ipotesi in cui il rapporto è invertito, come per la responsabilità del vettore che, a tenore dell'art. 2951 cod. civ., si prescrive in un anno, ovvero per quella del tour operator per i danni alla persona subiti dal viaggiatore, la quale, ad eccezione dei casi in cui il danno si verifichi in occasione del trasporto (casi nei quali mutua il relativo termine di prescrizione), si prescrive in tre anni a norma dell'art. 44, comma 2, del codice del consumo.

La facoltà concessa al danneggiato di agire alternativamente in via aquiliana o in via contrattuale, ovvero di qualificare alternativamente la propria pretesa risarcitoria in via principale o in via subordinata, sdrammatizza e semplifica, altresì, la posizione attorea in tutti quei casi in cui i confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale siano sfumati e incerti, per non dire mobili, sicché l'univoca qualificazione della domanda in termini di azione contrattuale, ovvero extracontrattuale, rischierebbe, ove non condivisa dalla Corte, di condurre al rigetto della domanda.

In questa seconda ipotesi siamo fuori dall'ambito del concorso strettamente inteso, trattandosi non già di un fatto astrattamente configurabile come inadempimento e come fatto illecito, ma di un fatto generatore della responsabilità di incerta qualificazione o catalogazione.

La questione tuttavia riguarda da vicino l'oggetto della delega liddove la soluzione

---

[3] Cass., 9 gennaio 1979, n. 119; Cass. civ., 13 marzo 1998, n. 2750, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3520; Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 294 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità medica come responsabilità da contatto*.

[4] «Pertanto, in tale ipotesi, venuta meno l'azione contrattuale per cause particolari (ad. es. prescrizione), rimane tuttavia proponibile l'altra azione per la responsabilità da fatto illecito con la correlativa applicazione del relativo termine di prescrizione». Così, Cass., 7 ottobre 1998, n. 9911, cit.



ipotizzata per risolvere alla radice il problema del cumulo di responsabilità consista nella riduzione delle distanze tra le rispettive discipline.

La linea di demarcazione tracciata dal legislatore rimane accettabilmente evidente fintanto che si configuri la responsabilità da inadempimento come responsabilità strictu senso contrattuale (come responsabilità cioè da inadempimento di un'obbligazione di fonte contrattuale) e quella extracontrattuale come responsabilità del passante, in assenza di qualunque preesistente contatto o rapporto giuridicamente rilevante tra le parti.

Lo schema in virtù del quale l'art. 1218 cod. civ. sarebbe modellato sull'obbligazione di fonte contrattuale, mentre la difesa dei diritti assoluti sarebbe affidata al presidio della responsabilità extracontrattuale, entra irrimediabilmente in crisi sul finire del secolo scorso, allorquando, a partire dal notissimo caso Meroni [5], irrompe sulla scena del c.d. diritto vivente la tutela aquiliana del credito [6].

L'affermazione, sulla scia della dottrina tedesca e delle obbligations de securité francesi, della figura degli obblighi di protezione [7] pone a sua volta in crisi la logica stessa

---

[5] Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, c. 342 ss.,

[6] In senso critico all'idea di fondare la distinzione sulla natura, assoluta o relativa, del diritto leso, già R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 672.

[7] Fu H. Stoll a coniare la categoria dei doveri di protezione (*Schutzpflichten*), aprendo la strada ad una nuova idea dell'obbligazione come rapporto complesso il cui nucleo essenziale è rappresentato dall'obbligo di prestazione, integrato non soltanto dai doveri accessori diretti pur sempre alla tutela dell'interesse creditorio, ma anche da obblighi di avviso e conservazione, autonomi sul piano funzionale, in quanto diretti alla tutela dell'integrità fisica e dei beni dell'altra parte, e parimenti gravanti su entrambe le parti del rapporto obbligatorio. Tale costruzione si inseriva, seppur con accenti critici, nella teorica delle *positive Vertagsverletzungen* (violazioni positive del contratto)[7] elaborata dalla dottrina tedesca per sopperire alle strettoie della disciplina codicistica ante riforma, che come noto non contemplava l'inesatto adempimento ma solo le ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta per causa imputabile al debitore e della mora. Essa infatti ne arricchiva in certo modo l'originario contenuto, rilevando come lo spettro dei comportamenti contrari al vincolo obbligatorio e produttivi di responsabilità dovesse ampliarsi – oltre che all'inesatta esecuzione della prestazione principale – anche a comportamenti potenzialmente idonei a recar danno ai beni esposti a tale rischio in ragione della relazione contrattuale o precontrattuale instauratasi tra i soggetti medesimi. La speculazione teorica in tema di *culpa in contrahendo* ha poi aperto la strada ad una più generale concezione dell'affidamento come fonte di obbligazione7, idea sviluppata alle sue estreme conseguenze da un'autorevole dottrina che si spinge a teorizzare un *terzium genus* di responsabilità c.d. per affidamento (*Vertrauenshaftung*) accanto alle tradizionali figure della responsabilità contrattuale e di quella aquiliana, nascente dalla violazione di obbligazioni *ex lege* la cui violazione non dà origine a una responsabilità contrattuale "vera e propria" in quanto il fondamento di essa non è da ricercare nel contratto a cui in parte preesiste e dalla cui validità prescinde totalmente.

Il dibattito circa l'estensione e i limiti della categoria dei doveri di protezione non può dirsi sopito neppure a seguito dell'introduzione, in occasione della recente riforma del diritto tedesco delle obbligazioni7, del secondo comma del paragrafo 241 BGB, il quale recita che "il rapporto obbligatorio, a seconda del suo contenuto, può obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte". Il codice



del concorso; come evidenziato da attenta dottrina [8], ma anche da qualche seppur fugace dictum giurisprudenziale [9], la configurabilità del concorso viene meno e perde anche utilità pratica una volta riconosciuta la sussistenza non solo di obblighi protettivi accessori o connessi all'adempimento dell'obbligazione principale, ma anche di doveri autonomi, innanzitutto sul piano della fonte [10], il cui contenuto consiste nella tutela dell'altrui sfera giuridica esposta ad un particolare rischio di danneggiamento in occasione di un contatto sociale (o nell'ambito di una relazione giuridicamente rilevante) intercorsa tra le parti.

Corollario ne è l'affermazione della teorica del contatto sociale come fonte di obbligazione svincolata da un rapporto contrattuale tra le parti, che ha trovato il suo elettivo campo di applicazione in ipotesi di concorso c.d. improprio tra una responsabilità certamente contrattuale, come quella delle strutture sanitarie e degli istituti scolastici, ed una, di più incerta qualificazione, dei soggetti che in tale strutture operano e lavorano [11] o e

---

novellato si sofferma, inoltre, al § 311 sulle fonti di tali vincoli obbligatori individuati al II comma: 1) nell'avvio di trattative contrattuali; 2) nella preparazione di un contratto durante la quale una parte in considerazione di eventuali rapporti negoziali, consente alla controparte di incidere su suoi diritti beni o interessi; 3) in analoghi contatti negoziali (o sociali). Il terzo comma del medesimo paragrafo precisa, infine, che "un'obbligazione avente ad oggetto i doveri di cui al secondo comma del § 241 può sorgere anche in capo a soggetti, che non sono destinati a diventare essi stessi parti del contratto. Un'obbligazione siffatta sorge in particolare quando il terzo suscita un rilevante affidamento in ordine ad un proprio comportamento ed in tal modo influenza in maniera decisiva le trattative o la stipulazione del contratto". La disciplina è infine completata dai paragrafi 324 e 282 che prevedono rispettivamente la risoluzione ed il risarcimento del danno quali conseguenze della violazione degli obblighi di cui al § 241 comma 2.

[8] C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in G. ALPA-M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile. Aggiornamento,* in *Giur. sist. dir. civ. comm.,* fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 1997, 138, osserva come una volta che questi "venissero assorbiti ed inseriti nella struttura del rapporto obbligatorio sarebbe infatti eliminata, quanto meno sul piano della coerenza logico sistematica, la possibilità di sanzionarne la violazione con un'azione aquiliana". Nello stesso senso A. FLAMINI, *Osservazioni critiche sul concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del vettore*, in *Studi in onore di Ugo Majello,* Napoli, 2005, I, 739 ss.

[9] Un chiaro spunto in tal senso si ricava da Cass., 3 marzo 2010, n. 5067, ove si legge che «Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, quindi, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espediente del cumulo di azioni».

[10] Essi, infatti, nascono dalla legge anche quando l'obbligo di prestazione nasca dal contratto, ma soprattutto sorgono anche prima ed indipendentemente dall'instaurarsi tra le parti di un valido vincolo contrattuale.

[11] Riguardo ai medici dipendenti sono stati necessari due interventi legislativi per collocarne "*ope legis*" la responsabilità, dopo la lunga stagione del contatto sociale inaugurata da Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., nell'alveo della responsabilità aquiliana. Dopo il primo sostanziale fallimento del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, c.d. Decreto Balduzzi, che all'art. 3, comma 1, aveva fatto un equivoco riferimento all'art. 2043 cod. civ., è stata la l. 8 marzo 2017, n. 24, c.d. Gelli-Bianco, a sancire, all'art. 7, comma 3, questa volta con formula non



che sono tenuti ad un dovere di sorveglianza, cura e assistenza rispettivamente dei pazienti e degli alunni loro affidati [12].

Emblematica delle migrazioni interne alla terra di nessuno tra contratto e fatto illecito è poi la parabola della responsabilità precontrattuale, giunta, dopo una resistenza durata oltre mezzo secolo, ad un approdo ormai definitivo al terreno della responsabilità da inadempimento [13].

Il descritto stato dell'elaborazione dottrinaria e del formante giurisprudenziale induce a chiedersi se, più che alla ricerca di una norma che regoli espressamente il problema del cumulo o del concorso tra le due specie di responsabilità, la delega non possa essere più fruttuosamente esercitata nel senso di un avvicinamento delle relative discipline [14], già auspicata e proposta sul piano interpretativo da parte della dottrina [15], e in parte, e per

---

soggetta a interpretazione, che i sanitari dipendenti di strutture sanitarie pubbliche o private rispondono dei danni causati nell'esercizi della loro attività di cura a titolo di responsabilità extracontrattuale.

[12] Una questione affatto particolare, attinente ai rapporti tra soggetti corresponsabili a vario titolo del danno subito da risparmiatori per effetto della perdita delle somme affidate ad una società finanziaria, è quella di recente rimessa alle Sezioni Unite (cfr. Cass., ord. 2 luglio 2021, n. 18817) circa l'efficacia dell'atto interruttivo della prescrizione rivolto nei confronti di essa società anche rispetto all'organo tenuto alla vigilanza (nel caso di specie il Ministero dello Sviluppo economico). La tesi che vorrebbe estendere l'efficacia interruttiva al soggetto corresponsabile non appare però convincente, in presenza di una causa petendi e di un titolo di responsabilità del tutto diverso, contrattuale per la società ed extracontrattuale per il soggetto tenuto all'informazione e alla vigilanza.

[13] Sino a pochi anni orsono resisteva il monolitico orientamento della Giurisprudenza di legittimità teso ad attribuire alla responsabilità precontrattuale natura aquiliana. Cfr., *ex plurimis*, Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Giust. civ*., 2005, I, 669 ss.; Cass., sez. un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Foro it*., 2002, I, c. 806; Cass., 29 aprile 1999, n. 4299, in *Giur. it.*, 2000, 932. A quanto consta, una prima breccia si è aperta a partire da Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Contratti*, 2012, 235, con nota di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità,* nonché in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1227, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale,* ove finalmente la S.C. riconosce come con l'instaurarsi delle trattative viene ad instaurarsi tra le parti una situazione giuridicamente qualificata, da cui originano reciprochi obblighi di correttezza: " una fattispecie, pertanto, ben distinta dalla responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 cod. civ., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti." Sul mutamento di rotta della Giurisprudenza di legittimità cfr. M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, … "contrattuale"*, in *Contr. impr.*, 2013, 2, 83 ss. Cfr., altresì, Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro it.*, 2016, 1, 2685, ove si legge che la respon».

[14] Già sul finire del secolo scorso U. Majello, *Altri aspetti problematici della regola del cumulo*, in G. Visintini (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, 167, osservava come " Al giorno d'oggi, il problema più importante è dunque quello di stabilire se non sia giunto il momento di superare l'antica dicotomia tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana", nel qual caso, aggiungeva, non avrebbero più senso " le sottili disquisizioni in ordine all'ammissibilità del cumulo". L'auspicio di un superamento del problema del cumulo attraverso un avvicinamento delle discipline è condiviso anche da G. Anzani, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev*., 2018, 278 ss.

[15] Cfr., *ex plurimis*, G. SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o*



quanto possibile, attuata, come di qui a breve si dirà, nell'esperienza delle Corti, che finirebbe con il togliere alla questione del cumulo gran parte della concreta utilità pratica [16].

Anzi, e senza voler qui anticipare i risultati dell'indagine, a ridurre sensibilmente la portata pratico-applicativa del problema basterebbe forse anche soltanto uniformare per via legislativa il regime della responsabilità per danni alla persona, cioè dei casi in cui statisticamente esso si presenta con maggior frequenza.

2. – I tre principali profili di differenziazione, sul piano normativo, tra le due specie di responsabilità sono rinvenibili, come è a tutti noto, nel diverso termine di prescrizione, nella distribuzione dell'onere della prova, cui si ricollega quello non meno importante dei criteri di imputabilità, e nel regime dei danni risarcibili.

Per quanto attiene a questi ultimi, l'art. 1225 cod. civ. statuisce, con l'eccezione del caso di inadempimento doloso [17], la limitazione del risarcimento al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione: il mancato richiamo a detta norma operato, in sede di disciplina dell'illecito, dall'art. 2056 (a differenza degli artt. 1223 1226 e 1227) appare peraltro frutto di una precisa scelta del legislatore, confermata dalla lettura dei lavori preparatori. [18] Benché la scelta dei compilatori sia stata da taluni difesa e valorizzata sia nel suo significato economico [19] – nel senso dell'opportunità che la responsabilità da inadempimento sia precisamente valutabile dal debitore al fine di assumersene adeguatamente il rischio anche in relazione al corrispettivo pattuito, che sotto il profilo funzionale, apparendo coerente con l'idea di un rapporto di proporzione tra la sanzione

---

convergenza di presupposti e di scopi?, in *Resp. civ. prev*., 1977, 723 ss.; F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, *ivi*, 784 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1987, 79 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?*), in *Rass. dir. civ.,* 1983, 1081 ss.; ID., voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Encicl. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1990. P. RESCIGNO, Voce *Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*, in *Encicl dir*., XXIX, Milano, 1979, 206; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, 17 ss.

[16] P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, Padova, 1989, 4 ss.

[17] Cfr. sul punto P. CENDON, *Danno imprevedibile ed illecito doloso*, in G. VISINTINI (a cura di) *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 23 ss.; V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999; C. ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 972 ss.; G. GRISI, *L'inadempimento dipendente da dolo*, in *Jus civile*, 2018, 658 ss.

[18] Cfr. Relazione al codice civile, n. 801.

[19] P. TRIMARCHI, Sul *significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1970, 512 ss., specie 520.



del risarcimento e l'utilità connessa alla prestazione promessa e rimasta inadempiuta [20] – non sono mancate opinioni critiche e interpretazioni tendenti a ridurne la portata [21].

Da quella di chi, pur riconoscendone la sussistenza, ne denunzia l'inadeguatezza proponendone una abrogazione *de iure condendo* [22], a quella che propone di ridimensionare la ricaduta pratico-applicativa della disposizione, ritenendo la limitazione ivi prevista operante solo ove intercorra un apprezzabile lasso di tempo tra il sorgere dell'obbligazione e il tempo dell'adempimento [23], passando per chi la qualifica come un relitto storico, [24] sino alla posizione di chi ne propone una lettura abrogativa, suggerendo l'estensione della disciplina dettata dall'art. 1225 anche all'area extracontrattuale [25].

Restando nel regime dei danni risarcibili, un ulteriore elemento di distinguo tra le due ipotesi di responsabilità si è per lungo ritenuto, almeno secondo una certa interpretazione [26], quello dei danni non patrimoniali.

In tempi più recenti la dottrina prevalente ha riconosciuto la piena risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, oltre che nelle ipotesi normativamente tipizzate, almeno in tutte quelle ipotesi in cui il contratto sia diretto a soddisfare in via principale un interesse non economico del creditore insoddisfatto, o in cui la lesione incida su diritti fondamentali della persona, oggetto di primaria tutela costituzionale [27]; il problema sembra definitivamente risolto alla luce della giurisprudenza di inizio secolo ed in parti-

---

[20] C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, II ed., in *Comm. al cod. civ. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, 373.

[21] Individuata così la ratio informatrice della disposizione normativa in oggetto, è facile osservare che essa ben si attaglia, per la verità, all'ipotesi della responsabilità da inadempimento contrattuale, ma assai meno a quella da inadempimento di una obbligazione di fonte diversa.

[22] A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, III ed., Milano, 1979, I, 289 ss.

[23] P. CENDON, *op. cit.*, 23 ss.; nello stesso senso F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, cit., 86.

[24] A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1966.

[25] G. VISINTINI, Voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Encicl. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 4; C. CASTRONOVO, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv*., 2004, 109.

[26] Per la dottrina cfr., *ex plurimis*, R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ*., 1957, 313 ss.; anche in Giurisprudenza era dato rinvenire un ampio filone contrario alla configurabilità del danno non patrimoniale contrattuale, limitata ai pochi casi di coincidenza tra inadempimento e illecito penale. Cfr. Cass. 28 gennaio 1985, n. 472, in *Rep. Foro it.*, 1985, V. Previdenza sociale, n. 498; C. Appello di Perugia, 08 Giugno 1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 2, con nota di NASO, *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno morale*; Trib. Bologna, 17 aprile 1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, c. 360; Cass., sez. lav., 26 gennaio1989 n. 473, in *Mass. giur. lav.*, 1989, 210.

[27] Sul punto sia consentito rinviare a M. GAZZARA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003.



colare delle pronunzie di S. Martino del novembre 2008 [28], e della successiva Giurisprudenza di merito [29] e di legittimità che si è uniformata a tali principi [30].

È possibile che, sulla scorta di quanto avvenuto in occasione della riforma del codice civile tedesco [31], la questione possa in un prossimo futuro trovare definitiva sistemazione sul piano normativo, rilevato come lo stesso progetto di riforma di cui ci stiamo occupando preveda, all'art. 1, comma 1, lett. N della legge delega, di "estendere le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale per la responsabilità extracontrattuale e, nei congrui casi, contrattuale, anche disancorandola dalla necessità di una rigida tipizzazione legislativa e introducendo criteri alternativi di selezione direttamente correlati al rango costituzionale degli interessi lesi".

3. – Un secondo fattore distintivo che spesso rende più attrattiva per il danneggiato (e per la stessa Giurisprudenza, ove ispirata a criteri più o meno esplicitamente vittimofili) la qualifica dell'altrui responsabilità in termini di responsabilità da inadempimento, è rappresentato dal differente regime probatorio.

Il creditore ha, infatti, solo l'onere di provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, e può limitarsi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte [32], mentre il danneggiato che agisca in via

---

[28] Cfr, in particolare, Cass., sez. un., 11 novembre 2008 n. 26972, in *Danno e resp.,* 2009, 279 ss. con mia nota, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*.

[29] Trib. Paola, 15 febbraio 2018.

[30] Cass., 29 maggio 2018, n. 13370.

[31] Cfr. A ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in Germania*, in *La resp. civ*., 2009, 774 ss., M. GIORGIANNI, *La responsabilità civile e la rivalutazione della figura generale dell'obbligazione*, in *Judicium*, 2012.

[32] Questo, il principio fissato da Cass., sez. un., 30 ottobre 2001 n. 13533, autentica pietra miliare in tema di riparto probatorio per la responsabilità contrattuale, pubblicata in *Corr. Giur.*, 2001, 1569 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contratti*, 2002, 113 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Foro it*., 2002, I, c. 769 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349, con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*. Cfr. altresì i commenti di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ*., 2002, II, 707 ss.; di M. TUOZZO, *Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite*, in *Contr. e impr.*, 2002, 547 ss.; di I. RIVA, *Le Sezioni Unite in materia di prova dell'inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 323 ss.; nonché i contributi di L. BARBIERA, *Ripartizione degli oneri probatori nelle obbligazioni contrattuali*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, cit., I, 79 ss.; di S. PAGLIANTINI, *Gli arcani confini di un idola fori:*



aquiliana ha l'onere di provare il danno ed il nesso di casualità adeguata tra il danno medesimo ed un comportamento doloso o colposo del convenuto.

Si tratta di un principio che subisce rilevanti eccezioni in tutte quelle ipotesi in cui i criteri di imputabilità del danno prescindono del tutto dall'elemento soggettivo del fatto illecito, sì da attribuire la responsabilità in base ad un rapporto di mera signoria sulla cosa (artt. 2051, 2052, 2053, 2054, comma 3, cod. civ.) ovvero da riferire la responsabilità medesima ad un soggetto diverso dall'autore materiale del fatto causativo del danno stesso. La frequenza statistica con la quale, anche a mezzo della legislazione speciale, il Legislatore ha previsto ipotesi tipiche di illecito in cui si prescinde, nell'accertamento della responsabilità, dal requisito soggettivo della colpa, ha indotto parte della dottrina a dubitare della vigenza del principio stesso [33], e a guardare alla responsabilità come ad un sistema policentrico dominato da diversi criteri di imputazione, senza che tra questi possa stabilirsi un rapporto di regola-eccezione.

È evidente che in queste ipotesi, che, in ossequio ad una terminologia di larghissimo uso ma non esente da contestazioni, possono definirsi di responsabilità oggettiva [34], l'onere probatorio gravante sul danneggiato sarà estremamente semplificato, sino a ridursi in sostanza alla prova del mero nesso di causalità materiale tra il danno lamentato ed un fatto la cui responsabilità viene fatta ricadere automaticamente sul convenuto [35].

Sull'opposto versante, in tutti quei casi in cui la responsabilità contrattuale si configu-

---

l'onere della prova nella risoluzione del contratto, ivi, II, 353 ss. e di G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento*), *ivi*, II, 821 ss.

[33] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 144 ss.; ID., *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev*., 1978, 3 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, Voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it*., XV, Torino, 1968, 632 ss.; C. SALVI, Voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Encicl. dir*., XXXIX, Milano, 1988, 1217 ss. *Contra*, per un'appassionata difesa del requisito della colpa come criterio informatore del sistema di responsabilità civile, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, III ed., Milano, 1979, I, 167 ss.; G. ALPA, *La responsabilità oggettiva*, in *Contr e impr.,* 2005, 960, sottolinea poi come la progressiva estensione delle aree di responsabilità senza colpa non impedisce di considerarle ancora oggi come "marginali, complementari, collaterali" al sistema basato sulla colpa.

[34] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; ID., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Comm. cod. civ.* fondato da P. Schlesinger, Milano, 2002. Per un'efficace e come sempre affascinante sintesi dello sviluppo delle linee guida dell'evoluzione dottrinaria in materia di responsabilità oggettiva cfr. F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1988, 643 ss.

[35] Secondo U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 174, a tanto deve limitarsi il contenuto della prova in tutte le fattispecie di responsabilità extracontrattuale, esulando dal tema di prova la colpa del convenuto, al quale spetterà, invece, la prova del caso fortuito ovvero di cause esimenti quali la legittima difesa o lo stato di necessità.



ri come conseguenza di un inesatto o difettoso adempimento, è parimenti la prova del nesso causale a gravare sul creditore.

Nella pratica, peraltro, ove si controverta in tema di adempimento di obbligazioni di fare, il giudizio finisce con l'attenersi assai spesso all'esito di indagini tecniche disposte in sede giudiziale atte a pervenire nella maggioranza dei casi a un attendibile accertamento non solo della causa del danno, ma anche della correttezza o meno dell'esecuzione della prestazione, sicché la regola probatoria più favorevole al danneggiato risulta realmente determinante solo limitatamente ai casi in cui la causa efficiente del danno sia rimasta dubbia o sconosciuta, anche all'esito degli accertamenti peritali.

Tale presunto regime di favore riguarda peraltro solo la prova dell'inadempimento da cui, secondo una censurabile ma costante interpretazione della Giurisprudenza di inizio secolo, verrebbe esentato anche il creditore di una prestazione concretamente eseguita ma supposta inesatta, ma non la prova del nesso causale tra questa e il danno lamentato.

È infatti in atto un salutare revirement della Giurisprudenza di legittimità [36], la quale, nel porre rimedio alle storture provocate da una applicazione rigida ma non del tutto incongruente delle per molti versi criticabili regole fissate dalle Sezioni Unite nel 2001 [37], ha avuto modo di specificare che «*Altra è la causa che ha determinato l'impossibilità di adempimento, ben altra è la causa che ha determinato il danno: l'art. 1218 c.c. addossa al debitore l'onere di prova l'esistenza della prima, ma non l'onere di provare l'inesistenza della seconda. Poiché dunque il nesso di causa tra fatto illecito e danno è un fatto costitutivo del diritto al risarcimento, la prova di esso grava su chi di quel danno invoca il ristoro, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c.*».

Tale correzione di rotta ha prodotto un riequilibrio degli oneri probatori rendendo assai meno evidente la distanza, specie laddove oggetto della contesa risulti l'inesatto adempimento di un'obbligazione di fare, tra il creditore che agisca in via contrattuale e il danneggiato che agisca in via aquiliana, mentre, laddove si verta in tema di inadempi-

---

[36] Cass., 15 febbraio 2018, n. 3704; Cass., ord., 23 agosto 2018, n. 21008. Cfr, altresì, Cass., 30 novembre 2018, n. 30998, cit., ove si legge che "Poiché dunque il nesso di causa tra fatto illecito e danno è un fatto costitutivo del diritto al risarcimento, la prova di esso grava su chi di quel danno invoca il ristoro, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c.».

[37] Attraverso la quale si era giunti ad esempio a sostenere, in tema di responsabilità medica, che al paziente fosse sufficiente provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed *allegare* l'inadempimento del debitore, *astrattamente idoneo* a provocare il danno lamentato. Così, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp*., 2008, 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, e 1002, con mia nota, *Le Sezioni Unite «fanno il punto» in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*.



mento di obbligazioni negative, le posizioni possono dirsi equiparate, non revocandosi in dubbio che in tale ipotesi l'onere probatorio gravi integralmente sul creditore.

4. – In questo quadro, il maggiore e per certi versi ineludibile, anche perché non riducibile per via interpretativa, nodo problematico contro il quale impatta ogni tentativo di avvicinamento dei due regimi di responsabilità resta quello dei differenti termini di prescrizione, relativamente al quale possono ritenersi fondate le opinioni di chi assume come non siano del tutto ragionevoli, e neppure convincenti, le ragioni tradizionalmente prospettate come fondanti la scelta legislativa [38], tanto più alla luce della profonda revisione cui l'istituto della prescrizione è stato sottoposto, sia ad opera della giurisprudenza domestica, sia in occasione di importanti riforme realizzatesi a inizio secolo nei principali sistemi giuridici affini al nostro.

Così è a dirsi dell'argomento, direttamente ricavabile dalla relazione al codice civile [39], secondo cui il più breve termine di prescrizione previsto per l'azione aquiliana si fonderebbe sulla considerazione che la prova in tema di risarcimento del danno da illecito extracontrattuale si basa frequentemente sulle deposizioni testimoniali, che perderebbero forza e credibilità con il trascorrere di un tempo eccessivamente lungo.

Tale assunto viene tuttavia ad essere smentito e vanificato dallo spostamento del termine iniziale di decorso della prescrizione, cui la giurisprudenza ha fatto frequentemente ricorso nelle ipotesi di danni c.d. lungo latenti.

È noto come nel nostro ordinamento la regola generale sia rappresentata dall'art. 2935 cod. civ., a norma del quale "*la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*", mentre in materia di fatto illecito l'art. 2947 cod. civ. prevede che il diritto al risarcimento si prescriva in cinque anni *dal giorno in cui il fatto si è verificato*.

È altresì noto come la relazione al codice civile (n. 136) escludesse espressamente, tra le cause di differimento del termine iniziale, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto, accogliendo un'interpretazione restrittiva del (per non dire contraria al) brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio* [40].

---

[38] Cfr. G. ANZANI, *L'irragionevole diversità dei termini prescrizionali nelle due specie di responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1349 ss.

[39] *Relazione al codice civile*, n. 1206.

[40] G. AZZARITI-G. SCARPELLO, Sub art 2935, *Prescrizione e decadenza*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1977, 221 ss.



Non mancano tuttavia nel nostro sistema soluzioni ispirate alla logica del doppio binario: la previsione cioè di un termine più breve, condizionato nel suo esordio dagli stati soggettivi del titolare del diritto, e di uno più lungo ancorato ad un parametro puramente oggettivo [41].

Sull'individuazione del giorno a partire del quale, a norma dell'art. 2935 c. c., il diritto può essere fatto valere giocano diversi fattori: la manifestazione esteriore del danno, la consapevolezza della sua antigiuridicità, la possibilità di individuare il soggetto effettivamente responsabile.

Ove, in una logica di tutela del danneggiato, si privilegi una nozione di "possibilità di far valere il diritto" ampia e comprensiva anche delle possibilità di fatto derivanti dagli stati soggettivi di conoscenza del titolare del diritto, il *dies a quo* finisce con l'essere spostato a volte anche in maniera significativa nel tempo, con buona pace della certezza del diritto, o se si vuole, della ricomposizione tra stato di fatto e stato di diritto cui l'istituto della prescrizione sarebbe preordinato [42], nonché delle ulteriori ragioni pratiche di non poco momento che pure militano in favore di una delimitazione, entro termini ragionevoli, del termine per l'esercizio dell'azione.

Tale orientamento ha trovato definitiva consacrazione, con l'autorevole avallo delle Sezioni Unite, in tema di danni da emotrasfusione ove si è enucleato il principio in virtù del quale "Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma dell'art. 2935 cod. civ., e dell'art. 2947 cod. civ., comma 1, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordi-

---

[41] La normativa in tema di impiego pacifico dell'energia nucleare (l. 31 dicembre 1962, n. 1860) prevede (art. 23) che le azioni per il risarcimento dei danni alle cose e alle persone dipendenti da incidenti nucleari si prescrivono nel termine di tre anni dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza del danno e dell'identità dell'esercente responsabile, oppure avrebbe dovuto ragionevolmente esserne venuto a conoscenza, fissando tuttavia al secondo comma un termine per così dire puramente oggettivo, di dieci anni dall'incidente. Analogamente, l'art. 125 del codice del consumo, in materia di danno da prodotto difettoso, prevede una prescrizione triennale decorrente dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile, specificando altresì che, in caso di aggravamento del danno stesso, il termine decorre dal momento in cui esso ha assunto dimensioni tali da giustificare un'azione giudiziaria; prevede, accanto ad esso, un termine massimo decennale – qualificato nella rubrica dell'articolo di decadenza, come tale sottratto per definizione all'incidenza di cause di sospensione o di interruzione – dal giorno in cui il produttore o l'importatore europeo ha messo in circolazione il prodotto.

[42] F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, rist., Napoli, 1983, 114.



naria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche" [43].

Già dalla fine del secolo scorso tale indirizzo interpretativo, affermatosi da tempo in materia di responsabilità aquiliana [44], aveva iniziato a farsi strada, non senza qualche resistenza, anche in tema di responsabilità contrattuale [45] e di responsabilità professionale in particolare [46] e può oggi dirsi pacifico, o quantomeno largamente maggioritario, con conseguenze pratiche capaci di attivare corto circuiti di non poco momento in rapporto al problema delle coperture assicurative [47].

Ma, anche ed indipendentemente dalla ricorrenza di danni lungo latenti, la presunta ratio del termine breve per l'azione extracontrattuale fondata sulla minor attendibilità della prova testimoniale per effetto del decorso del tempo è smentita e vanificata dalla possibilità, per il danneggiato, di interrompere i termini di prescrizione con una semplice raccomandata con ricevuta di ritorno (oggi più frequentemente con una Pec) procrastinando, astrattamente anche *sine die*, la proposizione dell'azione giudiziale [48].

Né appare dirimente l'osservazione secondo cui la previsione di un termine ordinario decennale per la responsabilità da inadempimento si spiegherebbe con ragioni di simmetria temporale con l'originario diritto di credito insoddisfatto, del quale, in una logica di *perpetuatio obligationis,* avrebbe la funzione di ristabilire la forza effettuale [49].

Il termine decennale per la prescrizione dei diritti di credito di fonte contrattuale è infatti frequentemente derogato. È quanto avviene, ad esempio, in tema di contratto di trasporto, di assicurazione, e più in generale per i crediti sottoposti a prescrizione presuntiva.

---

[43] Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e resp.*, 2009, 667, con nota di S. OLIARI, *"Debito di sangue": Danno da emotrasfusione e prescrizione*.

[44] Cass., 6 febbraio 1982, n. 682 in *Giust. civ.*, 1982, I, 2782 ss., ove è detto che il termine di prescrizione inizia a decorrere nel momento in cui il danneggiato "abbia avuto reale e concreta percezione dell'esistenza e della gravità del danno stesso e della sua addebitabilità ad un determinato terzo".

[45] Trib. Milano, 19 dicembre 2006, in *Società*, 2008, 333, con nota di F. SPORTA CAPUTI, *Amministratori e sindaci di s.p.a.: responsabilità e dies a quo della prescrizione dell'azione*.

[46] Cass., 29 Agosto 1995, n. 9060, in *Contratti*, 1996, 116 ss., con nota critica di E. VAGLIA, *Prescrizione dell'azione di risarcimento del danno: Il dies a quo*.

[47] Sul punto sia consentito rinviare a M. GAZZARA, *Brevi note in tema di danni lungolatenti e assicurazione di r.c. professionale*, in *Le Corti salernitane*, 2014, 390 ss.

[48] Comportamento che autorevole dottrina qualifica in termini di abuso del diritto. In tal senso S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 34.

[49] U. MAJELLO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 119 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, rist., 1970, p. 171 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi",* cit., 303.



La stessa previsione di un termine ordinario di prescrizione decennale appare ormai obsoleto, corrispondente ad una lentezza dei traffici probabilmente anacronistica e meriterebbe di essere adeguatamente ridotto, sull'esempio di quanto avvenuto, ad esempio, nell'ordinamento tedesco e in quello francese.

In Germania, in occasione della modernizzazione del diritto delle obbligazioni [50], si è posto mano ad una incisiva riforma della prescrizione con la previsione (§ 199 BGB) di un termine ordinario triennale decorrente dalla fine dell'anno in cui il creditore abbia conoscenza delle circostanze su cui la pretesa si fonda nonché dell'identità del debitore, ovvero tale conoscenza sia mancata per colpa grave. Accanto ad esso è previsto un termine massimo di prescrizione, che varia a seconda del bene oggetto della lesione. Per i danni alla vita e all'integrità fisica il termine è di trent'anni dall'evento che ha dato origine alla lesione, mentre per gli altri danni il termine è decennale a far data dal verificarsi del danno, e comunque di trenta, anche in caso di danno lungolatente, dall'evento che lo ha causato.

Nella stessa prospettiva si è orientata la recente riforma della prescrizione in Francia [51]. Il novellato art. 2224 Code Napoleon stabilisce (non senza qualche significativa eccezione) [52] un termine ordinario quinquennale condizionato alla conoscenza o conoscibilità dei fatti che consentono al titolare l'esercizio del diritto, e vi è una previsione di chiusura (art. 2232) in virtù della quale il differimento del termine iniziale, la sospensione o l'interruzione della prescrizione non possono comunque dilazionare l'effetto prescrittivo oltre il termine massimo di venti anni dalla data in cui il diritto è sorto, previsione da cui sono tuttavia espressamente esclusi i diritti al risarcimento del danno alla

---

[50] Cfr., *ex plurimis*, S. DELLE MONACHE, *Profili generali del nuovo sistema della prescrizione*, in G. CIAN, a cura di, *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004, 123 ss.; R. CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. giur.*, 2006, 1321 ss.

[51] Introdotta con la l. 17 giugno 2008 n. 581. Sulla riforma cfr. E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1087 ss.

52Anzitutto, il termine trentennale non scompare completamente, perché viene mantenuto con riferimento alla prescrizione delle azioni in materia di nullità del matrimonio (artt. 184 e 191), nonché delle azioni reali immobiliari (art. 2227), ferma restando l'imprescrittibilità del diritto di proprietà. In secondo luogo, sono previste numerose eccezioni al nuovo termine ordinario quinquennale. La più rilevante attiene all'azione in materia di illecito extra-contrattuale che, prima della riforma, era soggetta ad un termine decennale. L'attuale art. 2226 mantiene tale termine per le azioni aventi ad oggetto il risarcimento dei danni cagionati alla persona, a prescindere dal fatto che derivino da un illecito extra-contrattuale in senso stretto, o che siano connesse all'inadempimento di un contratto (ad esempio, in àmbito di responsabilità medica). Il termine decennale, in tali casi, è stato mantenuto per ragioni di coerenza con la prescrizione dell'azione penale. Ulteriori eccezioni sono poi previste per l'azione per responsabilità del costruttore o dell'appaltatore e dell'*actio judicati*, per le quali il termine è sempre decennale (artt. 1792 ss.).



persona, nonché conseguenti ad atti di barbarie, molestie sessuali contro i minori e responsabilità medica.

Merita segnalare che in entrambi i sistemi novellati i danni alla vita e all'integrità fisica sono soggetti ad un unitario termine di prescrizione, indipendentemente dal fatto (inadempimento o illecito extracontrattuale) che ha dato origine alla lesione.

Si tratta di un modello che, sebbene non incidente direttamente sulla questione del cumulo (che in Francia, in ossequio ad una risalente tradizione continua ad essere escluso mentre in Germania è ammesso) può fungere da spunto per una proposta di riforma del sistema italiano.

5. – Come è stato autorevolmente osservato [53], e come si accennava già in premessa, uniformati i termini di prescrizione, il problema di una sovrapposizione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale perderebbe molta della sua pratica rilevanza.

Orbene, è noto come la questione del cumulo in senso proprio si ponga in caso di lesione di una situazione soggettiva già preesistente in capo al danneggiato a prescindere dalla relazione obbligatoria instauratasi *ex lege* o *ex contractu* con il danneggiante; in tutti quei casi, cioè, in cui all'inadempimento consegua un problema di *appartenenza* violata piuttosto che di *spettanza* delusa [54].

Situazioni, cioè, in cui venga in rilievo una lesione di diritti assoluti, ed in particolare, nella maggior frequenza dei casi, diritti dominicali sulla cosa o diritti della persona, con particolare riguardo al diritto alla vita o all'integrità fisica.

Una soluzione pratica al problema del cumulo potrebbe dunque essere rappresentata dall'introduzione di termini di prescrizione uniformi in ragione della natura del diritto di cui si lamenti la lesione, non condizionati cioè alla qualifica in termini di inadempimento o di fatto illecito della fattispecie che la ha originata.

Una tale prospettiva offrirebbe anche l'occasione per un complessivo riassetto dell'istituto della prescrizione, la cui esclusione dal progetto di riforma in commento appare per molti versi sorprendente, e che certamente meriterebbe una nuova e più compiuta regolamentazione con particolare riguardo al tema dell'*exordium praescreptionis*, approda-

[53] G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 233; C. CASTRONOVO, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv*., 2004, 121 ss.

[54] C. CASTRONOVO, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso* secondo il quale tale distinzione fonderebbe, secondo la impostazione originaria, proprio la linea di demarcazione tra le due specie di responsabilità.



to, almeno riguardo alla responsabilità extracontrattuale, ad un'interpretazione giurisprudenziale ormai confliggente con la lettera della legge.

Il modello di riferimento è ancora una volta rappresentato dai recenti interventi franco-tedeschi, nonché dagli spunti e dalle suggestioni offerte dai testi finalizzati all'omogeneizzazione del diritto privato europeo che pure si ispirano alla logica del doppio binario: un termine breve, soggetto a sospensione, e condizionato alla conoscenza o conoscibilità del danno o dell'identità del danneggiante, ed un termine più lungo, indipendente dagli stati soggettivi del danneggiato. Termini rispettivamente triennali e decennali (con l'eccezione del diritto al risarcimento del danno alla persona di durata trentennale) sono previsti nel Draft Common Frame of reference [55], nei Principi di diritto contrattuale europeo redatti dalla commissione Lando, e nei principi Unidroit, e si tratta di termini che potrebbero ragionevolmente applicarsi tanto all'azione di risarcimento danni da inadempimento che all'azione aquiliana.

In conclusione, più che una norma che disciplini espressamente l'ipotesi del cumulo o concorso di responsabilità, introducendone una regolamentazione estranea alla tradizione del nostro Codice civile, sarebbe auspicabile una riforma che semplifichi e riconduca ad unità i termini di prescrizione nelle varie forme di responsabilità secondo il modello europeo; una riforma, avvertita quasi unanimemente come necessaria dalla più recente dottrina domestica in argomento [56], che avrebbe anche il pregio di sopire molte dispute sulla natura di alcune specie di responsabilità.

Se è infatti un problema di appartenenza all'una o all'altra categoria ha senso di porsi solo quando ad essa corrisponda un regime normativo differenziato, un termine di prescrizione comune finirebbe col togliere in molti casi alla disputa gran parte del suo interesse [57].

---

[55] L'art. III.-7:301 (Suspension in case of ignorance) prevede che *The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could not reasonably be expected to know of: (a) the identity of the debtor; or (b) the facts giving rise to the right including, in the case of a right to damages, the type of damage.*

[56] M. TESCARO, *La rilevanza civilistica del principio* contra non valentem agere non currit prasecriptio, in *Obbl. e contr*., 2008, 253 ss.; A. GUARNERI, L'*exordium praescreptionis*, in Riv. dir. civ., 2013, 1129 ss.; S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, cit., 21.

[57] Per dirla con G. VETTORI, *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, in *www.personaemercato.it*, "Ciò eviterebbe i difetti del cumulo o della sua rigida negazione, unificando i termini di prescrizione senza attenuare quella flessibilità nella tutela delle nuove figure di danno risarcibile, che è stata uno dei meriti più evidenti della giurisprudenza italiana ed europea".

JUS CIVILE



VERONICA BONGIOVANNI

Ricercatore di Diritto privato – Università di Messina

EL REEMBOLSO ANTICIPADO DEL CRÉDITO AL CONSUMO ENTRE LOS PRINCIPIOS DICTADOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO Y LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL *DECRETO SOSTEGNI BIS* [*]

SUMARIO: *1. La extinción anticipada de las obligaciones derivadas del contrato de crédito y la reducción del coste total del crédito adeudado por el consumidor en el contexto regulatorio europeo y nacional, ante la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión europea. – 1.1. La identificación del ámbito de aplicación del art. 125* sexies*, apartado 1, del* Testo unico bancario *en las indicaciones de la* Banca d'Italia *y en las decisiones del* Collegio di coordinamento *del* Arbitro Bancario Finanziario*. – 2. La interpretación innovadora proporcionada por el Tribunal de Justicia europeo en el caso Lexitor. – 3. Los problemas que ha planteado la aceptación de la sentencia Lexitor en el ordenamiento italiano. – 3.1. La supuesta imposibilidad de adoptar la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia europeo en las relaciones reguladas por la ley de transposición. – 3.2. La protección exclusiva del consumidor y la neutralización de la* ratio *de armonización máxima de la directiva 2008/48/CE. – 3.3. La falta de identificación del método de cálculo de la reducción del coste total del crédito. – 4. La intervención del legislador nacional con el* decreto Sostegni bis *en aceptación de los principios dictados por el Tribunal de Justicia europeo. La introducción del parámetro de proporcionalidad para la cuantificación de la reducción del coste total del crédito. – 4.1. La efectividad intertemporal del art. 125* sexies*, apartado 1, Tub. – 4.2. Las dudas interpretativas sobre la aplicación de la nueva normativa en la reducción del coste total del crédito de los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*

1. – Dentro del complejo marco regulatorio europeo que informa al mercado del crédito al consumo, el reembolso anticipado del crédito asume un papel de particular importancia en la definición de las relaciones que se establecen entre las partes de estos contratos.

En particular, esta reflexión está dedicada al impacto de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión europea en el conocido caso Lexitor [1] dentro del ordenamiento jurí-

[*] Este trabajo reproduce, con la adición de las referencias bibliográficas y con el desarrollo de ciertos pasajes argumentativos, la ponencia dictada por el Autor en las Jornadas internacionales sobre el tema de "Los nuevos retos en la protección del consumidor. Una mirada italiana y argentina", organizadas por la



dico italiano, que se tomó sobre la delicada cuestión de la identificación de los costes incluidos en la reducción en caso de reembolso anticipado de un crédito [2], con particular referencia a la reciente intervención del legislador nacional con la ley de 23 de julio de 2021, n. 106, de conversión del *decreto legge* de 25 de mayo 2021 n. 73 (*decreto Sostegni bis*).

Con el tiempo, el legislador europeo ha intervenido sobre este tema en varias ocasiones, con normas que muestran un nivel creciente de detalle. Antes la disciplina de referencia se encontraba en la directiva europea 87/102/CEE [3], que luego ha sido derogada y sustituida por la directiva 2008/48/CE [4], relativa a los contratos de crédito al consumo,

---

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina), en el marco de los convenios con las Universidades de Messina, Perugia y Pavia (Corrientes, 5 de noviembre de 2021, modalidad *on line*).

[1] Tribunal de Justicia de la Unión europea, 11 de septiembre de 2019, C-383/2018, *Lexitor*, en *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 280 ss., con comentario de G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*; en *Banca borsa tit. cred*., 2020, con comentario de A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 743 ss., con comentario de A. MAGER, *Estinzione anticipata* ex *art. 125*-sexies *t.u.b. dopo la sentenza Lexitor*, en nota a G.d.P. Savona, 7 de enero de 2020; en *giustiziacivile.com*, 2020, en *dejure.it*, con comentario de F. MARAZITI, *Rimborso anticipato del credito al consumo: diritto alla riduzione di tutti i costi posti a carico del consumatore*; en *ilcaso.it*, 13 de octubre de 2019, con comentario de A.A. DOLMETTA, *Estinzione anticipata della cessione del quinto: il segno della Corte di Giustizia*; en *Riv. dir. banc*., 2019, 155 ss, con comentario de A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento* ex *art. 125*-sexies*, primo comma, t.u.b. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*.

[2] V. A. VENCHIARUTTI, *Contratos de crédito al consumo y reembolso anticipado (en relación con la STJUE sobre el caso "Lexitor")*, en *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros (Actas del Congreso Internacional sobre la protección del consumidor en el mercado financiero postcrisis, celebrado en la Universidad de A Coruña, 16 de diciembre de 2020*, coord. por N. Álvarez Lata, F. Peña López, 2021, 217 ss.

[3] Sobre la directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo, v., entre otros, M. GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994; G. ALPA, *Credito al consumo*, en *Dig. disc. priv*., sez. civ., V, Torino, 1989, 22 ss.

[4] Con referencia a la directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, v., entre otros, T. FEBBRAJO, *La nuova disciplina dei contratti di credito "al consumo" nella Dir. 2008/48/CE*, en *Giur. it*., 2010, p. 223 ss.; G. CARRIERO, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, en *Riv. dir. civ*., 2009, II, 509 ss.; L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, en *Europa dir. priv*., 2009, 785 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Verso la reforma della disciplina del credito al consumo*, en *I contratti*, 2009, 1151 ss.; ID., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori*", en *Riv. dir. civ*., 2008, II, 255 ss.



que en su art. 16 se ocupa del reembolso anticipado del crédito. En el caso Lexitor, la petición de decisión prejudicial de un juez polaco tenía por objeto la interpretación del primer apartado de este artículo, según el cual: "El consumidor tendrá derecho a liquidar en todo momento, total o parcialmente, las obligaciones derivadas del contrato de crédito. En tales casos, tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito, que comprende los intereses y costes correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir".

La ley europea no ofrece indicaciones unívocas que permitan la individualización de los criterios concretos para calcular la "reducción del coste total del crédito", también porque se pueden encontrar diferentes formulaciones de la misma disposición, en las variadas traducciones a los idiomas oficiales de los Estados miembros. La directiva 2008/48 no armoniza el método de cálculo que se va a utilizar para determinar la reducción aplicable en caso de extinción anticipada del crédito, pero establece los principios generales que deben cumplir los Estados miembros en su cuantificación.

En particular, el nuevo texto del artículo 16, apartado 1, no se limita a establecer en términos generales que la reducción del coste total del crédito a la que tiene derecho el consumidor tiene que ser "justa" – como hacía la directiva anterior – sino que, de forma más precisa y detallada, especifica que la reducción del coste total de crédito incluye los intereses y costes adeudados por la duración restante del contrato. Así que, esta reducción, por un lado, se refiere a un parámetro de tiempo, o sea a la duración restante del contrato, pero, por otro lado, no se tiene que caracterizar explícitamente en términos de "equidad". Esta omisión fue motivada por la intención (coherente con el carácter "completo" de la armonización perseguida por la directiva de 2008) de neutralizar la discrecionalidad de los legisladores y de los jueces nacionales en la cuantificación de esta reducción y de utilizar una base objetiva, que fuera armonizada en todos los Estados miembros.

Sin embargo, ni el texto de la directiva de 2008 ni sus considerandos establecen otras informaciones sobre los parámetros de cuantificación de la suma adeudada por el consumidor.

Cabe destacar que, tanto las informaciones precontractuales que el acreedor está obligado a proporcionar al consumidor con suficiente antelación antes de firmar el contrato de crédito (art. 5, apartado 1, letra p, de la directiva), como las informaciones que el prestamista tiene que mencionar en el contrato de crédito, de forma clara y concisa (art. 10, apartado 2, de la directiva), incluyen expresamente el "derecho al reembolso anticipado", sin prever los parámetros para calcular con precisión el importe de la reducción



del coste total del crédito. Entonces, parece que para el legislador europeo no se trata de una información esencial para permitir que el consumidor compare las diversas ofertas y tome una decisión informada sobre el contrato que va a celebrar.

En Italia, la directiva n. 48 del 2008 se ha transpuesto con el decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 [5], que ha introducido varios artículos en el *decreto legislativo* del 1 de septiembre 1993, n. 385, o sea en el *Testo unico bancario* (Tub) y entre ellos el art. 125 *sexies* [6], que es la trasposición del apartado 1 del art. 16 de la directiva y que, antes de la entrada en vigor del *decreto Sostegni bis*, establecía que el consumidor podía reembolsar por adelantado en cualquier momento, total o parcialmente, el importe debido al prestamista y, en este caso, habría tenido derecho a una reducción del coste total del crédito, igual a la cantidad de intereses y costes adeudados por la vida residual del contrato. Después de la recién intervención del legislador, el texto actual del art. 125 *sexies* Tub está profundamente modificado, como se verá mejor más adelante, a la luz de las indicaciones del Tribunal de Justicia europeo.

1.1. – La definición de los términos concretos de la aplicación de esta regla en el contexto regulatorio anterior se deriva de la convergencia de las indicaciones de la *Banca d'Italia,* que realiza actividades de supervisión bancaria y financiera hacia intermediarios bancarios y no bancarios, quienes se encuentran inscritos en registros específicos, y de las decisiones del *Collegio di Coordinamento* del *Arbitro Bancario Finanziario* (ABF) [7], que se ocupa de la resolución extrajudicial de las controversias que

[5] Sobre el d.lgs. n. 141/2010, v., entre otros, M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. prev*., 2011, 755 ss., en *dejure.it*; S. PELLEGRINO, *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori (d.lgs. 13.8.2010, n. 141)*, in *Obb. contr*., 2011, 125 ss.; ID., *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, in *Obb. contr*., 2011, 296 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la reforma del t.u. bancario*, en *I contratti*, 2010, 1041 ss.

[6] Para un comentario sobre el art. 125 *sexies* Tub, v., entre otros, F. OLIVIERO, *L'anticipato adempimento dell'obbligazione restitutoria nel credito ai consumatori*, en *Nuove leggi civ. comm*., 2014, 373 ss.; E. VENTURI, *Comentario* sub *art. 125* sexies *Tub*, en *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dirigido por F. Capriglione, III, Padova, 2012, 1913 ss.

[7] Con el *decreto legislativo* del 4 de marzo 2010, n. 28, se introdujo la obligatoriedad de la mediación en el ordenamiento jurídico italiano, para categorías significativas de temas, incluidos los contratos bancarios y financieros. El cliente que desea promover acciones legales contra el banco no está en absoluto obligado a hacer uso del procedimiento especial ante el *Arbitro Bancario Finanziario*, sino tiene derecho a elegir, pudiendo activar el procedimiento general de mediación en cualquier organismo en el sector. En caso de que la cuestión se ponga ante el ABF, el *Collegio di Coordinamento* puede intervenir para decidir los recursos



puedan surgir entre clientes y bancos [8]. Desde la entrada en vigor de la disciplina, la *Banca d'Italia* ha considerado como única referencia objetiva de este derecho todos los costes que no se han producido hasta el momento de extinción del crédito, llamados *recurring* (este importe incluye, por ejemplo, los intereses correspondientes, las comisiones de gestión y pago de cuotas). Así que, la interpretación del art. 125 *sexies*, apartado 1, del Tub estaba fundada en la distinción entre costes *recurring,* que representaban el objeto de la reducción del coste total del crédito, y costes *up front* (que incluyen, por ejemplo, los costes de investigación preliminar, los costes del mediador y la comisión de apertura), o sea costes no sujetos a devolución, incluso en caso de reembolso anticipado.

Además, la tendencia existente entre los prestamistas era de indicar, en los contratos y en las hojas de información, el importe de los gastos de forma genérica, no permitiendo una clara identificación de los costes acumulados y de los no acumulados, con una evidente violación del principio de transparencia. En realidad, está claro que la falta de transparencia afecta inevitablemente a la efectividad de la protección del consumidor [9].

Como la jurisprudencia europea ha afirmado muchas veces, el principio de transparencia de las cláusulas contractuales no concierne exclusivamente a su comprensibilidad en el plano formal y gramatical, ya que, dada la condición de inferioridad del consumidor respecto al empresario por lo que se refiere al grado de información, la obligación de redacción clara y comprensible de las cláusulas se tiene que interpretar ampliamente [10]. Y esto significa, en el caso específico del crédito al consumo, o sea de un contrato caracterizado por una complejidad intrínseca, que el consumidor tiene que poder comprender el alcance concreto de la operación de financiación que está a punto de concluir y, por lo tanto, los distintos componentes del coste total del crédito.

En esta lógica, la *Banca d'Italia* en el 2009 ha pedido a los operadores económicos de respetar el principio de transparencia, a través la indicación, de forma clara y comprensi-

---

que se refieren a temas de especial relevancia o que han generado o pueden generar diferentes orientaciones entre los siete colegios territoriales.

[8] A. MAGER, *op. cit.*, 745, precisa que esta orientación interpretativa se ha desarrollado con referencia directa y exclusiva a la operación crediticia vinculada a la asignación de una quinta parte del salario o pensión.

[9] G. COLANGELO, *Trasparenza (e non) nella nuova direttiva sul credito al consumo alla vigilia del recepimento*, in *Danno resp*., 2010, 437 ss.

[10] Existen numerosas sentencias al respecto, incluida la reciente Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 10 de junio 2021, C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA c. VE*, en *curia.europa.eu*.



ble, de los distintos componentes del coste del crédito, para informar al consumidor del alcance exacto de la reducción [11]. En particular, se ha argumentado que tanto en las hojas informativas como en los contratos de financiación es necesario diferenciar los tipos de costes, especificando los sujetos a maduración a lo largo del tiempo (por ej. los intereses debidos al prestamista, los que corresponden a la gestión del crédito, las comisiones que representan los ingresos por la prestación de una determinada garantía).

En consecuencia, los bancos y los intermediarios financieros tienen que asegurarse de que la documentación de transparencia sea conforme a la legislación, incluso con el fin de satisfacer a los clientes que han procedido a la extinción anticipada y así fortalecer su protección.

Y también se ha especificado, en una lógica sancionadora, que, respecto al incumplimiento de las disposiciones en materia de reembolso a los clientes de los importes debidos en caso de extinción anticipada del préstamo, se debe tener en cuenta que su infracción sistemática es evaluada como una grave violación de la ley. Así que, comprobada la infracción, esta puede conducir a la activación de procedimientos sancionadores hacia los intermediarios bancarios, de conformidad con lo dispuesto en el título IV del Tub o también al inicio del trámite de cancelación de las listas de los intermediarios financieros *ex* art. 111 Tub.

Por su parte, el Arbitro bancario finanziario en varias decisiones del *Collegio di Coordinamento* ha aceptado la distinción básica entre cargos *recurring* y *up front* [12] y ha establecido que, únicamente en caso de falta de claridad sobre la naturaleza de un cierto elemento del coste, el mismo debe interpretarse como un cargo *recurring* y, por lo tanto, se tiene que incluir en el alcance de la reducción *ex* art. 125 *sexies* del *Testo unico bancario* [13].

---

[11] V. *Banca d'Italia*, 10 de noviembre de 2009, *Cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate: cautele e indirizzi per gli operatori*, en *bancaditalia.it.*

[12] V. ABF, *Collegio di coordinamento,* 11 de noviembre de 2016, n. 10003, en *arbitrobancariofinanziario.it*; 29 de julio de 2015, n. 5861, en *arbitrobancariofinanziario.it*; 22 de septiembre de 2014, n. 6167, en *arbitrobancariofinanziario.it,* que reconoce que sobre la cuestión de la identificación del criterio distintivo entre costes iniciales y costes recurrentes no existe un acuerdo entre los colegios territoriales. En efecto, algunos, como los de Roma y Milán, se han orientado en el sentido de que el criterio para distinguir entre costes iniciales y recurrentes se encuentra exclusivamente en la claridad u opacidad de las cláusulas que prevén el pago; de modo que, en ausencia de una indicación clara y adecuada, los costes previstos por el contrato deben considerarse recurrentes y, por lo tanto, reembolsables *pro quota* en caso de reembolso anticipado. En contraste parcial con esta orientación, algunas decisiones de otros colegios y en particular del de Nápoles atribuyen importancia tanto a la denominación de la actividad realizada, tanto a la intervención de terceros en la fase de celebración del contrato, que por su propia naturaleza son preliminares y prodrómicas a la conclusión del acuerdo y por esta razón los costes relativos se pueden considerar *up front*.

[13] En este sentido v. ABF, *Collegio di coordinamento,* 11 de noviembre de 2016, n. 10003, cit., donde,



2. – La situación ha encontrado un elemento perturbador significativo en la sentencia mediante la cual, el 11 de septiembre de 2019, el Tribunal de Justicia de la Unión europea, al resolver el llamado caso Lexitor, ofreció una interpretación del art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48 totalmente en conflicto con los criterios utilizados en el contexto nacional [14].

En este asunto tres consumidores polacos habían estipulado con distintos bancos tres contratos de crédito a título oneroso. Cada uno de los contratos contenía una cláusula que obligaba el prestatario a pagar al prestamista una determinada comisión que no tenía nada que ver con la duración de la relación contractual. Tras proceder al reembolso anticipado de sus créditos, los citados consumidores transmitieron a Lexitor, sociedad de derecho polaco que ofrecía servicios jurídicos a los consumidores, los créditos que tenían frente a las entidades bancarias derivados del reembolso anticipado. Posteriormente, Lexitor, en su calidad de cesionario de los créditos, reclamó a los bancos el reembolso de una parte del importe de las comisiones abonadas por los consumidores, con los intereses de demora.

El problema es que los bancos no quieren cumplir esta obligación. Así que, el juez remitente polaco decide suspender el procedimiento para someter la cuestión al Tribunal de Justicia europeo, interrogando sobre lo siguiente: si la disposición contenida en el art.16, apartado 1, de la directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que el consumidor, en caso de cumplimiento anticipado de las obligaciones derivadas del contrato de crédito, tiene derecho a una reducción del coste total del crédito, que incluya costes que no dependen de la duración del mismo contrato.

El Tribunal de Justicia europeo ha contestado positivamente, afirmando que esta disposición debe interpretarse en el sentido de que el derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito en caso de reembolso anticipado incluye todos los gastos impuestos al consumidor.

En cuanto al razonamiento seguido por los jueces europeos, se hace constar preliminarmente cómo el análisis comparativo de las diferentes versiones lingüísticas del artículo 16, apartado 1, de la directiva 2008/48 no permite determinar el alcance exacto de la reducción del coste total del crédito que prevé. En efecto, la referencia a la "duración del contrato que quede por transcurrir", que figura en esta disposición, podría interpretarse

---

alegando los arts. 1370 del código civil italiano y 35, apartado 2, del código del consumo, se afirma que la reducción de estos costes operaría como una forma de liquidación equitativa del daño sufrido por el cliente por la violación, cometida por el prestamista, del principio de transparencia.

[14] V. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11 de septiembre de 2019, cit.



realmente tanto en el sentido de que los gastos afectados por la reducción del coste total del crédito se limitan a aquellos que dependen objetivamente de la duración del contrato, como en el sentido de que indica que el método de cálculo que debe utilizarse para aplicar la reducción consiste en tener en cuenta todos los gastos soportados por el consumidor y, acto seguido, reducir su importe en proporción a la duración del contrato que quede por transcurrir [15].

La existencia, entre las diferentes versiones lingüísticas de la disposición contenida en el apartado 1 del art. 16, de diferencias semánticas, no permitiría que la elección entre una u otra de las posibles soluciones hermenéuticas se base en la redacción textual de la misma [16]. De ahí la necesidad de utilizar el criterio sistemático (la disposición debe in-

[15] Así, por una parte, las versiones en lenguas neerlandesa, polaca y rumana de este precepto indican una reducción de los gastos ligados al período restante del contrato; por otra parte, las versiones alemana e inglesa de dicho precepto se caracterizan por cierta ambigüedad y parecen dar a entender que los gastos de este período sirven como orientación para calcular la reducción; la versión italiana de la misma disposición menciona, como la versión francesa, los intereses y gastos "adeudados" por la duración restante del contrato; y finalmente el tenor en español del artículo 16, apartado 1, de la directiva 2008/48 exige una reducción que incluye los gastos correspondientes a la duración restante del contrato (v. párrafos 24 y 25 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11 de septiembre de 2019, C-383/2018, cit.).

[16] En este sentido véanse las Conclusiones del Abogado General Gerard Hogan, presentadas el 23 de mayo de 2019, en las que se afirma que el texto de la directiva se presta de forma abstracta a al menos cuatro interpretaciones diferentes: la primera interpretación se basa en la idea de que la locución "la duración del contrato que quede por transcurrir" tiene por objeto limitar la reducción únicamente a los costes relacionados con la duración del crédito, por lo tanto, el término "costes" se refiere a los gastos que la entidad de crédito tiene que sufragar en relación con el crédito concedido; la segunda interpretación tendría como consecuencia que el coste total del crédito debería reducirse en proporción al período contractual que quede por transcurrir, entonces, los términos "la duración del contrato que quede por transcurrir" solo serían una indicación de la manera en que se calcula la reducción, es decir, en proporción a "la duración del contrato que quede por transcurrir"; la tercera, que es la que proponen las demandadas, consiste en considerar que los únicos costes que pueden deducirse del coste total del crédito son aquellos que figuran formalmente en el contrato de crédito como dependientes de la duración de tal contrato; según la cuarta interpretación, la reducción a la que tiene derecho el consumidor corresponde a los pagos puntuales y a los recurrentes que no hubieran vencido en el momento del reembolso anticipado.

Contra v. G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor",* cit., 283, según el cual la lectura de los varios textos normativos muestra claramente que el legislador europeo tenía la intención de referirse a los únicos costes *recurring* para la transposición concreta de la "reducción del coste total del crédito" debido por el consumidor que hace uso de la posibilidad de extinguir su deuda por adelantado. Así, por ejemplo, en la mayor parte de las versiones de la directiva, el coste total del crédito "*comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto*", "comprende los intereses y costes correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir", "*die sich nach den Zinsen und den Kosten für die verbleibende Laufzeit des Vertrags richtet*", "*correspond aux intérêts et frais dus pour la durée résiduelle du contrat*", "*consisting of the interest and the costs for the remaining duration of the contract*", "*consistindo essa redução nos juros e nos custos do período remanescente do contrato*".



terpretarse "teniendo en cuenta su contexto") y el criterio teleológico (la disposición debe interpretarse teniendo en cuenta "los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte"), según una interpretación ampliamente consolidada en la jurisprudencia europea [17].

Por lo que se refiere al primer criterio, el Tribunal recuerda que el art. 8 de la directiva 87/102 se refería a la reducción equitativa del coste del crédito, mientras que el art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48 concretó el derecho del consumidor a una reducción del coste del crédito en caso de reembolso anticipado, al sustituir el concepto general de "reducción equitativa" por el más preciso de "reducción del coste total del crédito" y al añadir que dicha reducción debe referirse a los "intereses y costes". Como es evidente, aunque se afirma que se pretende proceder teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta la disposición, en realidad se utiliza un criterio histórico, a través de una referencia simplista a las novedades que introdujo la directiva actual respecto a la anterior, sin embargo, omitiendo referencias importantes como los trabajos preparatorios o las razones que llevaron el Consejo a introducir tales innovaciones. Además, la referencia a la equidad de la reducción vuelve a plantear el problema de la identificación de los límites a la discrecionalidad de los legisladores y de los jueces nacionales en su cuantificación, que había llevado al legislador europeo a introducir con el art. 16 dir. 2008/48 una formulación textual más precisa y detallada, para utilizar una base objetiva de cálculo, que fuera armonizada en todos los Estados miembros.

Lo que debería haber hecho el Tribunal, si realmente hubiera querido utilizar el criterio sistemático, habría sido dar relevancia tanto a las otras disposiciones de la directiva 2008/48 como a las contenidas en la siguiente directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, relativas a la extinción anticipada del crédito [18].

En cuanto al criterio teleológico, según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia la directiva 2008/48 pretende garantizar un nivel elevado de protección del con-

---

[17] V., en este sentido, Tribunal de Justicia de la Unión europea, 10 de julio de 2019, C-49/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände c. Amazon EU Sàrl*, en *dirittounioneeuropea.eu*.

[18] En particular, de esta manera, de hecho, el Tribunal de Justicia no conduce ni una evaluación sistemática dentro de la directiva 2008/48, ni una evaluación sistemática general de la disciplina de la extinción anticipada de las deudas derivadas de contratos de crédito prevista por las dos directivas de armonización adoptadas por la UE sobre contratos de crédito al consumo (v. G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor",* cit., 284).



sumidor [19]. Este sistema de protección se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al prestamista, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información [20]. Pues bien, la efectividad del derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito resultaría menoscabada si la reducción del crédito pudiera limitarse al cómputo de los gastos presentados por el prestamista derivados de la duración del contrato, dado que el banco determina unilateralmente los gastos y que la facturación de los mismos puede incluir un cierto margen de beneficio. Además, limitar la posibilidad de reducción del coste total del crédito únicamente a los gastos expresamente vinculados a la duración del contrato supondría el riesgo de que el consumidor se viera obligado a afrontar pagos no recurrentes más elevados en el momento de la celebración del contrato de crédito, puesto que el prestamista podría verse tentado a reducir al mínimo los gastos que dependen de la duración del contrato. Por otra parte, se afirma, en relación al carácter asimétrico de esta relación contractual, que el margen de maniobra de que disponen las entidades de crédito en su facturación y organización interna hace muy difícil en la práctica que un consumidor o un juez puedan determinar los gastos relacionados objetivamente con la duración del contrato [21]. Esto no sucede si el coste total del crédito incluye también los cargos *up front*, que se refieren a obligaciones preliminares a la concesión del préstamo de forma independiente de la duración del contrato.

En particular, se hace referencia al art. 22, apartado 3, de la directiva 2008/48, que, para garantizar dicha protección, obliga a los Estados miembros a velar por que las disposiciones que adopten para la aplicación de esta directiva no puedan eludirse de resultas del modo en que se formulen los contratos. Así que, el argumento fundamental en el que se basa la solución hermenéutica adoptada por el Tribunal es aquello de impedir la elusión, en la perspectiva de la garantía de la efectividad de la protección del derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito.

3. – La sentencia Lexitor dio lugar, y no solo en Italia, a un animado debate, espe-

[19] V., en este sentido, Tribunal de Justicia de la Unión europea, 6 de junio de 2019, *M. Schyns c. Belfius Banque SA*, C-58/18, en *eur-lex.europa.eu*.

[20] V. Tribunal de Justicia de la Unión europea, 21 de abril de 2016, *E. G. Radlinger y Helena Radlingerová c. FINWAY a.s.*, C-377/14, en *eur-lex.europa.eu*.

[21] V. párrafos 29 y siguientes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11 de septiembre de 2019, C-383/2018, cit.



cialmente con referencia a la cuestión de su impacto concreto en el sistema jurídico nacional. En la doctrina y en la jurisprudencia surgieron puntos de vista opuestos: por un lado, hubo opiniones a favor de la nueva interpretación proporcionada por el Tribunal y, por otro lado, posiciones más críticas con respecto a las conclusiones a las que llegaron los jueces europeos.

Pocos meses después de la sentencia del Tribunal de Justicia, la *Banca d'Italia* se expresó a través de un comunicado para esclarecer la situación [22], en el cual proporcionó directrices destinadas a permitir que los intermediarios financieros se adaptaran a la decisión del Tribunal de Justicia europeo. En particular, estableció que, en caso de reembolso anticipado la reducción del coste total del crédito tiene que incluir todos los costes a cargo del consumidor. Se afirmó también que los criterios de reducción de los costes deben ser objeto de información específica al cliente, en el contexto tanto de la información precontractual como de las condiciones contractuales sobre el derecho al reembolso anticipado y a su procedimiento, con el fin de garantizar la máxima transparencia hacia los clientes.

En este mismo sentido una parte de la jurisprudencia afirmó que el derecho del consumidor a reducir el coste total del crédito, de conformidad con el art. 125 *sexies* Tub, incluye todos los cargos cobrados al consumidor, incluidos los asumidos convencionalmente como contraprestación de reembolso del coste de las actividades prodrómicas al préstamo (los llamados cargos no recurrentes) [23]. Así que, se tendría que considerar ineficaz la cláusula contractual que establece, en caso de reembolso anticipado, el derecho del prestamista a retener estos cargos (cuando se pagan por adelantado) más allá del alcance de una proporcionalidad estricta con respecto a la duración residual del préstamo [24].

Sin embargo, emergió una divergencia profunda respecto a la interpretación y aplicación de la ley interna, que por mucho tiempo se han fundado en una distinción entre los cargos que van a constituir el coste total del crédito y que la decisión Lexitor parece querer superar. Por ello esta sentencia suscitó diversas críticas por la doctrina y la jurisprudencia,

---

[22] V. *Banca d'Italia*, 4 de diciembre de 2019, en *bancaditalia.it*.

[23] V. *Tribunale* Mantova, 2 de febrero de 2021, en *centroanomaliebancarie.it*, en la que se afirma que interpretar una norma que imponga un coste total del crédito homogéneo en caso de extinción anticipada tiene la función de simplificar el mercado y permitir un mayor control por parte del consumidor, que no está obligado a analizar los detalles del contrato y, en particular, los costes no relacionados a la duración del préstamo, limitando los efectos de la asimetría de información al consumidor. En el mismo sentido, v. *Tribunale* Torino, sala I, 22 de septiembre 2020, n. 2770, en *dejure.it*; *Tribunale* Torino, 21 de marzo de 2020, en *dejure.it*; *Tribunale* Avellino, 28 de octubre de 2019, n. 1968, en *centroanomaliebancarie.it*.

[24] V. *Giudice di Pace* Savona, 7 de enero de 2020, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, cit., 743 ss.



como por los colegios arbitrales. En primer lugar, como se desarrollará en el siguiente párrafo, parte de la jurisprudencia afirmó que no es permitido adoptar la interpretación proporcionada por el Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre el art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48, por la imposibilidad de aplicar sus disposiciones a las relaciones entre particulares reguladas en nuestro ordenamiento por la ley de transposición, o sea por el art. 125 *sexies* Tub [25]. Además, esta sentencia no parece ajustarse al sistema normativo italiano que, comparado con el polaco, ciertamente está mucho más garantizado para el cliente, habiendo regulado exactamente en el art. 125 *sexies* Tub tanto el derecho de restitución como sus consecuencias en el caso de extinción anticipada [26].

Preliminarmente, se observó, en un nivel estrictamente literal, que tanto la directiva como la ley nacional de transposición utilizan una fórmula textual que parece sugerir exclusivamente la reducción de los costes en función de la duración del contrato [27].

En cuanto al mérito de la sentencia, el razonamiento seguido por los jueces europeos suscitó perplejidad desde varios puntos de vista. Por un lado, eligieron identificar la base de justificación de su opción hermenéutica exclusivamente en la efectividad de la protección de los derechos del consumidor, sin considerar el segundo y fundamental objetivo de la armonización máxima de la legislación nacional operado por la directiva 2008/48, es decir, crear un mercado de crédito único y eficiente, en el que las ofertas de crédito pueden circular en las mejores condiciones tanto para los consumidores que acceden al crédito como para los prestamistas que lo erogan [28]. Además, la correlación entre el principio de efectividad de los derechos de los consumidores y la aptitud de una disposición para evitar una posible elusión por parte de los empresarios no es convincente, porque los instrumentos establecidos por el legislador europeo para la prevención y el contrasto del riesgo de elusión son otros y no pueden ser los únicos parámetros que se adoptan para disipar las dudas interpretativas de las disposiciones de las directivas [29].

Por otro lado, en algunas decisiones del *Collegio di coordinamento* del ABF, como se verá en los siguientes párrafos, se evaluaron críticamente las consecuencias de la aplica-

---

[25] Con referencia a este perfil específico, véanse el siguiente párrafo.

[26] V. *Tribunale* Mantova, 30 de junio de 2020, en *expartecreditoris.it*.

[27] Sobre el tema de la transposición incorrecta de la directiva, v. *Tribunale* Napoli, 22 de noviembre de 2019, n. 10489, en *dejure.it*.

[28] Con referencia a este perfil específico, véanse el párrafo 3.2.

[29] En este sentido v., entre otros, G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor",* cit., 285 s.



ción de la sentencia Lexitor, incluso porque la interpretación proporcionada por el Tribunal de Justicia europeo, que considera reembolsables todos los costes cobrados, podría causar la salida del mercado de los operadores (en particular intermediarios de crédito) incapaces de hacer frente a los efectos inciertos del reembolso anticipado.

3.1. – Se utilizaron varios argumentos para apoyar la imposibilidad de adoptar la interpretación proporcionada por los jueces europeos en el caso Lexitor, sobre el art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48 a las relaciones reguladas por la ley de transposición. En primer lugar, se afirmó que esta directiva no puede ser calificada como *self executing* y que por lo tanto no puede encontrar inmediata aplicación en los ordenamientos de los Estados miembros [30]. Desde esta perspectiva, dado que la sentencia Lexitor ofrece una interpretación de la disposición europea y no de la nacional, la relación contractual habría debido regirse únicamente por lo dispuesto en el *Testo unico bancario* y por lo tanto la reducción del coste total del crédito habría tenido que referirse solo a los intereses y costes adeudados por la duración restante del contrato.

En realidad, si se realiza un análisis basado en una correcta visión de los efectos que derivan de las intervenciones judiciales dictadas *ex* art. 267 TFUE en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, así como también de las relaciones entre las fuentes europea y nacional, estos argumentos no parecen convincentes.

Ante todo, es necesario partir del postulado según el cual las interpretaciones proporcionadas en las sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales, que son funcionales para aclarar y especificar el significado y el alcance de la disposición europea, en el sentido en que tenía que ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor, tienen efectos *erga omnes* y el principio jurídico contenido en las mismas se tiene que considerar vinculante para las autoridades (legislativas y jurisdiccionales) de todos los ordenamientos nacionales [31].

---

[30] V. *Giudice di Pace* Como, 13 de octubre de 2020, n. 538, en dejure.it; *Tribunale* Mantova, 30 de junio de 2020, cit.; *Tribunale* Napoli, 10 de marzo de 2020, n. 2391, en *expartecreditoris.it*; *Tribunale* Napoli, 22 de noviembre de 2019, n. 10489, cit.; *Tribunale* Monza, 22 de noviembre de 2019, n. 2573, en *expartecreditoris.it.*

[31] V., *ex multis*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 5 de septiembre de 2019, causa C-331/18, *TE c. Photovost s.r.o.*, en *dirittobancario.it*, que precisamente con referencia a la directiva 2008/48/CE sobre contratos de crédito al consumo ha afirmado que el art. 10, apartado 2, de la misma debe aplicarse con modalidades conformes a la interpretación proporcionada por el Tribunal en la sentencia del 9 de noviembre de 2016, C-42/15, *Home Credit Slowakia*, incluso en el caso de contratos estipulados con anterioridad respecto



Por lo que se refiere a la eficacia concreta que esta sentencia puede explicar en el ordenamiento nacional, según otra orientación de una parte de la jurisprudencia italiana [32] y del *Collegio di Coordinamento* del *ABF* [33], el problema no era si la directiva 2008/48 se pueda considerar *self executing* y por eso tenga efecto directo, vertical u horizontal, porque este acto normativo ya ha sido implementado y transpuesto en la legislación nacional a través de la ley n. 141/2010, que, entre otras cosas, ha introducido en el *Testo unico bancario* el art. 125 *sexies*, cuyo texto reproduce perfectamente la formulación del art. 16. Así que, a los contratos estipulados después de la entrada en vigor de la legislación de transposición de la directiva no se tendría que aplicar la disposición europea, sino la norma nacional, pero de conformidad con la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia.

Cabe recordar que la obligación de interpretación conforme representa un corolario del principio de cooperación leal, según el cual los Estados miembros deben adoptar "todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión" (art. 4, apartado 3, Tratado UE). Los destinatarios de esta obligación son todos los órganos de los Estados miembros, incluidos, dentro de su competencia, los judiciales. De ello se desprende que, en la aplicación de la legislación nacional y en particular de aquella adoptada expresamente como consecuencia de la transposición de la directiva, el órgano jurisdiccional nacional debería interpretar su derecho a la luz de la letra y finalidad de la directiva para lograr el resultado [34]. Así que, el problema no es que la sentencia tenga por objeto la interpretación del art. 16 de la directiva y no la del art. 125 *sexies* Tub, porque tanto las autoridades judiciales como los colegios arbitrales no podrían dejar de aceptar esta nueva orientación interpretativa, a la luz del vínculo que se deriva del principio fundamental de

---

a esta última sentencia; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13 de septiembre de 2018, C-385/17, *T. Hein c. A. Holzkamm GmbH & Co.,* en *eur-lex.europa.eu;* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 22 de septiembre de 2016, C-110/15, *Microsoft Mobile Sales International Oy y otros,* en *curia.europa.eu*.

[32] V. *Tribunale* Torino, 22 de septiembre 2020, n. 2770, cit.; *Tribunale* Torino, 21 de marzo de 2020, n. 1434, cit.

[33] V. ABF, *Collegio di Coordinamento*, 11 de diciembre de 2019, n. 26525, en *arbitrobancariofinanziario.it*.

[34] Hay que tener en cuenta que la *Cassazione* reconoce el carácter vinculante de la interpretación del derecho europeo adoptada por el Tribunal de Justicia (v., entre otras, *Cassazione*, 3 de marzo de 2017, n. 5381, en *dejure.it*; *Cassazione*, 8 de febrero de 2016, n. 2468, en *dejure.it*; *Cassazione*, 11 de diciembre de 2012, n. 22577, en *dejure.it*), según la cual a las sentencias europeas se les debe atribuir el valor de fuentes adicionales del derecho comunitario, no en el sentido de que crean normas *ex novo*, sino en la medida en que indican su significado y límites de aplicación, con eficacia *erga omnes* dentro de la Comunidad europea.



interpretación conforme al derecho de la Unión europea de las disposiciones nacionales y, *a fortiori*, de las que representan la transposición de directivas europeas [35].

Esta conclusión, válida en general, sin embargo, merece alguna aclaración, en consideración a la entrada en vigor de la ley n. 106/2021, que ha modificado el texto del art. 125 *sexies* Tub, a la que tendremos la oportunidad de volver en la continuación del análisis [36].

3.2. – Uno de los perfiles problemáticos más relevantes de la sentencia se refiere precisamente al punto de partida de la interpretación realizada a través del criterio teleológico, es decir a la protección exclusiva del consumidor.

En efecto, el Tribunal de Justicia ha afirmado que el hecho de incluir, en la reducción del coste total del crédito, los gastos que no dependen de la duración del contrato no perjudica de manera desproporcionada al prestamista. En particular, sus intereses se tienen en cuenta con arreglo al artículo 16 de la directiva 2008/48, que establece, en su apartado 2, en beneficio del prestamista, el derecho a una compensación por los posibles costes derivados del reembolso anticipado del contrato y, en su apartado 4, ofrece a los Estados miembros la posibilidad adicional de velar por que la compensación esté adaptada a las condiciones del crédito y del mercado para proteger los intereses del prestamista. Además, en caso de reembolso anticipado del crédito, el prestamista recupera de antemano la suma prestada, que se queda disponible para celebrar, en su caso, un nuevo contrato de crédito.

---

[35] En este sentido, en doctrina, v. entre otros G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor",* cit., 287 s., según el cual, para los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la legislación de transposición, la adaptación de la ley italiana a la sentencia del Tribunal de Justicia europeo requiere necesariamente una intervención del legislador que reforme el apartado 1 del art. 125 *sexies* del Tub. De hecho, dada la formulación textual de la disposición nacional, debe excluirse que el juez italiano esté obligado a aceptar la orientación interpretativa adoptada por el Tribunal en sede de aplicación del art. 125 *sexies*, apartado 1, Tub, ya que por constante jurisprudencia europea la necesidad de interpretar las disposiciones internas de conformidad con las directivas de la UE a las que dan la transposición nunca puede llegar a constituir el base de justificación para una interpretación *contra legem*. Así que, a la espera de tal intervención del legislador, los consumidores que se ven perjudicados por la insuficiencia de la formulación textual de la disposición nacional tendrían que promover, contra el Estado responsable de la incorrecta transposición del art. 16, apartado 1, directiva 2008/48, una acción legal para obtener la indemnización de los daños sufridos por haber logrado, a modo de "reducción del coste total del crédito", una suma del importe más bajo de lo que hubieran tenido derecho a recibir si la disposición nacional hubiera sido formulada e interpretada con modalidades que corresponden plenamente al significado que el Tribunal atribuyó a la europea.

[36] Para la discusión de este perfil, consulte el par. 4.



Sin embargo, los jueces europeos han declarado que la directiva 2008/48 tiene el objetivo exclusivo de lograr una elevada protección del consumidor; por esta razón la reducción del coste total del crédito en caso de reembolso anticipado no puede no incluir todos los gastos impuestos.

En realidad, no se trata de una directiva de armonización mínima, adoptada únicamente para promover y mejorar el nivel de protección de los consumidores que concluyen contratos de crédito, sino de armonización máxima, que pretende regular de forma igual para los legisladores nacionales algunos particulares aspectos de estos contratos, con disposiciones adecuadas para satisfacer y proteger de forma equilibrada tanto los intereses económicos de los consumidores como aquellos de los prestamistas que erogan financiamientos al consumo [37].

En el proceso de aprobación de la directiva ya había surgido el propósito de proteger los diferentes intereses de las principales categorías de sujetos que operan en el mercado crediticio, o sea no solo de los consumidores, que pueden beneficiarse de un aumento en los niveles de protección ofrecidos por la legislación europea armonizada, sino también de las empresas de crédito, cuya actividad se facilita con la estandarización de las condiciones de mercado [38].

Además, esto se manifiesta en la parte introductoria de la misma directiva, donde se prevé, junto a la protección del consumidor, como parte presuntivamente débil de la relación contractual, el desarrollo de un mercado crediticio más transparente y eficaz [39], de manera que se pueda lograr una armonización total entre las legislaciones de los Estados miembros [40].

En relación a este perfil, se puede suponer que el Tribunal de Justicia, basando su propia elección interpretativa únicamente en la efectividad de los derechos de los consumidores, no haya respetado la *ratio* compleja de la directiva, no teniendo en cuenta las

---

[37] V. G. De Cristofaro, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor",* cit., 286.

[38] Sobre el proceso de armonización de la regulación europea del crédito al consumo, véanse, entre otros, G. Carriero, cit., 509 ss.; T. Febbrajo, cit., p. 223 ss.

[39] El considerando n. 6 afirma expresamente que: "El desarrollo de un mercado crediticio más transparente y eficaz dentro del espacio sin fronteras interiores es fundamental para promover el desarrollo de las actividades transfronterizas".

[40] Así, en el considerando n. 9 de la directiva, se afirma que, para lograr la armonización total entre las legislaciones nacionales, es necesario realizar un doble objetivo, es decir, por un lado, "garantizar que todos los consumidores de la Comunidad europea se beneficien de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses" y, por otro lado, "crear un auténtico mercado interior".



repercusiones que el paso de la armonización mínima a la armonización máxima está inevitablemente destinado a tener sobre los parámetros interpretativos de las directivas europeas que se refieren a esta particular tipología de contratos [41].

Con referencia a este aspecto, la tarea del intérprete parece particularmente delicada; sin embargo, los jueces europeos, partiendo de la *ratio* de máxima armonización de la directiva y para no desequilibrar la protección a favor de uno u otro, deberían haber intentado buscar un equilibrio entre la capacidad del consumidor para pagar en proporción adecuada por el servicio de crédito recibido (hasta que se haya reembolsado el crédito) y la oportunidad del prestamista para obtener una retribución en relación con un servicio que realmente ha proporcionado. De hecho, es precisamente en este aspecto sobre el que recientemente ha intervenido el legislador italiano, modificando la normativa nacional, con la intención de identificar una solución que, respetando los principios dictados por el Tribunal de Justicia europeo, fuera capaz de tener en cuenta las distintas facetas de la cuestión [42].

3.3. – La aplicación del principio de derecho enunciado por el Tribunal conllevaba inevitablemente la eliminación del documento contractual de la cláusula que ha excluido, aunque implícitamente, la repetibilidad de los costes no recurrentes, en cuanto contraria a norma imperativa, y por lo tanto afectada por la nulidad de protección, cuya acción se puede promover de oficio de conformidad con los arts. 127 Tub y 1418 del código civil italiano. La cláusula nula debía entonces entenderse automáticamente sustituida *ex* art. 1419, párrafo 2, cod. civ. con la norma imperativa que, ya en el momento de la celebración del contrato, impuso también el reembolso de los costes *up front* [43].

Sin embargo, la aceptación del enfoque interpretativo expresado por el Tribunal de Justicia europeo ha presentado algunas dificultades de aplicación, ya que la sentencia, así como el texto del art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48, carece de cualquier indicación sobre el método de cálculo de la reducción del coste total del crédito. En efecto, a pesar de que requiere el reembolso de todos los costes que derivan del contrato de crédito a través de un criterio unívoco, no toma una posición explícita sobre el tema de la cuantificación concreta de los costes no recurrentes.

---

[41] En este sentido, v. G. De Cristofaro, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor",* cit., 286.

[42] Para la discusión de este perfil, consulte el par. 4.

[43] En este sentido véanse la decisión del *Collegio di Coordinamento* del ABF n. 26525 de 2019, cit.



Por lo que se refiere a este problema, preliminarmente, cabe destacar que la directiva 2008/48, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 1, fue concebida como una medida de armonización máxima, pero al mismo tiempo incompleta, es decir como un acto destinado a armonizar solo determinados aspectos de las disposiciones jurídicas de los Estados miembros en materia de contratos de crédito al consumo [44]. En efecto, según lo establecido en el considerando n. 9, los legisladores nacionales no pueden mantener o introducir disposiciones distintas a las previstas por la directiva, pero tal restricción debe aplicarse exclusivamente para las materias sujetas a las finalidades de armonización; entonces, en caso de que no existan disposiciones armonizadas, los Estados miembros se deben considerar libres de mantener o adoptar normas nacionales [45]. Así que, parece que la intención del legislador de la Unión es atribuir a los Estados miembros un cierto margen de discrecionalidad en esta materia; pero esto no significa, por supuesto, que puedan elegir cualquier método que deseen, sino que, por un lado, deben respetar los principios establecidos en el art. 16, apartado 1, relativos a la obligación de cubrir tanto los intereses como los costes, y, por otro lado, pueden establecer lo que está más acorde con la normativa nacional del sector del crédito al consumo.

En el contexto del ordenamiento italiano, se ha considerado que la diversidad intrínseca de los costes *up front* en comparación con los *recurring* no parece permitir la aplicación del criterio proporcional puro (*pro rata temporis*), de uso común en las actividades de carácter permanente y considerado en la práctica el más lógico y el más conforme a la ley y a la equidad sustancial [46]. Por esta razón se ha afirmado que el uso de este criterio, de hecho, sería completamente irreconciliable con costes independientes de la duración de la relación de financiamiento, ya que estos representan la contraprestación por actividades ya agotadas en el momento de la estipulación del contrato por parte del consumidor [47].

---

[44] V. F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, en *Nuove leggi civ. comm*., 2020, 88 s., según el cual, por esta razón, habría sido más adecuado tener en cuenta las peculiaridades de las diversas disciplinas de transposición e imponer, para el caso de extinción anticipada, solo el reembolso de una parte apropiada y proporcional de todos los costes directamente o indirectamente relacionados con la duración del contrato de crédito.

[45] El considerando n. 9 establece, como ejemplo, que los Estados miembros pueden mantener o introducir disposiciones nacionales sobre la responsabilidad solidaria del vendedor o proveedor de servicios y el prestamista o sobre la terminación del contrato de venta de bienes o prestación de servicios en caso de que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento del contrato de crédito.

[46] V. ABF, *Collegio di Coordinamento*, n. 6167 de 2014, cit.

[47] V. A. ZOPPINI, *op. cit*., 7.



En efecto, el Tribunal de Justicia, estableciendo que el método de cálculo que debe utilizarse para aplicar la reducción consiste en tener en cuenta todos los gastos soportados por el consumidor y, acto seguido, reducir su importe en proporción a la duración del contrato que quede por transcurrir, no impuso un criterio común y único para todos los componentes del coste del crédito. Por lo tanto, en ausencia de una intervención del legislador, se ha considerado posible establecer, al igual que las partes en el ejercicio de su autonomía contractual, un criterio de reembolso diferenciado para los costes no recurrentes y para los recurrentes.

En algunos casos, pareciendo la cuestión no resoluble por medio de la interpretación, porque no hay un texto contractual oscuro o ambiguo cuyo significado debe ser revelado, el *Collegio di Coordinamento* del ABF decidió intervenir en el reglamento integrándolo *ex* art. 1374 cod. civ., a través de una fuente heterónoma. En esta perspectiva, a falta de una disposición regulatoria complementaria o de un uso aplicable, ha hecho uso de la integración judicial según equidad, como mecanismo por el cual es posible llenar la laguna contractual [48]. En particular, se consideró que el criterio preferible para cuantificar el importe de los costes no recurrentes repetibles tendría que ser similar a lo que han previsto las partes para el cálculo de los intereses correspondientes, que constituyen la parte principal del coste total del crédito expresamente regulada por negociación. Esto significa que la reducción de los costes no recurrentes podría haberse realizado de acuerdo con el método de reducción progresiva utilizado para los pagos de estos intereses, como deducible del plan de amortización [49].

De hecho, ante la reciente intervención del legislador, esta solución podría haber sido adecuada para equilibrar los intereses de las partes contratantes porque, por un lado, garantiza el derecho del consumidor a una reducción proporcional de los costes *up front* del crédito, pero, por otro lado, tiene en cuenta la diferencia de estos con respecto a los costes *recurring*. De esta forma, la referencia que hace la sentencia al derecho del consumidor a una reducción equitativa del coste total del crédito, establecido por el derogado art.

---

[48] V. ABF, *Collegio di Coordinamento*, n. 26525 de 2019, cit. Según lo que establece el art. 6, párr. 5, de la resolución del *Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio* n. 275/2008, la decisión sobre el recurso se toma sobre la base de las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, así como de los códigos de conducta a los que se adhiere el intermediario. Por tanto, es evidente que la referencia que, en este caso, hace el *Collegio di Coordinamento* al art. 1374 del código civil italiano le permite utilizar la fuente equitativa para llenar los vacíos en el reglamento. De esta forma, se sortea la prohibición a la que se refiere el art. 6, que exige que la decisión se tome conforme a derecho, admitiendo el uso de la equidad sólo en los casos previstos en el art. 113, párr. 2, y 114 c.p.c.

[49] A. TINA, *op. cit*., 178 s.



8 de la directiva 87/102, podría haber encontrado su concretización, con la consiguiente reexpansión de la discrecionalidad de los jueces nacionales.

Sin embargo, un obstáculo para el uso de la fuente equitativa estaba representado por la posición, adoptada recientemente por el Tribunal de Justicia, totalmente opuesta a la integración judicial de la cláusula nula por ser vejatoria [50]. En efecto, salvo en algunos casos en los que, con referencia a las cláusulas accesorias en los contratos de crédito al consumo, han elegido la diferente opción de la aplicación de las normas complementarias prorrogadas [51], los jueces europeos nunca admitieron la integración judicial del reglamento.

4. – El debate sobre la oportunidad de aplicar los principios dictados por el Tribunal de Justicia europeo a la reducción del coste total del crédito en caso de extinción anticipada puede hoy considerarse de alguna manera resuelto, tras la intervención del legislador, que, para hacer frente a los efectos económicos producidos por la emergencia epidemiológica del COVID 19 y con el fin de garantizar certidumbre y transparencia a las condiciones de acceso al crédito al consumo para el sostenimiento de las familias, ha modificado algunas disposiciones del *Testo unico bancario* y, entre estas, la que se ocupa del reembolso anticipado. En particular, el art. 11 *octies* de la ley n. 106/2021, que ha convertido en ley el *decreto legge* n. 73/2021, ha introducido una nueva versión del art. 125 *sexies* Tub, que reconoce las indicaciones de los jueces europeos, pero no sin plantear problemas de interpretación.

El primer apartado del nuevo art. 125 *sexies* Tub establece, como la formulación anterior, que "*il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore*", pero mientras el anterior texto se limitaba a disponer que, en este caso, la reducción del coste total del crédito debía ser "*pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto*", la nueva formulación especifica que el consumidor "*ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte*".

El legislador, en esta primera parte de la norma, ha aceptado plenamente el principio

[50] Entre las diversas sentencias, una de las más importantes es sin duda Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de junio de 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. JCC*, en *curia.europa.eu*.

[51] En este sentido, v. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 16 de julio de 2020, C-224/19, *C.Y. c. Caixabank*, *LG y PK c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, en *curia.europa.eu*.



del reembolso integral, que se deriva de la interpretación proporcionada por la sentencia del Tribunal de Justicia europeo en el caso Lexitor del art. 16 de la directiva 2008/48, estableciendo que dicho reembolso debe incluir todos los costes incluidos en el coste total del crédito, o sea no solo los costes *recurring*, sino también los costes *up front*, con la exclusión de los impuestos únicamente.

En realidad, aunque con alguna posición disonante, tanto parte de la jurisprudencia como el *Arbitro bancario finanziario* ya habían llegado a este resultado interpretativo, atribuyendo a la sentencia Lexitor un carácter vinculante de acuerdo con el principio de interpretación conforme y previendo así el reembolso de todos los componentes del coste total del crédito [52].

Con todo, la novedad más importante se refiere a la previsión de un criterio para el cálculo de la reducción del coste total del crédito, sobre el que el Tribunal no se había pronunciado, dejando, como ya se ha señalado, abierto el debate.

Así, el art. 125 *sexies* Tub, en su nueva formulación, establece que esta reducción se tiene que calcular utilizando el parámetro de "proporcionalidad" en relación con la vida residual del contrato. En esencia, la referencia a "la duración del contrato que quede por transcurrir" solo sería una indicación de la manera en que se calcula la reducción.

En realidad, el Tribunal de Justicia, al explicar los términos del debate, había dado cuenta de la existencia de variadas orientaciones interpretativas, una de las cuales era precisamente la basada en la proporcionalidad, sin por ello tomar posición alguna sobre la cuestión [53].

No obstante, después de haberse referido a este parámetro, el legislador especifica que los contratos de crédito tienen que prever claramente el criterio que se utilizará, en el caso de extinción anticipada, para la reducción proporcional de los intereses y otros costes, indicando de manera específica si se aplicará el "*criterio di proporzionalità lineare*" o el "*criterio del costo ammortizzato*" y, a menos que se indique lo contrario, se deberá aplicar el segundo.

Por un lado, esta segunda parte de la disposición parece perfectamente acorde tanto con las indicaciones de la *Banca d'Italia*, considerando las referencias a las modalidades claras y analíticas para indicar el criterio de cálculo, como con los principios dictados por el Tribunal de Justicia europeo, reiterando que este cálculo se puede hacer a través del "*criterio di proporzionalità lineare*", sin perjudicar los intereses de los consumido-

[52] Para la discusión de este aspecto, refiérase al par. 3.1.

[53] Véase al respecto lo señalado en el par. 3.3.



res. Así que, la aplicación del parámetro proporcional permitirá calcular el monto a devolver dividiendo la suma total de las comisiones por la duración del contrato (en meses) y multiplicando el resultado por la duración residual (en meses) del mismo vencido anticipadamente.

Hasta este punto, el legislador ha respetado plenamente las indicaciones de los jueces europeos, introduciendo una previsión equilibrada que permite tener en cuenta tanto los intereses del consumidor como los de los prestamistas. Pero, por otro lado, esta previsión parece plantear el primer problema de interpretación, al prever, junto al "*criterio di proporzionalità lineare"*, también el "*criterio del costo ammortizzato*". En primer lugar, esta previsión parece ser de aplicación incierta, porque se refiere a un criterio previsto en el contexto de las disposiciones sobre el estado financiero. En particular, el art. 2426 del código civil italiano, en la versión modificada por el *decreto legislativo* de 18 de agosto de 2015, n. 139, que ha transpuesto al ordenamiento italiano la directiva 2013/34/UE [54], establece que en la preparación de los estados financieros se tiene que utilizar este criterio para la evaluación de las deudas, créditos y activos fijos [55]. La elección de adoptar un criterio perteneciente a otro sector seguramente creará dificultades de aplicación, dada la ausencia de cualquier aclaración adicional por parte del legislador.

En segundo lugar, el "*criterio del costo ammortizzato*" no es en realidad un criterio estrictamente proporcional. De hecho, esta modificación parece estar dirigida a permitir el cálculo de los costes sujetos a reducción aplicando una proporción decreciente en el tiempo, con una reducción inferior de los cargos en el caso de extinción anticipada. Así que, si la aplicación de este criterio supone una reducción inferior a la que tendría derecho el consumidor según el parámetro proporcional y considerando que este criterio se aplica incluso en el caso de que las partes no decidan nada al respecto, parece materializarse una solución no equilibrada. De esta forma, algunas comisiones sobre la deuda residual no se contabilizarían a efectos del cálculo de la reducción del coste total del crédito y esto tendría el único efecto de limitar los derechos de los consumidores.

En última instancia, este criterio, destinado a ser ampliamente aplicado, podría bene-

---

[54] Se trata de la directiva de 26 de junio de 2013 del Parlamento europeo y del Consejo sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se ha modificado la directiva 2006/43/CE del Parlamento europeo y del Consejo y se derogan las directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

[55] C. SOTTORIVA, *Il D. Lgs. n. 139/2015 per il recepimento della Direttiva 2013/34/UE in tema di bilanci*, en *Le società*, 2015, 1065; G. GARESIO, *La nuova disciplina del bilancio d'esercizio: le regole di struttura e i criteri di valutazione*, en *Giur. it*., 2017, 1263 s.



ficiar al prestamista, quien, además, no sólo tiene el derecho a una compensación justa y objetivamente justificada en presencia de las condiciones previstas por la ley [56], sino también el derecho de retrocesión frente al intermediario de crédito, tal y como prevé el nuevo apartado 3 del art. 125 *sexies* Tub, por la parte del importe reembolsado al consumidor relativo a la remuneración por la intermediación. Así, si tras la sentencia Lexitor el riesgo que se corría era el de beneficiar al consumidor, con la solución adoptada por el legislador nacional se podría correr el riesgo contrario, es decir, el de beneficiar al prestamista.

4.1. – Una novedad de particular importancia es la introducida en el apartado 2 del art. 125 *sexies* Tub, en el cual se prevé que la nueva formulación de la disposición se aplica solo a los contratos suscritos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la ley que convierte el decreto, mientras que la versión anterior de la disposición continúa aplicándose a la extinción anticipada de los contratos suscritos con anterioridad, así como las normas secundarias contenidas en las disposiciones de transparencia y de vigilancia de la *Banca d'Italia* vigentes en la fecha de celebración de los contratos [57].

Antes de la intervención del legislador, tanto la jurisprudencia como el *Collegio di coordinamento* del ABF sostuvieron que los principios dictados por los jueces europeos debían aplicarse también a los contratos estipulados con anterioridad a la fecha de la sentencia Lexitor. Se utilizó el argumento de que las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia europeo tienen eficacia y son vinculantes también con respecto a situaciones que han surgido previamente, con exclusión de todo aquello que ha sido objeto de cosa juzgada o cuyo *iter* judicial se ha agotado, a menos que el mismo Tribunal establezca excepcionalmente límites al efecto retroactivo de su sentencia previendo posibles repercusiones en un sistema de relaciones jurídicas constituidas de buena fe [58].

---

[56] Permanece sin cambios la previsión de una compensación justa y objetivamente justificada por cualquier coste directamente relacionado con el reembolso anticipado del crédito a favor del prestamista en caso de reembolso anticipado, a la que se refiere la formulación anterior del art. 125 *sexies*.

[57] Precisamente en el nuevo apartado 2 se establece que el art. 125 *sexies* "*Si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125 sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti*".

[58] Como el *Collegio di Coordinamento* del ABF tuvo la oportunidad de subrayar, especificando que el



La introducción del nuevo apartado 2 del art. 125 *sexies* Tub debería llevar hoy a una conclusión opuesta, a la luz de la previsión de irretroactividad de la disciplina, la cual, adoptando una interpretación literal del precepto, debería entonces estar destinada a ser aplicada sólo para el futuro. Sin embargo, subsisten dudas interpretativas sobre la eficacia intertemporal de esta disposición, dado el contraste jurisprudencial existente.

De hecho, según parte de la jurisprudencia que se pronunció sobre el reembolso de las comisiones tras la extinción anticipada del contrato de crédito para la cesión del quinto, el art. 125 *sexies* Tub debería interpretarse conforme a la sentencia Lexitor, incluso después de la reforma contenida en el decreto Sostegni *bis* [59]. En particular, se afirma que, por un lado, es cierto que el art. 125 *sexies* Tub, en su redacción vigente al momento de la celebración del contrato, no proporcionaba indicación alguna, pero la sentencia del Tribunal de Justicia ha brindado indirectamente un criterio de interpretación de este precepto, que transpone, de forma casi textual, en el ordenamiento interno el art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48. Por tanto, con referencia a los contratos estipulados antes de la entrada en vigor del decreto, la exclusión del reembolso de los costes *up front* no sólo entraría en conflicto con el art. 125 *sexies* Tub en la formulación anterior como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, sino también con las disposiciones dictadas por la *Banca d'Italia*. De ahí surgiría también el conflicto con el nuevo texto del art. 125 *sexies*, apartado 2, Tub según el cual las normas secundarias contenidas en las disposi-

---

Tribunal de Justicia en el presente caso no ha considerado conveniente aprovechar de esta facultad (v. decisión del 17 de diciembre de 2019, n. 26525, cit.).

Sin embargo, se alegó que la orientación interpretativa alcanzada por el Tribunal de Justicia no se podía aceptar con referencia a los contratos estipulados antes de la entrada en vigor de la legislación nacional con la que se ha transpuesto la directiva, o sea del d. lgs. n. 141 de 2010. Por lo tanto, se asumió que a estos contratos se tenía que aplicar la formulación anterior de la disposición, o sea el art. 125, apartado 2, Tub, que preveía una reducción equitativa del coste total del crédito, dentro de la cual estaban destinados a ser incluidos, como costes reembolsables, aquellos sujetos a devengo en el tiempo y no también los relacionados con actividades preliminares y preparatorias al otorgamiento del crédito. En otros términos, se tenía que adoptar la visión de la jurisprudencia precedente a la sentencia, según la cual la aplicación del principio de reducción equitativa del coste del crédito *ex* art. 125, apartado 2, Tub, determina el reembolso únicamente de los costes denominados *recurring*, mientras que los denominados *up front* no son reembolsables (v. *Tribunale* Napoli, 4 de diciembre de 2018, en *dejure.it*). Así que, en el caso de extinción anticipada del contrato por parte del consumidor, la cláusula contractual que establecía que los costes no recurrentes no son reembolsables no podría haber sido considerada nula, ya que, en el momento de la celebración del contrato, no existía ninguna disposición que prohibiera los acuerdos que tenían como objeto la no repetibilidad de los cargos en cuestión (v. *Tribunale* Piacenza, 16 de marzo de 2020, n. 241, en *expartecreditoris.it*; *Tribunale* Pavia, 2 de mayo de 2020, n. 497, en *expartecreditoris.it*).

[59] V. *Tribunale* Savona, 16 de septiembre de 2021, n. 680, in *dejure.it*; *Giudice di Pace* Torino, 20 de septiembre de 2021, n. 2261, en *dirittodelrisparmio.it*.



ciones de transparencia y vigilancia de la *Banca d'Italia* vigentes en la fecha de la firma de los contratos continúan aplicándose a las extinciones anticipadas firmadas antes de la fecha de entrada en vigor de la ley que convierte el decreto.

Por lo que se concluyó, adoptando una interpretación sistemática y conforme con el derecho europeo, que el principio de irretroactividad consagrado por el art. 11 *octies* de la ley n. 106/2021 se refiere a los apartados recién introducidos y no puede relacionarse con el apartado 1, ya que de lo contrario estaría en conflicto con la legislación europea entendida acorde a la interpretación del Tribunal de Justicia.

Este enfoque interpretativo ha sido criticado por otra parte de la jurisprudencia, así como por el *Collegio di coordinamento* del ABF, porque parece basarse en una lectura contraria a la letra de la ley, introduciendo una limitación al alcance del art. 11 *octies* que el texto de la disposición no prevé [60]. Se afirma que el intento realizado, si bien apreciable, parece superar los límites de una operación puramente interpretativa, aunque entendida en un sentido amplio, llegando sustancialmente a configurar una inaplicación parcial del art. 11 *octies*. Se cree, en efecto, que el legislador quiso realmente, por razones de política económica y defensa del principio de confianza, dictar una disciplina intertemporal de acuerdo con la orientación de la jurisprudencia anterior a la sentencia Lexitor, poniendo así un obstáculo insalvable a una posible interpretación "adaptativa".

En esta perspectiva, la distinción entre contratos estipulados después del 25 de julio de 2021, sujetos al nuevo art. 125 *sexies* Tub, y contratos anteriores a esta fecha, sujetos en cambio a las normas primarias y secundarias vigentes al momento de su estipulación, parecería corresponder a una decisión precisa del legislador. Por lo tanto, en aplicación del art. 11 *octies* y de las disposiciones de rango secundario aplicables *pro tempore* y en continuidad respecto de la orientación seguida por los colegios del ABF antes de la sentencia Lexitor, la reducción del coste total del crédito se debería referir únicamente a los costes *recurring*, con exclusión de los costes *up front*.

Así, se cree que, en este caso, el principio de interpretación conforme al derecho europeo de la ley nacional no se debería aplicar, porque la regla interna, según los cánones de interpretación previstos por los arts. 11 y 12 de las *Preleggi*, tiene un texto claro e inequívoco, aunque potencialmente conflictivo con la normativa europea.

En realidad, este último enfoque interpretativo no parece convincente, ya que, en primer lugar, plantea cuestiones delicadas de compatibilidad del derecho interno con el

[60] V. *Giudice di Pace* Torino, 25 de octubre de 2021, n. 2631, en *expartecreditoris.it*; ABF, *Collegio di Coordinamento*, 15 de octubre 2021, n. 21676, en *dirittodelrisparmio.it; Giudice di Pace* Piombino, 16 de agosto de 2021, en *expartecreditoris.it*.



derecho europeo y, en particular, con el art. 16 de la directiva 2008/48, según la interpretación del Tribunal de Justicia. De hecho, si se creía que los principios de la sentencia Lexitor debían aplicarse también al pasado y, por tanto, a las relaciones surgidas con anterioridad a la misma [61], *a fortiori* debe suponerse que no es posible impedir su aplicación a los contratos celebrados después del pronunciamiento, pero antes de la entrada en vigor de la legislación nacional. Por lo que, desde este punto de vista, parece convincente la constatación según la cual la irretroactividad no se refiere a la primera parte del primer apartado del nuevo art. 125 *sexies* Tub, en la que se establece el derecho del consumidor al reembolso integral de los gastos, sino a la segunda parte, en la que se especifican los criterios por los que debe realizarse la cuantificación y se prevé el derecho de retrocesión del prestamista hacia el intermediario.

Además, una interpretación diferente implicaría una injusta desigualdad de trato entre los consumidores, quienes en cambio merecerían el reembolso integral de los costes incurridos independientemente del momento en que celebraron el contrato de crédito.

A esta conclusión se puede llegar también considerando la formulación literal de la disposición, o sea la referencia, contenida en el nuevo apartado 2 del art. 125 *sexies* Tub, a las disposiciones de transparencia y vigilancia de la *Banca d'Italia* vigentes en la fecha de la firma de los contratos celebrados anteriormente al decreto. De hecho, en el contexto de estas disposiciones, hay también indicios a favor de una amplia protección de los derechos del consumidor en el caso de extinción anticipada del contrato de crédito [62], de la introducción de la distinción de los costes a devolver al consumidor [63], de la adopción de prácticas equilibradas que no desfavorezcan al consumidor [64] y que garanticen transparencia y claridad en la representación de los costes [65]. En particular, después de la intervención del Tribunal de Justicia, se estableció, no solo para los nuevos contratos, sino también para los previamente estipulados, que, en caso de reembolso anticipado, el consumidor habría tenido derecho a una reducción del coste total del crédito que incluía todos los costes, excluyendo los impuestos [66]. Por tanto, estas disposiciones muestran la

---

[61] En este sentido véanse, entre otras, *Cassazione*, sez. VI, 8 de febrero de 2016, n. 2468, según la cual la interpretación de una disposición europea proporcionada por el Tribunal de Justicia "*ha carattere vincolante per il giudice nazionale, che può e deve applicarla anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa*".

[62] V. *Banca d'Italia*, 10 de noviembre de 2009, n. 192691, cit.

[63] V. *Banca d'Italia*, 7 de abril de 2011, n. 69170, en *bancaditalia.it*.

[64] V. *Banca d'Italia* n. 69170/2011, cit.

[65] V. *Banca d'Italia*, 30 de marzo de 2018, n. 154964, en *bancaditalia.it*.

[66] V. *Banca d'Italia*, 4 de diciembre de 2019, cit.



clara intención de la *Banca d'Italia* de instar a los intermediarios a respetar los principios dictados por la sentencia Lexitor [67].

A la luz de estas indicaciones, así como de los argumentos antes señalados, una interpretación del segundo apartado del art. 125 *sexies* Tub en el sentido de excluir algunos costes del reembolso solo con referencia a contratos celebrados antes de la entrada en vigor del decreto no puede considerarse aceptable. En esta perspectiva, para no entrar en conflicto con la orientación adoptada por el Tribunal de Justicia europeo y respetar las anteriores disposiciones de la *Banca d'Italia*, se debería suponer que el legislador ha previsto la irretroactividad no de toda la disciplina, sino exclusivamente de aquellas disposiciones introducidas *ex novo* en la disposición, y que por lo tanto esta debe referirse no al *an* ni al *quantum*, sino al *quomodo* del reembolso.

De lo contrario, a la luz del conflicto entre la legislación nacional y los artículos 11 y 117 de la Constitución, queda abierta solo la posibilidad de plantear una cuestión de legitimidad constitucional. En esta perspectiva, el Tribunal de Turín ha declarado pertinente y no manifiestamente infundada la cuestión de legitimidad constitucional del art. 11 *octies*, por el conflicto con los artículos 3, 11 y 117, primer apartado, de la Constitución y ha remitido los actos a la *Corte Costituzionale*, señalando, por un lado, la imposibilidad de realizar la interpretación conforme a la sentencia Lexitor del precepto legal y, por otro lado, la ausencia de las condiciones para aplicar directamente la norma europea a través la inaplicación de la norma de derecho interno incompatible con la primera [68].

4.2. – Ante la intervención del legislador, surgieron algunas dificultades con referencia a la posibilidad de aplicar los principios dictados en la sentencia Lexitor a la interpretación de la directiva 2014/17 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. La formulación textual del apartado 1 del art. 25 de esta directiva es, de hecho, idéntica a la del apartado 1 del art. 16 dir. 2008/48 [69]. Así, se consideró, por un lado, que la opción hermenéutica desarrollada por el

[67] *Contra* v. *Banca d'Italia*, 1 de diciembre de 2021, n. 1710613, en *bancaditalia.it*, en la cual la *Banca d'Italia* ha cambiado su posición, afirmando que las líneas directrices de 4 de diciembre de 2019 se tienen que considerar derogadas por lo dispuesto en la nueva disposición.

[68] V. *Tribunale* Torino, 2 de noviembre de 2021, en *dirittobancario.it*.

[69] De hecho, en la segunda proposición del apartado 1 del art. 25 se establece que el consumidor tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito que comprenderá los intereses y costes correspondientes al tiempo de contrato que quede por transcurrir.



Tribunal de Justicia, por razones de coherencia sistemática, debería haber sido vinculante también para la interpretación de la disposición incluida en la directiva de 2014 [70].

Sin embargo, por otro lado, la diferencia intrínseca entre las dos áreas de referencia de las directivas consideradas parecía impedir esta extensión. Así, incluso si a la "reducción del coste total del crédito" a la que se refiere el art. 25 de directiva 2014/17 se hubiera atribuido el mismo significado reconocido en el contexto de la directiva de crédito al consumo, no podrían haber sido utilizados algunos de los argumentos que asumieron una relevancia significativa en el proceso de motivación planteado por los jueces europeos en apoyo de la sentencia Lexitor [71]. En particular, se observó que la directiva sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial se caracteriza más claramente que la del crédito al consumo como una intervención legislativa en la que la necesidad de protección del consumidor no se puede considerar autónoma y prevalente con respecto a la dirigida a la regulación del mercado financiero. Además, se señaló que, en el contexto de esta directiva, la previsión de una "compensación justa y objetiva por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado" se concibió como una mera facultad a disposición de los legisladores nacionales y no como una disposición de transposición obligatoria como en la directiva 2008/48, por lo que no podría cumplir el mismo papel que se le reconoce en la sentencia Lexitor, donde este derecho del prestamista ha sido adoptado por el Tribunal de Justicia como un elemento adecuado para equilibrar los efectos de una reducción del costo total del crédito que incluya todos los gastos impuestos al consumidor.

Por tanto, evaluando que el apartado 2 del art. 25 dir. 2014/17 deja a los Estados miembros espacios de discrecionalidad y márgenes más amplios en la construcción del contenido de las disposiciones nacionales de transposición que los previstos en el art. 16 dir. 2008/48 [72] y teniendo en cuenta las peculiaridades que caracterizan específicamente los contratos de crédito al consumo y las modalidades de distribución de los gastos que

---

[70] G. De Cristofaro, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor",* cit., 287.

[71] V. F. Mezzanotte, cit., 109 ss., que espera una intervención *ad hoc* del legislador que resuelva las dudas interpretativas sobre la elección, que es típicamente de política del derecho, a mantener alineadas las dos disciplinas, aunque caracterizadas por perfiles significativos de diversidad.

[72] El art. 25, apartado 2, prevé que: "Los Estados miembros podrán supeditar a ciertas condiciones el ejercicio del derecho a que se refiere el apartado 1. Estas condiciones podrán incluir límites temporales al ejercicio del derecho, una diferencia de trato en función de la clase de tipo deudor o en función del momento en que el consumidor ejerza el derecho, o restricciones de las circunstancias en las que pueda ejercerse el derecho".



se imponen a los consumidores, la solución opuesta también se consideró razonable, es decir la no extensión de los principios establecidos en la sentencia Lexitor al ámbito de los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial [73].

Lamentablemente la reciente intervención del legislador con el decreto Sostegni *bis* no ha aclarado la situación. En particular, en el contexto del *Testo unico bancario*, se ha eliminado la remisión que hacía el art. 120 *noviesdecies* al art. 125 *sexies* y se ha introducido el nuevo art. 120 *quaterdecies* 1, dedicado al reembolso anticipado. Sin embargo, esta modificación ha tomado la forma de una mera intervención estilística, en el sentido de que la nueva disposición no hace más que volver a proponer el contenido de la versión anterior del art. 125 *sexies*. Así que, tras la entrada en vigor del decreto, la disciplina que se ocupa de extinción anticipada en los contratos de crédito al consumo y en los celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial se mantiene diversificada, es decir que el legislador ha intervenido para implementar la orientación del Tribunal de Justicia europeo e introducir modificaciones de carácter sustancial solo con referencia a los primeros y no también a los segundos.

De hecho, es cierto que los principios contemplados en la sentencia Lexitor se refieren exclusivamente al sector de los contratos de crédito al consumo, pero es evidente que la diversidad entre estas disciplinas, ambas dirigidas a los consumidores, seguirá planteando problemas de interpretación. Así, si no se tratara de una mera falta de coordinación entre estas disciplinas, debe considerarse que esta elección obedece a la precisa intención de diferenciarlas y ello por las razones, ya señaladas, relativas a la diversidad intrínseca entre los sectores de referencia.

Sin embargo, también podría llegarse a la conclusión contraria, valorando sobre todo razones de equidad y considerando que la intervención del legislador parece haber introducido una solución que, aun reconociendo la orientación del reembolso integral de todos los gastos pagados por el consumidor, ha tenido en cuenta también los intereses de los prestamistas. Entonces, aplicar a estos contratos la disciplina prevista por el nuevo art. 125 *sexies*, a la que se hizo remisión anteriormente, permitiría alinear las dos normativas respetando el equilibrio entre las necesidades de protección del consumidor y la regulación del mercado financiero.

---

[73] Propone las dos soluciones interpretativas G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor",* cit., 287.

JUS CIVILE



MARTINA D'ONOFRIO

Assegnista di ricerca – Università di Verona

UNA RICOGNIZIONE SULLA SUCCESSIONE DELL'IMPRESA FAMILIARE NEI PAESI DI LINGUA TEDESCA [*]

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. L'utilizzo dei patti successori come strumento regolatorio della successione dell'impresa familiare. – 3. Il ruolo dell'esecutore testamentario nella vicenda successoria dell'impresa. – 4. La diffusione della fondazione commerciale nella successione delle imprese di famiglia. – 5. La successione dell'impresa familiare nel diritto austriaco. – 6. La disciplina austriaca della c.d. fondazione privata. – 7. La disciplina svizzera della fondazione. – 8. La fondazione nel Liechtenstein. – 9. Conclusioni.*

1. – L'impresa familiare (*Familienunternehmen*) rappresenta, com'è noto, un modello imprenditoriale assai diffuso nei paesi di lingua tedesca [1]. Ma le peculiarità che caratterizzano questa categoria di imprese generano non pochi problemi in sede di successione in seguito alla morte dell'imprenditore; in particolare, frequenti sono i conflitti che vedono contrapporsi le esigenze dell'attività imprenditoriale ai bisogni della famiglia [2].

Nel processo di transizione generazionale, l'imprenditore è mosso dalla necessità di tentare di preservare il valore dell'impresa, che potrebbe essere minacciato dall'instaurazione di una comunione ereditaria oppure dal trasferimento dell'impresa nelle mani di

[*] Il presente contributo è il frutto di una ricerca sviluppata nell'ambito del progetto "Handing over the family business to the next generations and the succession law in Europe: Present and future perspectives" finanziato dalla Libera università di Bolzano (Responsabile scientifico: Prof.ssa Laura Valle).

[1] S.A. MAAß, *Schlüsselfaktoren der Entscheidungsfindung zur Eigentums– und Führungsnachfolge in Familienunternehmen*, Rainer Hampp Verlag, 2012, 1, afferma che 95 su 100 imprese tedesche sono imprese familiari. Per altre statistiche sulle imprese familiari in Germania, si veda S.B. RAU, *Family businesses in Germany: significance and structure*, in *Family business review*, 2000, 157 ss.

[2] C. BOLL, *Die unternehmensverbundene Familienstiftung als Gestaltungsmöglichkeit der Nachfolge in Familienunternehmen – vor dem rechtlichen Hintergrund des Instituts der Unterbeteiligung*, Zerb Verlag, 2016, 1; S.A. MAAß, *Schlüsselfaktoren der Entscheidungsfindung zur Eigentums– und Führungsnachfolge in Familienunternehmen*, cit., 9 ss.



un successore che non sia in grado di amministrarla adeguatamente. Altro rischio che l'imprenditore normalmente cerca di evitare si ravvisa nell'eccessivo frazionamento del *business*, che spesso consegue allo scioglimento della comunione ereditaria, ovvero al trasferimento di piccole quote della società a molteplici soggetti, non coordinati tra loro [3].

Anche l'Unione europea si è mostrata sensibile al problema: invero, in una raccomandazione del 1994 in tema di trasferimento di piccole e medie imprese [4], l'Unione ha esortato gli Stati membri ad approntare strumenti specifici per garantire la prosecuzione dell'impresa, evitando che si verifichino eccessive perdite in seguito alla morte dell'imprenditore.

L'obiettivo di queste pagine è quello di comprendere quali soluzioni si siano maggiormente diffuse nei paesi di lingua tedesca per superare le criticità appena prospettate.

2. – Nell'ordinamento tedesco non esiste una definizione legale di impresa familiare [5]. Al fine di ricavare tale nozione in via interpretativa, la strada più semplice è quella di considerare imprese familiari quelle in cui la maggioranza delle partecipazioni sono di proprietà dei membri di una stessa famiglia [6].

Nell'analisi volta a esaminare gli strumenti giuridici maggiormente efficaci al fine di garantire la prosecuzione dell'impresa, sembra opportuno muovere dalla più significativa differenza che si riscontra in quest'ambito nella legislazione tedesca rispetto all'ordinamento italiano [7], ossia l'ammissibilità oltralpe dei patti successori. In effetti, la configu-

---

[3] Talvolta nella prassi accade che l'imprenditore decida di fissare i principi che regoleranno la successione dell'impresa in una sorta di 'costituzione familiare', detta *Familiencharta* o *Familienverfassung*). Sul punto, cfr. M. REICH-C. BODE, *Familienverfassung für das Familienunternehmen*, in *Deutsches Steuerrecht*, 2018, 305 ss.

[4] Raccomandazione 94/1079/CE del 7 dicembre 1994, sul trasferimento delle piccole e medie imprese, prende in considerazione le menzionate difficoltà delle imprese familiari. In particolare, si veda il considerando n. 16: «considerando che, nella maggior parte degli Stati membri, la società di persone viene sciolta quando uno dei soci muore, a meno che il contratto di società non disponga altrimenti».

[5] S.B. RAU, *Family businesses in Germany: significance and structure*, cit., 157 ss., elabora una definizione di impresa familiare incentrata sul profilo economico.

[6] K. FLESCHUTZ, *Die Stiftung als Nachfolgeinstrument für Familienunternehmen. Handlungsempfehlungen für Ausgestaltung und Überführung*, Gabler, 2008, 43; C. BOLL, *Die unternehmensverbundene Familienstiftung*, cit., 7 s. Per una panoramica sulla nozione di impresa familiare nella giurisprudenza tedesca, si veda L. HOLLER, *Das Recht der Familienunternehmen und ihre Besonderheiten in der Rechtsanwendung und –gestaltung (Teil II)*, in *Deutsches Steuerrecht*, 2019, 931 ss.

[7] Con riguardo al divieto di patti successori nel diritto italiano, si vedano, per tutti S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre 'mortis causa'*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 466 ss.; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Jovene, 2012; M. MARTINO, *I*



rabilità di siffatti accordi semplifica di molto la pianificazione della successione delle imprese, sollevando il legislatore tedesco dalla necessità di prevedere a tal fine specifici strumenti come il patto di famiglia, il cui regime – com'è noto – è contenuto agli artt. 768 *bis* ss. cod. civ. [8].

Il codice civile tedesco (d'ora in poi, BGB) disciplina ai §§ 2274 ss. il contratto successorio (*Erbvertrag*), prevedendo che esso sia idoneo a contenere istituzioni di erede, legati, oneri oppure la scelta della legge applicabile alla successione [9]. L'accordo è vincolante e può essere risolto esclusivamente con il consenso di entrambe le parti (§ 2290 BGB) [10]. La perdita di efficacia del patto su iniziativa di una sola delle parti può avvenire soltanto in casi eccezionali, quali l'omissione di un legittimario, che al momento della conclusione dell'accordo era sconosciuto o ancora non aveva acquisito tale qualifica, ovvero per errore o violenza *ex* § 2078 BGB. Soltanto quest'ultima causa di impugnazione non è preventivamente rinunciabile dall'autore del patto, poiché si tratta di una norma posta a protezione della libertà testamentaria.

Vi è tuttavia da sottolineare che l'autore del contratto, pur non essendo legittimato a contraddire le disposizioni in esso contenute mediante atti *mortis causa*, rimane libero di disporre *inter vivos* del proprio patrimonio, anche in contrasto con il patto [11].

Il contratto successorio, da concludersi in forma notarile in presenza di tutte le parti [12], può essere combinato con altri accordi, per esempio una convenzione matrimoniale oppure un contratto di lavoro con il futuro successore, che può essere assunto nell'impresa di cui prenderà le redini in seguito alla morte del *de cuius*.

---

patti successori: ragioni del divieto e tendenze innovative, Dupress, 2007; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Jovene, 1976.

[8] Sul patto di famiglia, cfr., per tutti A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Diritto privato 1998*, IV, *Del rapporto successorio: aspetti*, Cedam, 1999, 255 ss. Più in generale, sulle figure utilizzate nel diritto italiano al fine di pianificare la successione dell'impresa familiare, si veda C. MAGLI, *Note critiche sul passaggio generazionale dell'impresa familiare, tra patto di famiglia, strumenti alternativi di diritto societario e trust*, in *Contr. impr.*, 2019, 1617 ss.

[9] § 2278 BGB: «In einem Erbvertrag kann jeder der Vertragschließenden vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen treffen. Andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen und die Wahl des anzuwendenden Erbrechts können vertragsmäßig nicht getroffen werden».

[10] Sull'*Erbvertrag*, si veda T. RAFF, *Patto successorio ('Erbvertrag') e testamento congiuntivo ('gemeinschaftliches Testament') nel diritto tedesco*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni. Esperienze straniere*, II, a cura di E. Arroyo Amayuelas-C. Baldus-E. de Carvalho Gomes-A.-M. Leroyer-Q. Lu-J.M. Rainer, Esi, 2019, 809 ss.

[11] § 2286 BGB: «Durch den Erbvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt».

[12] § 2276 BGB: «Ein Erbvertrag kann nur zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden».



Questo strumento può quindi rappresentare un valido strumento per disciplinare per tempo la successione di un'impresa familiare, evitando l'incertezza derivante dalla revocabilità del testamento [13].

Il contratto successorio può altresì contenere una rinuncia dei legittimari ai propri diritti [14]. Avviene molto di frequente, infatti, che questi ultimi vengano esortati a intervenire in sede di stipula dell'accordo da parte del disponente, onde evitare di esporsi al rischio di impugnazione per violazione della legittima [15]. Per esempio, un imprenditore potrebbe decidere di trasferire l'impresa all'erede più idoneo a guidare l'impresa, attribuendo agli altri successori una compensazione pecuniaria a fronte della loro rinuncia a far valere le pretese derivanti dalle norme sulla successione necessaria.

Proprio per evitare le minacce derivanti dalle pretese dei legittimari, sempre più frequentemente gli imprenditori tedeschi decidono di costituire una fondazione in Liechtenstein, ove – come si dirà più ampiamente oltre [16] – le norme sulla successione necessaria sono assai meno incisive.

3. – Altra figura di cui l'imprenditore potrebbe ipotizzare l'utilizzo allo scopo di disciplinare la successione della propria impresa è l'esecutore testamentario di durata (*Dauertestamentvollstrecker*). Tale via sembrerebbe essere proficua soprattutto allorquando il successore designato sia minorenne o comunque ancora non abbia maturato sufficiente esperienza per assumere la guida del *business* [17].

Se per il caso di società con autonomia patrimoniale perfetta non si pongono particolari criticità, in ipotesi di impresa individuale, sorgono invece difficoltà di armonizzazione tra i principi che regolano il regime della responsabilità in questo genere di attività commerciali e la disciplina dell'esecutore testamentario.

---

[13] G. SCHIEMANN, *Der Erbvertrag als Mittel der Unternehmensnachfolge*, in *Unternehmensnachfolge*, herausgegeben von Schlecht & Partner, T. Wessing, Erich Schmidt, 2010, 183 ss.

[14] La rinuncia ai diritti die legittimari è disciplinata dal § 2346 BGB: «Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers können durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten. Der Verzichtende ist von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte; er hat kein Pflichtteilsrecht. Der Verzicht kann auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden».

[15] G. SCHIEMANN, *Der Erbvertrag als Mittel der Unternehmensnachfolge*, cit., 191. Le quote di legittima sono stabilite dai §§ 2303 ss. BGB. Sulla legittima nel diritto tedesco, si veda la trattazione in lingua inglese di R. ZIMMERMANN, *Compulsory portion in Germany*, in *Comparative succession law*[3], III, *Mandatory family protection*, edited by K.G.C. Reid-M.J. De Waal-R. Zimmermann, Oxford, 2020, 269 ss.

[16] Cfr. *infra* § 8.

[17] K.W. LANGE, *Erbrecht*[2], cit., 960.



Normalmente, l'imprenditore risponde illimitatamente per i debiti contratti nell'esercizio dell'attività d'impresa [18]. Al contrario, l'esecutore testamentario non è personalmente responsabile per gli obblighi derivanti dall'esecuzione del proprio ufficio: questi gravano infatti sull'eredità, quindi, in via mediata sugli eredi, ai quali tuttavia il BGB permette di decidere di limitare la propria responsabilità [19].

Per il motivo appena illustrato non sarebbe consentito porre l'esecutore testamentario a capo di un'impresa individuale, altrimenti si verrebbe di fatto a creare un'ipotesi di impresa individuale a responsabilità limitata al di fuori dei casi previsti dalla legislazione tedesca (tra cui è menzionata, per esempio, la società a responsabilità limitata unipersonale, o *Ein-Personen-GmbH*) [20].

Diverse soluzioni sono state ipotizzate per superare quest'*impasse*.

Come prima via d'uscita, si è delineata la possibilità che l'esecutore testamentario intraprenda l'attività d'impresa in qualità di fiduciario, assumendosi la responsabilità nei confronti dei terzi e agendo in proprio nome, ma per conto e a esclusivo rischio degli eredi [21]. In una prospettiva così delineata, incomberebbe sull'esecutore testamentario l'onere di iscriversi al registro delle imprese. Delle obbligazioni che egli assume risponderebbe l'eredità, a favore della quale andrebbero rispettivamente imputati i guadagni. In questo modo, nelle relazioni verso i terzi l'esecutore sarebbe illimitatamente responsabile; ma, d'altro canto, potrebbe pretendere dagli eredi di essere tenuto indenne dagli obblighi derivanti dall'attività d'impresa e chiedere il rimborso delle spese [22]. Così facendo, si supera l'ostacolo poc'anzi prospettato con riguardo all'illimitata responsabilità dell'imprenditore individuale, giacché colui che assume la qualifica di imprenditore sarebbe, seppur soltanto formalmente, illimitatamente responsabile nei confronti dei terzi. Rimane tuttavia controverso se in questi casi gli eredi siano legittimati a opporre le limitazioni di responsabilità previste a loro favore dalle norme successorie [23].

Inoltre, l'unica via utilizzabile dal testatore per costringere gli eredi ad attribuire –

---

[18] § 25 HGB: «Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers […]».

[19] Cfr. §§ 1967, 1973 ss. BGB

[20] K.W. LANGE, *Erbrecht*[2], cit., 960.

[21] L'ipotesi è prospettata da K.W. LANGE, *Erbrecht*[2], cit., 961 s.

[22] Si ritiene applicabile il § 670 BGB concernente il rimborso spese nel contratto di mandato.

[23] K.W. LANGE, *Erbrecht*[2], cit., 961, e bibliografia ivi citata in nt. 45.



contro la loro volontà – la conduzione dell'impresa a un fiduciario è rappresentata dall'apposizione di una condizione o un onere alla disposizione testamentaria [24].

Una seconda strada percorribile consisterebbe nel rilascio di una procura in favore dell'esecutore testamentario affinché egli amministri l'impresa [25]. In questo caso, sarebbero gli eredi ad avere l'onere di iscriversi al registro delle imprese e, dunque, a rispondere illimitatamente.

La procura generale in favore dell'esecutore testamentario non potrebbe essere irrevocabilmente conferita dal testatore nell'atto di ultima volontà, poiché andrebbe altrimenti a contrastare con il buon costume *ex* § 138 BGB, anche fosse limitata alla gestione dell'eredità [26].

La procura dovrebbe provenire dagli eredi e l'unico modo per imporre ai medesimi il dovere di rilasciarla sarebbe ancora una volta quello di versare in condizione tale obbligo. Similmente, il testatore potrebbe inserire nel testamento una procura (revocabile) a favore dell'esecutore e, contestualmente, istituire gli eredi sotto la condizione risolutiva che essi decidano di revocarla. In questo modo non ci si porrebbe in contrasto con il buon costume poiché ai chiamati sarebbe consentito evitare ogni imposizione decidendo di rinunciare all'eredità *ex* § 1944 BGB.

Rimane da precisare, infine, che l'impiego della figura dell'esecutore testamentario al fine di disciplinare la successione dell'impresa familiare può funzionare soltanto quale soluzione temporanea, in quanto il § 2210 BGB appone un limite temporale trentennale alla durata massima di tale ufficio [27].

4. – Viste le criticità che si riscontrano nell'utilizzo di altri strumenti come quelli già menzionati, è da parecchi anni che sempre maggior favore si registra nei confronti dell'impiego della fondazione al fine di pianificare la successione delle imprese familiari [28].

---

[24] K.W. LANGE, *Erbrecht*[2], cit., 962.

[25] K.W. LANGE, *Erbrecht*[2], cit., 962 s.

[26] K.W. LANGE, *Erbrecht*[2], cit., 963.

[27] Sottolineano tale aspetto C. BOLL, *Die unternehmensverbundene Familienstiftung*, cit., 54 s.; C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, Beck, 2016, 10.

[28] Così M. MATHAUER, *Unternehmensstiftung zur Nachfolgeplanung. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Liechtenstein*, Recht & Wirtschaft Verlagsanstalt, 2016, 5 ss.; K. FLESCHUTZ, *Die Stiftung als Nachfolgeinstrument für Familienunternehmen*, cit., *passim*. I vantaggi di questo strumento ai fini della pianificazione della successione dell'impresa familiare sono evidenziati da C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 10 ss.



Nonostante la sua diffusione nella prassi, nell'ordinamento tedesco non si rinviene alcuna definizione legale di *Unternehmensstiftung*: espressione che, letteralmente tradotta, corrisponderebbe in lingua italiana a 'fondazione commerciale'.

Tale nozione indica una fondazione che 'controlla' una società. Tale posizione dominante può tradursi in diversi gradi di influenza dell'ente nei confronti dell'impresa: la fondazione potrebbe controllare direttamente la società, ovvero essere proprietaria delle sue quote, oppure, raramente, esercitare su di essa un controllo indiretto mediante contratto.

Nel primo caso si avrebbe una c.d. *Unternehmensträgerstiftung*, ossia una fondazione che direttamente amministra la società, costituendo un'unica entità giuridica con la medesima. In realtà, si tratta oggi di uno strumento dall'impiego limitato: in seguito alla trasformazione della Carl Zeiss in una fondazione che detiene le quote di una società (in questo caso, di due società: la Carl Zeiss AG e la Schott AG), non rimane alcun celebre esempio di fondazione che controlli direttamente una società [29].

La seconda ipotesi corrisponde a quella della *Beteiligungsträgerstiftung*, vale a dire della fondazione che è socia della società e ne detenga quindi le partecipazioni, siano esse quote o azioni, a seconda del tipo societario [30].

L'ammissibilità di una fondazione commerciale è stata discussa in passato. Invero, in alcuni Länder, per es. il Brandeburgo, erano vietate [31]. In particolare, alcuni autori tedeschi ritenevano che la fondazione dovesse in ogni caso perseguire uno scopo non lucrativo.

Tuttavia, questo dibattito perse di rilevanza con la riforma del 2002 [32], poiché nella versione attuale il § 80 BGB richiede soltanto che lo scopo della fondazione non metta in pericolo l'interesse generale [33]. Oggi, quindi, alla fondazione è consentito esercitare il controllo di una società e i singoli Länder non sono legittimati a impedire tale attività; nondimeno, a onor del vero, vi è chi in letteratura – pur in assenza di un appiglio normativo –

---

[29] K. FLESCHUTZ, *Die Stiftung als Nachfolgeinstrument für Familienunternehmen*, cit., 78.

[30] K. FLESCHUTZ, *Die Stiftung als Nachfolgeinstrument für Familienunternehmen*, cit., 79.

[31] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer mit deutschen, österreichischen und liechtensteinischen Stiftungen*, Dike-Nomos, 2013, 28.

[32] K. FLESCHUTZ, *Die Stiftung als Nachfolgeinstrument für Familienunternehmen*, cit., 71; C. BOLL, *Die unternehmensverbundene Familienstiftung*, cit., 50 s.; F. OPPEL, *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, Bucerius Law School Press, 2014, 56; B. WEITEMEYER, *Resolved and Still Unresolved Problems in German Foundation Law*, cit., 89 ss., in specie, sull'ammissibilità delle fondazioni di famiglia, 104.

[33] § 80, comma 2, BGB: «die Stiftung ist als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 genügt, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet».



continua a ritenere che non sia ammissibile una fondazione priva di scopo altruistico [34].

Al fine di costituire una fondazione occorre un atto istitutivo, in forma testamentaria oppure di atto *inter vivos*. Esso deve avere forma scritta e contenere la dichiarazione vincolante del fondatore, il quale deve dichiarare di destinare il patrimonio conferito al perseguimento di un obiettivo degli stesso specificato. Ai sensi del § 81 BGB, la dichiarazione deve includere il nome della fondazione, la sede, lo scopo, la composizione del patrimonio, nonché dell'organo amministrativo.

Tale atto deve essere seguito dal riconoscimento dell'autorità pubblica territoriale che è competente a seconda del Land in cui la fondazione ha eletto domicilio.

Una caratteristica rilevante della fondazione è rappresentata dalla sua tendenza alla perpetuità che assicura un sostegno finanziario alla famiglia per lungo tempo [35]. Altro vantaggio consiste nel fatto che la fondazione consente all'imprenditore di amministrare la società e al tempo stesso di evitare l'eccessivo frazionamento delle partecipazioni sociali dopo la propria morte [36].

Dal momento che il conferimento del patrimonio alla fondazione è trattato alla stregua di una donazione, è opportuno che il fondatore concluda accordi con i legittimari in cui questi ultimi rinunciano alla propria quota di legittima. Qualora l'erede necessario fosse anche beneficiario della fondazione è applicabile il meccanismo di cui al § 2327 BGB [37], in base al quale egli dovrebbe in ogni caso calcolare in conto di legittima il valore di quanto ricevuto dalla fondazione.

Questa soluzione permette di evitare le perdite di liquidità che si rischierebbero per es. nel caso in cui i legittimari agissero per conseguire la propria quota di legittima, ovvero in ipotesi di recesso di uno dei soci [38], o, ancora, a seguito di pretese derivanti dalla comunione degli incrementi (c.d. *Zugewinngemeinschaft*) [39], che rappresenta il più comune regime patrimoniale tra coniugi in Germania.

---

[34] Cfr. per es. B. WEITEMEYER, *Resolved and Still Unresolved Problems in German Foundation Law*, in *Developments in Foundation Law in Europe*, edited by C. Prele, Springer, 2014, 103: «the object of the foundation may not be restricted to permanently maintaining the asset committed within it without any altruistic purpose being pursued with such assets».

[35] C. BOLL, *Die unternehmensverbundene Familienstiftung*, cit., 46.

[36] K. FLESCHUTZ, *Die Stiftung als Nachfolgeinstrument für Familienunternehmen*, cit., 100 s.; C. BOLL, *Die unternehmensverbundene Familienstiftung*, cit., 46.

[37] M. MATHAUER, *Unternehmensstiftung zur Nachfolgeplanung*, cit., 18.

[38] M. MATHAUER, *Unternehmensstiftung zur Nachfolgeplanung*, cit., 18; C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 11 s.

[39] La *Zugewinngemeinschaft* è disciplinata dai §§ 1363 ss. BGB, in base ai quali il patrimonio dei coniugi rimane separato per il tempo in cui sono sposati, ma alla fine del matrimonio (a causa della morte di



Lo strumento della fondazione è inoltre utile quando non vi siano successori eleggibili per diverse ragioni, per esempio quando l'imprenditore non ha figli oppure questi non siano interessati a proseguire l'impresa [40].

La fondazione consente di giungere a esiti che sarebbero irrealizzabili mediante testamento, in quanto quest'ultimo non è idoneo a regolare la successione per più generazioni (ma soltanto per quella immediatamente seguente), mentre al fondatore è concesso plasmare la fondazione in modo da determinare quanto penetrante debba essere l'influenza della famiglia su di essa [41].

Questo strumento è altresì in grado di assicurare la continuità dell'impresa in caso di improvvisi incidenti che dovessero verificarsi nella vita dell'imprenditore, oltre a permettere di affidare il *management* a un soggetto esterno capace di condurre l'impresa, qualora i successori dell'imprenditore non lo siano [42].

Tuttavia, la netta separazione tra il patrimonio del fondatore e la fondazione (in base al c.d. *Trennungsprinzip*) che caratterizza il modello tedesco, a differenza di quello austriaco e del Liechtenstein, su cui si dirà oltre [43], non consente al fondatore di riservarsi speciali diritti. Per esempio, lo statuto della fondazione non è modificabile in seguito alla propria costituzione e il conferimento patrimoniale l'azione non è revocabile [44].

Nell'autunno 2020, il governo ha presentato una proposta di riforma concernente il diritto delle fondazioni che mira a realizzare un più efficiente regime di pubblicità. Oggi la disciplina di questo aspetto è demandata alla legislazione dei singoli Länder, sicché non vi è alcuna disciplina unitaria in merito, così come manca un registro nazionale, essendovi soltanto una lista – nemmeno pubblica – per ogni Land. Ciò cagiona, per esempio, difficoltà nel regime della prova dei poteri rappresentativi dei membri dell'organo amministrativo dell'ente, i quali, allo stato attuale, necessitano di un apposito certificato riferito ad ogni singola operazione.

Dunque, una riforma che unifichi il regime pubblicitario delle fondazioni in tutto il Paese contribuirebbe effettivamente a semplificare il loro modo di operare e renderebbe ancor più sicuro l'utilizzo di questo strumento [45].

---

uno dei due, oppure di divorzio) si opera una compensazione con riguardo agli incrementi del valore di uno dei patrimoni in confronto all'altro.

[40] M. MATHAUER, *Unternehmensstiftung zur Nachfolgeplanung*, cit., 18.

[41] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer*, cit., 70.

[42] C. v. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 13.

[43] Rispettivamente ai § 6 e 8.

[44] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer*, cit., 70.

[45] Il testo della proposta è reperibile al seguente link: *https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Stiftungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2.*



5. – In Austria 9 imprese su 10 sono imprese familiari secondo la definizione fornita dall'Unione europea [46]. Secondo le statistiche, nel 20% dei casi, le vicende successorie causano il fallimento dell'impresa già a partire dalla seconda generazione. Il motivo di tale *default* è nella maggior parte dei casi dipendente da una mancata ovvero tardiva pianificazione [47].

Come possibile strumento di disciplina della successione delle imprese familiari, viene senz'altro in rilievo anche per il diritto austriaco il contratto successorio. Nondimeno, a differenza di quanto detto precedentemente con riguardo all'ordinamento tedesco, il relativo campo di applicazione risulta molto più circoscritto: invero, l'*Erbvertrag* è ammissibile esclusivamente tra marito e moglie ai sensi del § 1249 del codice civile austriaco (*Allgemeines Bürgerlichen Gesetzbuch*, d'ora in poi abbreviato in ABGB) [48].

Oltre al limite soggettivo appena descritto, il contratto successorio soggiace altresì a limiti oggettivi. Invero, ai coniugi è consentito di prevedere attribuzioni reciproche, non invece di disciplinare la sorte di tutto il patrimonio. Infatti, almeno un quarto deve rimanere svincolato da vincoli, oneri o pretese dei legittimari, di modo che il coniuge ne possa liberamente disporre. Qualora questi decidesse di non esercitare siffatto diritto, la successione di tale porzione seguirebbe le regole della successione legittima [49].

Similmente a quanto sopra esposto con riguardo all'ordinamento tedesco, il contratto successorio non impedisce alle parti di disporre dei beni che ne sono oggetto mediante atti *inter vivos*. Gli effetti del patto si produrranno esclusivamente con riguardo ai beni che residuano nel patrimonio della parte al momento della sua morte [50].

---

[46] *Mittelstandsbericht 2014. Bericht über die Situation der kleinen und mittleren Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft*, Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft, 2014, 5.

[47] L. FLENER, *Unternehmen*, in *Erbrecht und Vermögensnachfolge*[2], herausgegeben von M. Gruber-S. Kalss-K. Müller-M. Schauer, Verlag Österreich, 2018, 1089.

[48] § 1249 ABGB: «Zwischen Ehegatten kann auch ein Erbvertrag, wodurch die künftige Erbschaft oder ein Teil derselben versprochen und das Versprechen angenommen wird, geschlossen werden (§ 602). Ein solcher Vertrag muss als Notariatsakt und mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werden».

[49] § 1253 ABGB: «Durch den Erbvertrag kann ein Vertragspartner auf das Recht zu testieren nicht gänzlich verzichten. Ein reines Viertel, das weder durch Pflichtteile noch durch andere Forderungen belastet sein darf, muss zur freien letztwilligen Verfügung stehen. Hat der Verstorbene darüber nicht verfügt, so fällt dieses Viertel nicht dem Vertragserben, auch wenn ihm im Erbvertrag die ganze Verlassenschaft versprochen wurde, sondern den gesetzlichen Erben zu».

[50] § 1252 ABGB: «Ein Erbvertrag hindert einen Vertragspartner nicht, zu Lebzeiten über sein Vermögen nach Belieben zu verfügen. Aus dem Erbvertrag entstehende Rechte setzen den Tod eines Vertragsteils voraus und können vor Erbanfall nicht auf andere übertragen werden. Aufgrund der künftigen Erbschaft kann keine Sicherstellung gefordert werden».



Al pari di quanto detto con riguardo all'ordinamento tedesco, qualora la necessità di affidare la guida dell'impresa a un soggetto esterno alla famiglia sia temporalmente limitata, può risultare opportuno ricorrere alla figura dell'esecutore testamentario, la cui disciplina si rinviene al § 816 ABGB [51].

Altro strumento contemplato dall'ABGB è rappresentato dalla donazione *mortis causa*, per mezzo della quale a un soggetto è permesso donare l'impresa ovvero le partecipazioni sotto la condizione sospensiva della propria morte, di modo che il beneficiario ne acquisti la titolarità soltanto in seguito al decesso del donante [52]. Anche per il diritto austriaco, a differenza del testamento, la donazione è un accordo bilaterale che richiede una forma notarile e non è revocabile dal donante se non in caso di indigenza del donante ovvero per ingratitudine del donatario *ex* § 944 ABGB.

A seguito della donazione, il disponente mantiene la titolarità dell'impresa o delle partecipazioni fino alla propria morte, ma – a causa dell'obbligazione che ha assunto – non gli è consentito disporre liberamente delle stesse.

Tutti gli strumenti sin qui menzionati paiono tuttavia utili per disciplinare la successione soltanto per quanto concerne la prima generazione successiva alla morte dell'imprenditore, sicché sembra necessario prendere in considerazione altre strade, che permettono una pianificazione di lungo periodo delle sorti dell'attività commerciale.

6. – Vista la ristretta sfera applicativa dei patti successori nel sistema austriaco e alla luce dei limiti delle altre figure menzionate, anche in Austria sempre più imprenditori decidono di costituire una fondazione al fine di assicurare una proficua successione alla propria impresa. Negli ultimi anni, anche alcuni imprenditori tedeschi, come Hans Riegel di Haribo e Ferdinand Piech di Volkswagen hanno deciso di costituire una fondazione in Austria, presumibilmente a causa del regime fiscale più conveniente e della normativa, che consente maggiore flessibilità [53]. Inoltre, le statistiche mostrano come già nel 2008 circa l'80% delle grandi società austriache fossero (completamente o parzialmente) di proprietà di una fondazione [54].

---

[51] Sul ruolo dell'esecutore testamentario nella successione dell'impresa in Austria, si veda S. KALSS-S. PROBST, *Familienunternehmen. Gesellschafts– und zivilrechtliche Fragen*, Manz, 2013, 684 s.

[52] La donazione *causa mortis* era disciplinata dal § 956, comma 2, ABGB, abrogato a fine 2015. Oggi è contemplata dal § 603 ABGB.

[53] P. MEINECKE, *Stiftungen als Instrument zur Unternehmensnachfolge. Ein Leitfaden für Unternehmensnachfolgelösungen*, Nomos, 2019, 162 s.

[54] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer*, cit., 32.



Oltre alla regolamentazione delle fondazioni pubbliche (*Bundesstiftungs– und Fondgesetz*, abbreviato in BStFG), dal 1993 è in vigore un atto normativo che disciplina – in maniera più liberale – le fondazioni private (*Privatstiftungsgesetz*, d'ora in poi PSG). Come si è detto quanto al sistema tedesco, a partire dal 1993, le fondazioni private austriache possono perseguire qualsiasi scopo [55]. Non è invece contemplato un regime specifico per le fondazioni familiari.

La fondazione privata (*Privatstiftung*) è un patrimonio il cui utilizzo e la cui gestione sono dedicati dal fondatore a uno specifico scopo [56]. È dotata di personalità giuridica e non le è consentito di entrare a far parte di una società sprovvista di autonomia patrimoniale perfetta in qualità di socio responsabile illimitatamente [57].

Inoltre, ai sensi del § 1, comma 2, PSG, per la fondazione è ammissibile dedicarsi alla conduzione di un'impresa soltanto come attività accessoria. Da ciò si evince che – a differenza di quanto illustrato con riguardo al diritto tedesco – non sarebbe configurabile una *Unternehmensträgerstiftung*, ma soltanto una *Beteiluigungsträgerstiftung* [58]. Ciò significa che alla fondazione privata austriaca è permesso sia detenere partecipazioni di società che prevedano la limitazione della responsabilità del socio sia svolgere il ruolo di *holding* di un gruppo di società [59].

Una peculiarità delle fondazioni private austriache è che la legge (§ 35, comma 2, n. 3, PSG) fissa imperativamente la loro durata massima in 100 anni, che possono essere estesi per ulteriori 100 con decisione unanime dei beneficiari superstiti. Mediante tale disposizione, che costituisce una deroga al principio della perpetuità della fondazione il legislatore ha tentato di evitare la fossilizzazione di un patrimonio per scopi privati, pre-

---

[55] F. OPPEL, *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., 55.

[56] Sul tema delle fondazioni private in Austria, cfr., per tutti, C. v. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 83 ss.

[57] § 1 PSG: «(1) Die Privatstiftung im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks zu dienen; sie genießt Rechtspersönlichkeit und muß ihren Sitz im Inland haben. (2) Eine Privatstiftung darf nicht: 1. eine gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben; 2. die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen; 3. unbeschränkt haftender Gesellschafter einer eingetragenen Personengesellschaft sein».

[58] Quanto agli elementi distintivi tra questi due tipi di fondazione, si rinvia a quanto già osservato al § 3 con riguardo all'ordinamento tedesco.

[59] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer*, cit., 35; C. v. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 94; J. ZOLLNER, *Foundations in Austria: The Law of Public and Private Foundations*, in *Developments in Foundation Law in Europe*, edited by C. Prele, Springer, 2014, 3.



sumendo che, in seguito a tale lasso di tempo, lo scopo esistenziale della fondazione sia venuto meno [60].

Altra caratteristica della fondazione privata è che il fondatore può riservarsi il diritto modificare le caratteristiche della medesima contenute nell'atto costitutivo [61]. Ciò significa che egli detiene un potere molto invasivo, al punto tale che gli è consentito selezionare i beneficiari, ordinare pagamenti a proprio favore e finanche arrogarsi il diritto di revocare l'atto di fondazione a propria discrezione in qualsiasi momento [62].

Tali diritti – i quali talvolta sono definiti come diritti 'autentici' del fondatore, in quanto non sono attribuibili a terzi – implicano una limitazione del principio di separazione tra fondatore e fondazione, che, come si è già osservato, presenta una portata più ampia nel diritto tedesco. Tuttavia, il fondatore potrebbe anche rinunciare al proprio diritto di modifica o di revoca qualora ritenesse opportuno mantenere una più netta separazione tra soggetto ed ente [63].

In forza dei §§ 9 e 10 PSG, al fine di costituire una fondazione privata è necessaria una dichiarazione d'intenti unilaterale detta *Stiftungserklärung*, con la quale devono essere stabiliti il patrimonio della fondazione, lo scopo, i beneficiari, il nome e il domicilio. L'atto deve essere depositato presso il registro delle imprese ai sensi dei §§ 7, comma 1, e 13 PSG. Devono essere altresì nominati i componenti del primo organo di amministrazione [64], nonché dell'organo di controllo interno (*Stiftungsprüfer*) nei casi previsti dal § 22 PSG (per es. quando la fondazione ha più di 300 dipendenti). Non è invece necessaria alcuna autorizzazione, né esiste alcun organo di controllo dello Stato [65].

Da quanto sin qui descritto, ben si comprende come la maggiore flessibilità prevista dalla legge austriaca, che si estrinseca, per es., mediante la possibilità di attribuire particolari diritti al fondatore, renda la disciplina della fondazione più moderna e perciò appetibile anche agli occhi di imprenditori esteri [66].

---

[60] P. MEINECKE, *Stiftungen als Instrument zur Unternehmensnachfolge*, cit., 166.

[61] § 33, comma 2, PSG: «Nach dem Entstehen einer Privatstiftung kann die Stiftungserklärung vom Stifter nur geändert werden, wenn er sich Änderungen vorbehalten hat […]».

[62] J. ZOLLNER, *Foundations in Austria: The Law of Public and Private Foundations*, cit., 7 s.

[63] J. ZOLLNER, *Foundations in Austria: The Law of Public and Private Foundations*, cit., 5.

[64] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer*, cit., 33.

[65] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer*, cit., 34; C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 99; J. ZOLLNER, *Foundations in Austria: The Law of Public and Private Foundations*, cit., 3.

[66] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 102.



7. – Altro ordinamento che merita di essere preso in considerazione è quello svizzero. Se con riguardo a figure quali i patti successori la normativa elvetica poco si differenzia da quella tedesca, più rilevante sembra l'analisi della disciplina concernente la fondazione. Invero, grazie alle leggi molto liberali che regolano questo strumento, assieme alla stabilità politica del Paese [67], la Svizzera è considerata 'una terra di immigrazione' per quanto riguarda le fondazioni, giacché molti soggetti provenienti da altri paesi scelgono proprio questo Stato per costituirne una [68].

Il diritto svizzero non fornisce alcuna definizione di fondazione, ma gli artt. 80 ss. del codice civile (*Zivilgesetzbuch*, abbreviato in ZGB), parzialmente riformati nel 2006 [69], ne disciplinano il regime giuridico.

In particolare, la fondazione familiare è menzionata dall'art. 87. Essa potrebbe essere presa in esame alla stregua di una fondazione i cui beneficiari sono tutti membri della stessa famiglia designati dal fondatore [70].

Tale figura è disciplinata a livello nazionale, mentre il diritto cantonale si occupa soltanto di disposizioni esecutive [71].

La fondazione si costituisce mediante il conferimento di un patrimonio per un particolare scopo, il quale non per forza deve essere *non-profit*: l'unico limite è che il fine non si ponga in contrasto con la legge o con la moralità.

Piuttosto restrittive risultano tuttavia le disposizioni concernenti la fondazione di famiglia. Invero, l'art. 335 ZGB viene interpretato in senso ostativo nei confronti di una fondazione il cui unico scopo sia la sussistenza della famiglia [72], ovvero la concessione di benefici slegata da un qualsivoglia presupposto prestabilito [73]. Tale interpretazione restrittiva deriva

---

[67] C. v. Löwe, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 139 ss.

[68] P. Meinecke, *Stiftungen als Instrument zur Unternehmensnachfolge*, cit., 159, defines Switzerland as a «*Stiftungseinwanderungsland*».

[69] Atto federale dell'8 ottobre 2004. Sulla stratificazione legislativa del diritto delle fondazioni, cfr. D. Jakob, *Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 2013, 192.

[70] Tale definizione è data da H.R. Künzle, *Einleitung*, in *Erbrecht*[4], herausgegeben von D. Abt und T. Weibel, Helbing Lichtenhahn, 2015, 32. Cfr. anche C. v. Löwe, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 144.

[71] C. v. Löwe, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 143.

[72] Art. 335 ZGB: «Possono essere erette delle fondazioni di famiglia secondo le norme del diritto delle persone o del diritto successorio, nel senso che si possono dedicare dei beni a beneficio di una famiglia per le spese di educazione, dotazione od assistenza dei suoi membri o per altro simile fine».

[73] P. Meinecke, *Stiftungen als Instrument zur Unternehmensnachfolge*, cit., 161; C. v. Löwe, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, München, 2016, 140; H.R. Künzle, *Einleitung*, cit., 32; D. Jakob – G. Stunden, *Foundation Law in Switzerland*, cit., 288.



da una risalente decisione della Corte Suprema del 1945 [74], a cui tutt'ora si conforma la giurisprudenza [75], seppur sia stata duramente criticata da una parte della dottrina [76].

La fondazione può nascere mediante atto *inter vivos* oppure *mortis causa*. Tre essenziali contenuti dell'atto costitutivo sono rappresentati dalla manifestazione della volontà di istituire una fondazione, dallo scopo e dal patrimonio iniziale. Inoltre, il medesimo documento deve includere il nome, il domicilio, l'organizzazione e il sistema di controllo, nonché le norme in merito alla modificazione e l'estinzione della fondazione. Disposizioni circa differenti aspetti possono poi essere contenute in un regolamento separato (*reglement*) [77].

L'ordinamento svizzero non richiede la costituzione di un organo di controllo (*Stiftungsaufsicht*) e di revisione (*Revisionstelle*). Il controllo statuale si limita alla conformità all'ordinamento e alla protezione della fondazione in caso di abuso perpetrato dai propri organi.

Per quanto riguarda il regime della pubblicità, dal 1° gennaio 2016 alle fondazioni non è consentito rimanere segrete. L'autorità competente a esercitare l'attività controllo è individuata in base al livello di rilevanza dello scopo perseguito dalla fondazione: se persegue interessi significativi per tutta la nazione, è la Confederazione a occuparsi delle verifiche, altrimenti esse spettano all'autorità cantonale [78].

Le fondazioni sono legittimate sia a esercitare un'attività commerciale in forma diretta sia a detenere partecipazioni sociali [79]. La configurabilità di una fondazione imprenditoriale era in passato controversa; tuttavia, la giurisprudenza, la dottrina e la prassi concordano circa l'ammissibilità di tale figura, sicché la fondazione può senz'altro rappresentare un utile strumento al fine di disciplinare la successione di un'impresa familiare [80].

---

[74] Bundesgericht 29 giugno 1945 stabilisce che: «als Familienstiftungen unzulässig sind danach die 'Unterhaltsstiftungen', die den Familienmitgliedern ohne besondere Zielsetzung, für den allgemeinen Lebensunterhalt, regelmässig Erträgnisse des Stiftungsvermögens ausrichten». Sul punto, cfr. D. JAKOB, *Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz*, cit., 329 ss.

[75] P. MEINECKE, *Stiftungen als Instrument zur Unternehmensnachfolge*, cit., 161.

[76] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 151 s.

[77] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 156.

[78] D. JAKOB-G. STUNDEN, *Foundation Law in Switzerland*, cit., 291.

[79] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 145 s.

[80] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 146.



8. – Forse per merito del regime fiscale assai conveniente, anche il Liechtenstein rappresenta senz'altro un'ambita meta di 'immigrazione giuridica' per imprenditori provenienti dagli altri paesi dell'area germanofona intenzionati a pianificare la successione della propria impresa tramite lo strumento della fondazione [81].

La disciplina delle fondazioni liechtenstainiane è contenuta nella legge che regola il diritto delle persone e delle società (*Personen- und Gesellschaftsrecht*, d'ora in poi PGR), entrata in vigore nel 1928 e riformata nel 2009 [82].

Le norme che regolano la struttura di questa figura paiono molto liberali. Invero il fondatore può riservarsi una serie di poteri: il principio della separazione tra fondatore e fondazione può essere significativamente indebolito mediante l'esercizio dell'autonomia privata da parte del primo [83]. La fondazione in Liechtenstein si ispira al c.d. principio di 'consolidazione' (*Erstattungsprinzip*), in base al quale l'ente si pone come strumento volto a realizzare in perpetuo la volontà del fondatore [84].

Inoltre, per quanto riguarda le fondazioni private, qualora sia previsto un organo di controllo interno, non è necessario controllo statale. In questo modo, l'attività di controllo può essere interamente affidata ai beneficiari della fondazione stessa [85]. Tuttavia, rimane la possibilità di sottoporre la supervisione della fondazione ad apposita autorità statale [86]. L'iscrizione al registro delle imprese non è richiesta per le fondazioni private. Ai sensi del § 20, art. 552, PGR è sufficiente una comunicazione all'ufficio della giustizia.

La normativa distingue le fondazioni pubbliche da quelle private a seconda dello scopo, che può essere liberamente fissato dal fondatore purché non si ponga in contra-

---

[81] F.A. SCHURR, *The Foundation Governance under Liechtenstein Foundation Law*, in *Developments in Foundation Law in Europe*, edited by C. Prele, Springer, 2014, 175 s., analizza le motivazioni che spingono gli imprenditori a costituire una fondazione in Liechtenstein anziché nella loro patria. Recentemente, sulle fondazioni nel Liechtenstein, cfr. M. SCHAUER-B. LORENZ-H. HEISS, (hrsg.), *Kommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht*[2], Basel, 2021.

[82] Con riguardo alla riforma del 2009, si veda F.A. SCHURR, (hrsg.), *Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht – Anwendung, Auslegung und Alternativen. Band des 3. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstages 2010*, Schulthess, 2012; H. BÖSCH, *Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Alles beim Alten oder kein Stein mehr auf dem anderen?*, in *Festschrift 25 Jahre Liechtenstein-Institut*, Liechtensteinische Akademie, 2011, 79 ss.; D. JAKOB, *Die liechtensteinische Stiftung. Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrecht nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008*, Liechtenstein Verlag, 2009. C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 206 ss., sottolinea le differenze tra la nuova e la vecchia disciplina.

[83] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 103.

[84] M. MATHAUER, *Unternehmensstiftung zur Nachfolgeplanung*, cit., 57.

[85] F.A. SCHURR, *The Foundation Governance under Liechtenstein Foundation Law*, cit., 179.

[86] F.A. SCHURR, *The Foundation Governance under Liechtenstein Foundation Law*, cit., 188



sto con la legge ovvero la moralità [87]. Esiste una definizione legale della fondazione di famiglia, la quale rappresenta una sottocategoria delle fondazioni private: si distingue la fondazione pura (*reine Familienstiftungen*) da quella mista (*gemischte Familienstiftungen*) [88].

Nella fondazione di famiglia pura, il patrimonio è interamente dedicato alla sussistenza dei membri della famiglia stessa. Il supporto della fondazione alla famiglia non può però essere indiscriminato. In particolare, devono essere fissate le condizioni in presenza delle quali opera tale sostegno. Un presupposto potrebbe per esempio essere rappresentato dalla situazione di difficoltà economica [89].

Nella fondazione mista il patrimonio è dedicato sia alla sussistenza della famiglia sia ad altri scopi, i quali possono essere sia pubblici sia privati. L'indiscriminato supporto alla famiglia è perseguibile soltanto come obiettivo secondario, non invece come scopo preminente [90].

A differenza di quanto prevede il diritto svizzero, è configurabile una fondazione il cui unico scopo è la sussistenza della famiglia, senza una preventiva determinazione dei presupposti per l'operare di tale sostegno. Tuttavia, questo genere di fondazioni non può essere considerato alla stregua di una fondazione di famiglia, bensì come una semplice fondazione privata, che non gode dunque dei benefici accordati alle prime. In specie, non sono applicabili le norme concernenti la esclusione dall'esecuzione forzata di cui al § 36, comma 1, dell'art. 552 PGR [91], in base a cui i diritti maturati dai beneficiari della fondazione non sono aggredibili dai creditori (per es. sono sottratti all'esecuzione forzata) [92].

---

[87] Tale limite risulta indirettamente da § 20, comma 1, art. 552 PGR, in base al quale «Unterliegt die Stiftung keiner Eintragungspflicht, so ist zur Überwachung der Eintragungspflicht und Verhütung von Stiftungen mit gesetz– oder sittenwidrigem Zweck sowie zur Vermeidung von Umgehungen einer allfälligen Aufsicht jedes Mitglied des Stiftungsrats verpflichtet, innerhalb von 30 Tagen ab Errichtung eine Gründungsanzeige beim Amt für Justiz zu hinterlegen […]».

[88] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 210.

[89] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 211.

[90] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 211 s.

[91] Art. 552, § 36, comma 1, PGR: «Bei Familienstiftungen kann der Stifter bestimmen, dass die Gläubiger von Begünstigten diesen ihre unentgeltlich erlangte Begünstigungsberechtigung oder Anwartschaftsberechtigung, bzw. einzelne Ansprüche daraus, auf dem Wege des Sicherungsverfahrens, der Zwangsvollstreckung oder des Insolvenzverfahrens nicht entziehen dürfen. Bei gemischten Familienstiftungen kann eine solche Anordnung nur insoweit getroffen werden, als die jeweilige Berechtigung den Zwecken der Familienstiftung dient».

[92] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 245 s.



Al fine di costituire una fondazione occorrono tre documenti [93]: lo statuto (*Stiftungsurkunde*), che contiene le principali caratteristiche della fondazione, quali il nome, il patrimonio, lo scopo, la durata ecc.; un documento addizionale (*Stiftungszustatzurkunde*), non soggetto a pubblicità, che può essere confezionato per fissare altre regole, stabilite esclusivamente dal fondatore, che esulano dalle previsioni dello statuto [94]; infine, altre previsioni possono essere contenute nel c.d. *reglemente*, che disciplina l'organizzazione interna della fondazione, modificabile da parte dell'organo amministrativo della fondazione nel corso della vita dell'ente [95].

Le *Unternehmensträgerstiftungen*, ossia le fondazioni che esercitano direttamente attività d'impresa, sono ammesse soltanto in un numero molto limitato di casi. In particolare, un'impresa può essere diretta da una fondazione soltanto se ciò è necessario al fine di perseguire un obiettivo di interesse generale della medesima [96].

Come già accennato, al pari di quanto avviene secondo la legislazione e contrariamente a quella tedesca, in Liechtenstein il fondatore può riservarsi alcune prerogative, come il diritto di revocare l'atto di costituzione della fondazione, determinando la caducazione della stessa [97]. In seguito all'estinzione della medesima, il patrimonio si trasmette ai beneficiari. Se questi sono indeterminati, il patrimonio torna al fondatore. Inoltre, il fondatore può riservarsi il diritto di modificare alcune caratteristiche della fondazione: per esempio, egli può in qualunque momento modificare il novero dei beneficiari, di modo che il patrimonio ritorni di sua proprietà in seguito all'estinzione dell'ente [98].

Tali facoltà del fondatore acquisiscono particolare rilevanza nell'ambito delle fondazioni di famiglia, utilizzate al fine di pianificare la successione dell'impresa, giacché accordano al medesimo un penetrante potere di controllo sul patrimonio dell'ente e sull'indirizzo gestionale del medesimo.

---

[93] Per una panoramica circa le caratteristiche e i contenuti di tali documenti, cfr. C. v. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 229 ss.

[94] § 1, comma 1, art. 552 PGR: «(1) Eine Stiftung im Sinne dieses Abschnittes ist ein rechtlich und wirtschaftlich verselbständigtes Zweckvermögen, welches als Verbandsperson (juristische Person) durch die einseitige Willenserklärung des Stifters errichtet wird. Der Stifter widmet das bestimmt bezeichnete Stiftungsvermögen und legt den unmittelbar nach aussen gerichteten, bestimmt bezeichneten Stiftungszweck sowie Begünstigte fest».

[95] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer*, cit., 40 s.

[96] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer*, cit., 60.

[97] M. MATHAUER, *Unternehmensstiftung zur Nachfolgeplanung*, cit., 79.

[98] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer*, cit., 72.



Altra caratteristica, cui si è già fatto cenno, che rende la disciplina liechtenstainiana particolarmente appetibile dagli imprenditori stranieri, è la totale mancanza di pubblicità a cui la fondazione è soggetta. Ciò consente che ivi di frequente accada che le fondazioni siano costituite da un fiduciario per conto del reale fondatore, la cui identità rimane celata [99].

In seguito alla riforma, questa modalità di costituzione di una fondazione è stata codificata. In base alla nuova normativa, dal punto di vista giuridico, il fondatore si identifica con la persona che ha dato mandato al fiduciario di costituire l'ente, sicché gli effetti e i diritti che derivano dalla fondazione devono essere riferiti al mandante. Nelle relazioni interne tra fondatore, fondazione e beneficiari, il reale fondatore è noto; tuttavia – salvo limitate eccezioni [100] – può rimanere segreto nei confronti di terzi [101].

La limitata trasparenza potrebbe tuttavia causare problemi. Per esempio, per un erede necessario del fondatore, il quale abbia costituito una fondazione per mezzo di un fiduciario, potrebbe risultare assai arduo trovare informazioni circa tale ente nel Liechtenstein a cui il *de cuius* ha conferito gratuitamente beni durante la propria vita.

Talvolta la costituzione di una fondazione in Liechtenstein da parte di un cittadino tedesco può portare a eludere le norme circa la legittima. Invero, nel Principato, il conferimento del patrimonio a una fondazione è esplicitamente qualificato alla stregua di una donazione ai sensi dell'art. 552, § 38, comma 1, PGR. Il termine per agire in riduzione contro le donazioni in base al § 785, comma 3, del codice civile liechtenstainiano (lABGB) è di 2 anni, mentre in Germania è pari a 10 anni, in forza del § 2325, comma 3, BGB.

Da una parte, qualora ai sensi del diritto internazionale privato la giurisdizione spetti al giudice tedesco e fosse applicabile la legge tedesca, il legittimario potrebbe agire in riduzione per ottenere la sua porzione contro i beneficiari della fondazione entro 10 anni.

D'altra parte, se la pretesa riguardasse beni situati in Liechtenstein, il giudicato tede-

---

[99] H. BÖSCH, *Beeinträchtigung pflichtteilsrechtlicher Ansprüche mittels liechtensteinischer Anstalten und Stiftungen – Zugleich eine Nachlese zu BGH, Beschl. v. 03.12.2014 – IV ZB 9/14*, in *Zeitschrift für Stiftungs– und Vereinswesen*, 2016, 18 ss.

[100] Un'eccezione è prevista dal § 36, comma 2, art. 552 PGR, in base a cui: «kann ein Gläubiger der Stiftung aus dem Stiftungsvermögen keine Befriedigung erlangen, und hat der Stifter das gewidmete Vermögen noch nicht vollständig geleistet, so ist der Stiftungsrat verpflichtet, dem Gläubiger die zu seiner Rechtsverfolgung erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Dies gilt im Insolvenzverfahren der Stiftung sinngemäss gegenüber dem Insolvenzverwalter».

[101] C. V. LÖWE, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*, cit., 228 s.



sco non sarebbe esecutivo nel Principato [102]. Invero, accordi concernenti l'esecutività del giudicato sussistono soltanto con l'Austria e la Svizzera [103].

Se invece avesse giurisdizione il giudice liechtensteiniano, e fosse applicabile la legge interna, l'erede avrebbe diritto di agire in riduzione entro il termine biennale. In questo caso, il giudicato sarebbe esecutivo in Liechtenstein e, date alcune condizioni enumerate dal § 722 del codice di procedura civile tedesco, anche in Germania [104].

9. – In esito alla panoramica sin qui sviluppata è consentito trarre alcune conclusioni circa l'effettività degli strumenti presi in considerazione al fine di pianificare adeguatamente la successione dell'impresa.

«Love meets business» [105] è l'espressione che meglio riassume i contrasti che insorgono: con l'interesse dell'imprenditore alla continuazione dell'impresa si scontrano le aspirazioni e le capacità degli eredi; alle pretese successorie del coniuge e dei parenti stretti si contrappone la necessità di non frazionare eccessivamente il patrimonio aziendale.

I risultati a cui si è pervenuti consentono di affermare che le figure disciplinate dal diritto delle successioni non sempre permettono di conciliare al meglio le esigenze che vengono in rilievo nel passaggio generazionale dell'impresa: per quanto l'ammissibilità dei patti successori senz'altro accordi, negli ordinamenti germanofoni, un più ampio spazio di manovra rispetto ai sistemi giuridici che rimangono ancorati al divieto di cui all'art. 458 del nostro codice civile [106], soltanto fuoriuscendo dal perimetro del diritto delle successioni si trovano strumenti che assicurano una pianificazione a lungo termine della transizione generazionale.

Invero, si è cercato di mettere in luce come la fondazione – una volta slegata dallo scopo necessariamente *non-profit* che le si attribuisce tradizionalmente – rappresenti nei sistemi giuridici dell'area tedesca un valido espediente preso in considerazione anche da soggetti stranieri in sede di tempestiva pianificazione della successione dell'impresa familiare.

---

[102] Sottolinea le difficoltà riscontrabili dai legittimari di un fondatore straniero M. MATHAUER, *Unternehmensstiftung zur Nachfolgeplanung*, cit., 75 s.

[103] O. GIERHAKE, *Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmer*, cit., 219; M. MATHAUER, *Unternehmensstiftung zur Nachfolgeplanung*, cit., 91.

[104] M. MATHAUER, *Unternehmensstiftung zur Nachfolgeplanung*, cit., 77.

[105] A. SANDERS, *Der Beirat als Instrument der 'Family Business Governance' in der Entwicklung des Familienunternehmens*, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2017, 964.

[106] Le origini romanistiche del divieto, che tuttora caratterizza il nostro ordinamento, sono state di recente vagliate, in chiave critica, da M.F. MEROTTO, *I patti successori dispositivi nel diritto romano*, Jovene, 2020.

JUS CIVILE



VINCENZA CINZIA MECCOLA

Dottoressa di ricerca – Università degli studi di Foggia

ILLECITO ENDOFAMILIARE E DANNO DA PRIVAZIONE DEL RAPPORTO AFFETTIVO GENITORE-FIGLIO

SOMMARIO: *1. Evoluzione storica: dalla concezione di immunità familiare al riconoscimento dei "nuovi danni". – 2. L'evoluzione del rapporto genitori-figli: dalla potestà alla responsabilità genitoriale. – 3. L'art. 709-*ter *cod. proc. civ. come indice del riconoscimento normativo del diritto del minore a preservare la continuità del rapporto personale con entrambi i genitori anche nella crisi della famiglia. La sanzione pecuniaria prevista dal II comma come danno punitivo. – 4. Violazione dei doveri genitoriali e paradigmi risarcitori di diritto comune. – 5. Il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare per lesione del diritto al rapporto parentale. – 6. L'irrisolto problema del quantum del risarcimento.*

1. – Con l'espressione "illecito endofamiliare" si fa riferimento ad un illecito commesso da un familiare ai danni di un altro soggetto appartenente al medesimo nucleo familiare.

Nell'originaria impostazione codicistica, la comunità familiare veniva concepita quale organismo organizzato gerarchicamente e finalizzato al perseguimento di interessi superindividuali e finanche pubblicistici, sicché la relativa disciplina era precipuamente orientata a salvaguardare l'unità familiare sino a sacrificare le libertà ed i diritti fondamentali del singolo componente, in nome di un asserito "interesse superiore" [1].

Il principio di immunità ha condizionato per svariato tempo sia i rapporti fra i coniugi sia i rapporti parentali: per quel che concerne i primi, è noto che il comportamento lesivo di un coniuge ai danni dell'altro coniuge legittimava il coniuge danneggiato a promuovere esclusivamente la domanda di separazione o divorzio. A tale conclusione si era giunti sul presupposto che il diritto di famiglia fosse da considerarsi *lex specialis*

[1] C. PETTA, *Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamigliare e sulla sua estensibilità all'interno della famiglia di fatto,* in *Dir. di fam. e delle pers.,* I, 2015, 257.



rispetto alla regola generale di cui all'art. 2043 cod. civ., sicché la risoluzione di tutte le problematiche afferenti il diritto di famiglia andava individuato nell'ambito del libro I del codice civile.

Le progressive innovazioni legislative – si pensi all'introduzione dell'istituto del divorzio nel 1970 ed alla riforma del diritto di famiglia nel 1975 – hanno radicalmente mutato gli assetti e le dinamiche all'interno del nucleo famigliare, sicché, in piena armonia con i principi costituzionali, tutti i suoi componenti, in perfetta uguaglianza e pari dignità, sono legittimati ad aspirare al totale riconoscimento e alla realizzazione dei propri diritti.

Sulla scorta di tali trasformazioni, la dottrina e la giurisprudenza hanno così iniziato a riconoscere l'esistenza di "nuovi danni" all'interno della famiglia, anche in considerazione della centralità assunta dalla persona nel sistema giuridico, sia come singolo, sia nell'ambito delle formazioni sociali in cui si sviluppa la sua personalità, prima fra tutte la famiglia.

Una considerevole svolta nell'ingresso della responsabilità civile anche nel contesto familiare è da attribuirsi all'impulso della giurisprudenza dei primi anni 2000 che, ampliando l'ambito delle situazioni giuridiche soggettive suscettibili di risarcimento danni nell'ottica generale di una maggiore tutela dell'individuo, ha inciso sull'applicabilità del rimedio risarcitorio in ambito famigliare [2].

2. – Lento e progressivo è stato il mutamento del rapporto di filiazione per effetto della disciplina costituzionale e della riforma del diritto di famiglia del 1975: entrambi gli interventi normativi hanno contributo al superamento dei tradizionali principi autoritari e gerarchici vigenti nell'ambiente familiare. Precedentemente alla entrata in vigore della riforma, l'esercizio dello *ius corrigendi*, ritenuto necessario ai fini educativi, autorizzava, in forza dell'abrogato art. 319 cod. civ., il genitore a reagire finanche violentemente nei riguardi della prole, "rea di una cattiva condotta", creandosi, così, in capo al genitore-

[2] La S.C., con la sentenza n. 9801/2005 (in *www.dirittoegiustizia.it*) ha chiarito che i rimedi tipici previsti dal diritto di famiglia, come la separazione ed il divorzio, sono compatibili e concorrenti con l'azione ordinaria di risarcimento danni, di cui all'art. 2043 cod. civ., e la mera violazione dei doveri matrimoniali, ovvero la pronuncia di addebito della separazione, non sono di per sé fonte di responsabilità risarcitoria. Per configurarsi un danno ingiusto, risarcibile ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., deve configurarsi un comportamento illecito dotato di una significativa efficacia lesiva poiché, diversamente, all'interno della famiglia deve sussistere fra i coniugi quello spirito di comprensione e di tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza.



danneggiante, un'immunità per tutti gli atti dannosi provocati, il cui unico limite era rappresentato dalla sussistenza del pericolo di malattia [3].

Lo stesso concetto di educazione va oggi improntato ai principi costituzionali del rispetto della persona umana e dello sviluppo della personalità del minore. Ne consegue che l'uso di mezzi di correzioni violenti legittima una richiesta risarcitoria da parte del figlio danneggiato nei riguardi del genitore, alla stregua di un atto lesivo in cui il danneggiato risulti essere un terzo estraneo.

Cambiamenti significativi nella disciplina del rapporto di filiazione sono stati apportati anche dal recente d.lgs. n. 154/2013, in attuazione della l. n. 219/2012, che, oltre ad aver eliminato la distinzione tra figli naturali e figli legittimi [4], ha modificato il Titolo IX del Libro I del codice civile, ora intitolato "*Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri dei figli*" [5]. In un diritto di famiglia, già da tempo "puerocentrico" [6], l'espressione "responsabilità genitoriale", in luogo della previgente "potestà", risulta indice di una trasformazione del ruolo del genitore concepito non più come soggetto che esercita un potere-dovere in posizione di preminenza, bensì come individuo garante della collaborazione alla formazione del figlio [7], interesse del quale prevale ed è da accertare caso per caso,

---

[3] A. MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2019, fasc. 2, 905.

[4] L. 10 dicembre 2012 n. 219. Cfr., M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 3, 4; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 2013; ID., *La riforma dello status della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 2, 269 ss.; G. FERRANDO-G. LAURINI (a cura di), *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie?*, in *Quaderni de Il notariato*, 2013; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 3, 231 ss.; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, 267 ss.

[5] Per effetto dell'art. 39, co. I, d.lgs. n. 154/2013, di attuazione dell'art. 2, lett. h) legge n. 219/2012, l'art. 316 cod. civ. è rubricato "Responsabilità genitoriale" e prevede, al comma I, che la responsabilità genitoriale sia esercitata da entrambi i genitori, tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. Per un'analisi della disposizione novellata, cfr. E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2014, 5, 467 ss.; A. GORASSINI, *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2014, 91 ss.; LA ROSA, *Sub art. 316 c.c.*, in R. AMAGLIANI-D. FOTI-M. PARINELLO, (a cura di), *Commentario al cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2010, 820 ss. Meno recentemente, sulla potestà in generale, cfr. F. COSSU, *Potestà dei genitori*, in *Dig. civ., XIV*, 1996, 126; L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni minime su "poteri privati" e interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1983, I, 291 ss.

[6] E. QUADRI, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 4, 566.

[7] R. DE STEFANO, *La responsabilità dei genitori verso l'esterno e verso l'interno. La responsabilità dei tutori, dei maestri e dei precettori*, in *Valutazione del danno e strumenti risarcitori*, a cura di B. Inzitari, Torino, 2016, 74.



tanto che si è giunti a discorrere di *best interests of that child* [8], ai quali garantire effettività [9].

Si è dunque osservato che il ruolo dei genitori "non è di supremazia – in funzione dell'attuazione del dovere – ma un vero e proprio diritto" [10], cioè un interesse proprio degli stessi "ad istruire, educare e mantenere i figli" nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni ed aspirazioni (art. 315 *bis*, comma 1, cod. civ.) fino al raggiungimento di una piena autonomia economica [11].

Coesistono, peraltro, l'obbligo di mantenimento, cui i genitori devono adempiere, ai sensi dell'art. 316 *bis* cod. civ., in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo e gli obblighi di assistenza morale consacrati nel novellato art. 147 cod. civ. [12], il cui contenuto precettivo è integrato dall'art. 315 *bis* cod. civ. secondo cui: "il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni".

Se, dunque, non si è mai dubitato della piena coercibilità dell'obbligo di mantenimento, la cui violazione è assistita, nei casi più gravi, anche da tutela penale (cfr. art. 570 cod. pen.), solo in tempi relativamente recenti è stata riconosciuta la piena giuridicità dell'obbligo di assistenza morale e soprattutto l'idoneità di quest'ultimo a fondare la pretesa risarcitoria del figlio nei confronti del genitore inadempiente.

3. – L'art. 709 *ter* cod. proc. civ. come indice del riconoscimento normativo del dirit-

[8] Cfr. in questo senso, L. LENTI, *«Best interests of the child» o «best interests of children»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 163.

[9] Cfr., in tal senso, V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 405 ss.

[10] G. GIACOBBE, *Genitorialità sociali e principio di solidarietà: riflessioni critiche*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 152.

[11] La cessazione dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti deve essere fondata su un accertamento di fatto che abbia riguardo all'età, all'effettivo conseguimento di un livello di competenza professionale e tecnica, all'impegno rivolto verso la ricerca di una occupazione lavorativa ed, in particolare, alla complessiva condotta personale tenuta dal raggiungimento della maggiore età dell'avente diritto (in tal senso Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12952, in *Guida al dir.*, 2016, 29, 34).

[12] Articolo così sostituito dall'art. 3, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. Il testo precedente, già sostituito dall'art. 29, l. 19 maggio 1975, n. 151, disponeva: «Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, delle inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli» senza esplicito riferimento, dunque, alla assistenza morale della prole introdotta in sede di novellazione.



to del minore a preservare la continuità del rapporto personale con entrambi i genitori anche nella crisi della famiglia. La sanzione pecuniaria prevista dal II comma come danno punitivo.

Un indiretto, ma sicuro indice normativo della cogenza del diritto/dovere del genitore ad un rapporto continuativo con la prole si ricava dall'art. 709 cod. proc. civ., introdotto dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54.

Tale disposizione, collocata nel capo del codice di rito dedicato alla separazione personale tra coniugi, ha un ambito di applicazione più ampio comprendente anche i procedimenti di scioglimento e di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio e i procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono state ricondotte all'ambito di applicazione dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ. varie fattispecie, fra cui i contrasti derivanti da una diversa interpretazione attribuita da ciascuno dei genitori ai provvedimenti precedentemente adottati in sede giudiziale [13], ovvero le istanze volte ad ottenere rimedi avverso il comportamento di un genitore che abbia assunto decisioni nell'interesse del figlio all'insaputa dell'altro coniuge [14]. La norma, sin dalla sua emanazione, ha sollevato critiche [15] atteso che si osservava come venissero individuate, in modo assai approssimativo, sia le fattispecie sanzionate che le misure afflittive, con la conseguenza di attribuire al giudicante una eccessiva discrezionalità nella concreta applicazione delle sanzioni [16]. È stato, altresì, osservato come la disposizione de qua sia applicabile all'ottemperanza dei provvedimenti a tutela dei diritti personali; ma un filone giurisprudenziale ha interpretato esten-

[13] A. CARRATTA, *Commento all'art. 709 ter c.p.c. competenza del giudice istruttore*, in *Le recenti riforme del processo civile*, in *Commentario,* diretto da S. Chiaroni, 1554; A. DORONZO, *Art. 709 ter c.p.c., Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di violazioni*, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, a cura di F. Cipriani-G. Monteleone, 617, 619; G.F. RICCI, *Commento agli artt. 709 ter-710*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, 678.

[14] Trib. Bologna, 12 aprile 2007, in *Fam e min*., 2007, 77; App. Napoli,17 ottobre 2008, in *Corr. mer*., 2009, 126; Trib. Pisa, decr. 24 gennaio 2008, in *Fam e dir*., 2009, 126; App. Napoli, 12 dicembre 2008, in *Foro it*., 2009, I, 836.

[15] E. VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, Milano, 2011, 296; L.E. SALVANESCHI, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv. dir. proc*., 2006, 1287; M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *www.jiudicium.it,* 1063 ss.; L.E. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio,* in *Fam. e dir.,* 2006, 356 ss.; C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni di genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709-ter cod. proc. civ.*, *ivi*, 2007, 825 ss.

[16] In tal senso A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia,* in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2008, 238-239, ove si evidenzia come ciò produca il doppio infelice risultato di attenuare l'efficacia dissuasiva della misura coercitiva (non essendo ben chiaro *ex ante* quale sia il comportamento vietato) e di violare il principio di legalità.



sivamente le norme, consentendo il ricorso alle misure coercitive di cui agli artt. 709-*ter* e 614 *bis* cod. proc. civ. (quest'ultimo ante novella del 2015) anche nel caso di violazione degli obblighi economici, quando in essi siano ravvisabili implicazioni relative a diritti personali [17]. La disposizione normativa de qua sarebbe applicabile, in generale, a tutti quei comportamenti che, anche indirettamente, mirino ad ostacolare o ad eludere le disposizioni non patrimoniali relative ai figli, contenute nelle sentenze di separazione o di divorzio, nel verbale di separazione consensuale omologato o nell'ordinanza presidenziale, nonché all'ipotesi di rifiuto del genitore non affidatario di consegnare il figlio all'altro genitore.

Anche a voler analizzare il fenomeno sulla scorta del principio dell'efficienza economica [18], si osserva [19] come sia proprio l'ordinamento a scoraggiare la violazione della bi-genitorialità, durante la crisi della coppia, attraverso la previsione di un risarcimento anche punitivo – deterrente, al fine di realizzare un controllo indiretto delle attività illecite.

Non sussiste unanimità di vedute in ordine alla natura delle previsioni di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 709 *ter* c.p.c., comma 2, atteso che non è chiaro se trattasi di ipotesi di risarcimento danni derivante da commissione di illecito endofamiliare scaturente da gravi inadempienze di uno dei genitori, ovvero dal compimento, da parte del medesimo, di atti pregiudizievoli nei confronti del minore oppure di una pena privata giudiziale con funzione essenzialmente preventivo-sanzionatoria.

Il primo orientamento [20] si fonda sul tenore letterale dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ.,

---

[17] Trib. Modena, ord. 29 gennaio 2007, in *Fam. e Dir.*; Trib. Bologna, 19 giugno 2007, in *www.affidamento condiviso.it*. In dottrina, cosi P. CORDER, *Il figlio minore privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento*, in *Corr. mer.*, 2008, 554; In senso contrario Trib. Termini Imerese, ord. 12 luglio 2006, in *Foro it.,* 2006, I, 3243; Trib. minorile Ancona, 3 ottobre 2008, in *Dir. fam.*, 2009, 265; A. GRAZIOSI, *op. cit*., 237.

[18] Il rinvio è all'Economic Analysis of Law: cfr. G. CALABRESI, *Cosa è l'analisi economica del diritto?,* in *Riv. dir. fin.,* 2007, 1, 343 ss.; G. FREZZA-P.F. PARISI, *"Responsabilità civile e analisi economica"*, Milano, 2006*, passim.*

[19] A. MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 905.

[20] In tal senso P. CORDER, *Il figlio minore, privato degli incontri col padre, ha diritto al risarcimento danni?*, cit., 563; G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della legge n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ*., 2007, 509; M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia verso i danni punitivi*, in *Resp. civ. prev*., 2007, 2005; V. ROSSINI, *Commentario all'art. 709 ter c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di A. Briguglio-B. Capponi, 394; S. VULLO, *Commento all'art. 709 ter c.p.c*., in *Disposizioni in materia di separazione dei genitori ed affidamento condiviso dei figli*, a cura di D. Mantovani, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 243. Su una posizione intermedia si colloca invece G. PONZANELLI, *I*



comma 2, nn. 2 e 3 nella parte in cui prevede che il giudice "dispone il risarcimento danni": ne consegue che il giudice potrà liquidare una somma di denaro, a titolo riparatorio, a favore dell'altro coniuge ovvero del minore atteso che la previsione di cui al citato art. 709 cod. proc. civ. si riferirebbe ad altrettante figure di illecito endofamiliare.

Diversa opinione in quadra le figure di cui al comma 2, nn. 2 e 3 dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ. nel *genus* della pena privata giudiziale con ovvie implicazioni di carattere processuale; lo scopo della previsione sarebbe, pertanto, sanzionatorio nei confronti dell'autore della condotta giudicata riprovevole e non già risarcitorio nei confronti dell'altro coniuge o del minore [21].

La norma in esame conferma come tanto il diritto del genitore a preservare, specie nella crisi dell'unità familiare (intesa nel senso più ampio possibile) un rapporto personale con la prole, quanto, ed è quel che più rileva ai fini della presente indagine, il diritto del figlio all'assistenza morale da parte di entrambi i genitori, siano diritti coercibili ed assistiti da espressa sanzione in caso di loro violazione tanto nei confronti del titolare del corrispondente obbligo, quanto nei confronti del terzo (in molti casi l'altro genitore) che frapponga ostacoli alla loro compiuta realizzazione.

Al di là di tale strumento di coazione indiretta, trattandosi di obblighi di contenuto aspecifico, ed aventi ad oggetto un fare infungibile, il rimedio risarcitorio appare l'unico prospettabile a compensare, seppur per equivalente, le aspettative deluse.

4. – In quel processo di lenta erosione, sulla quale ci si è già soffermati in premessa, della per lungo tempo dichiarata e praticata impermeabilità della famiglia alle comuni regole di responsabilità civile, le prime fondamentali tappe si sono registrate in tema di rapporti tra coniugi.

Una prima cauta apertura verso l'ammissibilità dell'illecito endofamiliare si segnala solo a metà degli anni '90 allorquando la Suprema Corte, [22] escludendo la rilevanza aqui-

---

danni punitivi, in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, 25 il quale sostiene che trattasi di rimedi non riparatori ma non ancora punitivi.

[21] In questo senso cfr. A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art.709 ter c.p.c.*, in *Familia*, 2006, 1031; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e dir*., 2008, 64; DORONZO, *Art. 709 ter, soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*, in *AA.VV., La riforma del processo civile*, cit., 625; C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 703 ter c.p.c.*, cit., 825; L. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile*, in *Dir. fam.*, 2009, 417.

[22] Cass, civ., 26 maggio 1995, n. 5866, in *www.dirittogiustizia.it* la quale osservava come non essendo



liana *ex* art. 2043 cod. civ. dell'addebito della separazione "di per sé considerato", subordinava la risarcibilità di eventuali danni alla circostanza che i fatti che avevano determinato l'addebito avessero integrato gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità di cui all'art. 2043 cod. civ.

L'orientamento in questione è stato, altresì, confermato, agli albori del nuovo secolo, dalla giurisprudenza di legittimità [23], la quale, nel riconoscere la non esaustività delle specifiche sanzioni scaturenti dalla violazione dei dettami propri del sistema familiare e l'applicabilità, anche in tale ambito, di rimedi di carattere più generale [24], ne ha fatto estensione anche al caso di violazione dei doveri genitoriali, riconoscendo il diritto al risarcimento del danno (sub specie di danno esistenziale) del figlio cui il padre aveva insistentemente negato i mezzi di sussistenza .

A far data da tale momento la storia del risarcimento del figlio deprivato dell'assistenza morale del genitore si intreccia a strette maglie con il tormentato cammino del danno non patrimoniale e quello del rapporto, o meglio del non rapporto, genitore-prole diviene dunque campo di applicazione privilegiato del principio secondo cui la lesione di diritti costituzionalmente protetti, al di là di ogni esplicita previsione di legge, costituisce fonte di danni non patrimoniali risarcibili ai sensi dell'art. 2059 cod. civ.

Nell'attuale sistema, al cui vertice svetta la Costituzione – che all'art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – il danno non patrimoniale deve essere dunque, inteso, come una categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi di lesione di un valore afferente alla persona [25] non connotato da rilevanza economica [26]. Una tappa fondamentale nel riconoscimento di una più ampia nozione di danno non patrimoniale è rappresentata dalle c.d. pronunzie di S. Martino del novembre 2008 [27] con la quale venne ribadito, alla luce dell'in-

---

l'addebito della separazione, di per sé, fonte di responsabilità aquiliana, determinava esclusivamente il diritto del coniuge incolpevole ad ottenere il mantenimento.

[23] Cass. civ., 7 giugno 2000, n. 7713, in *www.personaedanno.it*.

[24] M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare, un lungo itinerario*, in AA.VV., *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, in *Nuova giur. dir. civ. comm*., Torino, 2011.

[25] Cass. civ., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno e resp*., 2003, 816.

[26] In tal senso, cfr. già Corte Costituzionale n. 88/1979. Nella legislazione successiva al codice si rinviene un cospicuo ampliamento dei casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale anche al di fuori dell'ipotesi di reato, in relazione alla compromissione di valori personali (art. 2 della l. n. 117/1988: risarcimento anche dei danni non patrimoniali derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; art. 29, comma 9, della l. n. 675/1996: impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; art. 44, comma 7, del d.lgs. 286/1998: adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; art. 2 della l. n. 89/2001: mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo).

[27] Cass. civ., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Riv. dir. civ*., 2009, 1, 97 ss.



terpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., e muovendo dalla questione riguardante la configurabilità del c.d. danno esistenziale, che, mentre il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, *ex adverso*, il risarcimento del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona [28].

Tra questi diritti, valore preminente assumono quelli riconosciuti alla persona in ambito familiare per la cui violazione [29] l'ordinamento fornisce un doppio apparato rimediale, individuabile, per un verso, nelle specifiche norme (separazione con addebito, provvedimenti di decadenza e/o sospensione della responsabilità genitoriale) previste nella specifica *sedes materiae*; per altro, nelle norme in tema di responsabilità extracontrattuale, applicate non già in una logica sanzionatoria della violazione di detti obblighi [30] bensì a tutela della persona e dunque in una logica risarcitoria conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente garantito, anche nelle ipotesi in cui tale pregiudizio avvenga all'interno del consortium familiare.

Le più gravi forme di disinteresse e trascuratezza nei confronti della prole possono, dunque, integrare gli estremi dell'illecito civile e legittimano l'esperimento di un'autonoma azione finalizzata all'ottenimento del risarcimento anche non patrimoniale sofferto dalla prole, attesa la inequivocabile valenza costituzionale delle situazioni giuridiche soggettive di cui sono titolari i figli, quale, ed in particolare, il loro diritto soggettivo ad

---

[28] In questa pronuncia le Sezioni unite pongono un fondamentale criterio ermeneutico secondo cui: "La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria". Il richiamo operato nella sentenza de qua conferma che il risarcimento può essere accordato soltanto per il ristoro del c.d. danno conseguenza e sottolinea che la funzione del risarcimento è riparatoria e non punitiva.

Tale pronuncia sembra in tal modo smentire definitivamente quella giurisprudenza di merito che talvolta in tema di illecito endofamiliare afferma che il danno è *in re ipsa*.

[29] Cass. civ., 7 giugno 2000, n. 7713; Cass. civ., 10 maggio 2005, n. 9801, Cass. civ., 15 settembre 2011, n. 18853; in tal senso cfr. anche Trib. Venezia, 30 giugno 2004; App. Bologna, 10 febbraio 2004.

[30] Cass. civ., 13 febbraio 2005, n. 3079, la quale osserva come il risarcimento de quo non assume funzione punitiva o sanzionatoria ma risponde all'esigenza di assicurare al danneggiato un'adeguata riparazione come utilità sostitutiva. In ispecie, la domanda risarcitoria ricomprende non tanto il pregiudizio in sé quanto un danno da quantificarsi ipso iure in ragione sia di mancata percezione di quanto dovuto a titolo di risarcimento sia dal ristoro derivante dalla perdita di chance per la privazione della prospettiva di inserimento sociale e lavorativo adeguato alla condizione socio-economica di appartenenza del genitore inadempiente.



allo sviluppo del pieno rapporto affettivo con entrambi i genitori [31]. Alla luce di quanto innanzi, incorre in responsabilità non solo il genitore che non abbia osservato l'obbligo del mantenimento, istruzione ed educazione nei riguardi dei figli ma anche il genitore che, con il suo modus operandi, abbia, altresì, compromesso un sereno sviluppo della loro personalità [32]. Il danno effettivamente patito dalla prole va tuttavia allegato e provato, anche a mezzo di presunzioni, potendosi escludere che la mera violazione dei doveri genitoriali integri un danno *in re ipsa* [33].

Rebus sic stantibus, il risarcimento del danno subito spetta solo "a condizione che,

---

[31] Trib. Milano, 23 luglio 2014, in *www.altalex.com* il quale sottolinea come, un'ipotesi di illecito endofamiliare è proprio quella da privazione del rapporto genitoriale, in cui soggetto attivo è il genitore che omette di svolgere il ruolo da egli stesso scelto con la procreazione e soggetto passivo è il minore, che perde, senza sua colpa, uno dei genitori. La "perdita" del genitore non è compensata dalla presenza dell'altro o dei parenti prossimi; non è nemmeno compensata dal mero sostegno economico. È perdita che segna la vita del bambino e che determina un danno alla sua stessa identità personale.

[32] Cass. civ., 27 maggio 2019, n. 14382, in *www.dirittoegiustizia.it* la quale ha, altresì, ribadito che la responsabilità genitoriale costituisce un dovere personale irriducibile e non delegabile. Il padre, "professatosi" assente, ha violato attraverso la sua condotta omissiva i principi costituzionali e codicistici riguardanti la responsabilità genitoriale, arrecando alla figlia danni meritevoli di essere rifusi.

[33] Cfr. in tal senso Trib. Roma, 1 agosto 2019 n. 15949; Trib. Cuneo, 31 agosto 2019, n. 445; Trib. Bolzano, 13 marzo 2020, n. 286; Trib. Ragusa, 5 febbraio 2020, n. 122; Trib. Lecce, 1 ottobre 2019, n. 3024; Trib. Cagliari, 12 febbraio 2020, il quale evidenzia come possa considerarsi provato, mediante un meccanismo presuntivo, come la condotta gravemente omissiva del padre convenuto abbia determinato, fin dalla nascita della figlia e senza soluzione di continuità, "un grave stato di sofferenza psicologica ('i suoi silenzi durante questi ventitrè anni mi hanno causato una grande sofferenza') derivante dalla privazione ingiustificata della figura paterna, sia sotto il profilo della relazione affettiva, oltre che sotto il profilo della negazione dello status sociale conseguente; conseguentemente, si è così determinata una lesione di carattere irreversibile, con riferimento ad entrambe le sfere sopradescritte, del sopra descritto diritto di natura costituzionale"; Trib. Ragusa, 5 febbraio 2020, n. 122; Trib. Lecce, 5 novembre 2019, n. 3364 il quale osserva come la "perdita" del genitore non è compensata dalla presenza dell'altro o dei parenti prossimi; non è nemmeno compensata dal mero sostegno economico. È perdita che segna la vita del fanciullo; è perdita che causa un danno alla sua stessa identità personale. Giova ricordare, che, attraverso la figura materna e paterna il minore sviluppa armoniosamente la sua identità e attraverso i genitori. Senza entrambi i genitori il minore viene privato della «famiglia», l'ambiente primario, la società naturale all'interno della quale i singoli si costruiscono come adulti e come persone." (conformemente Trib. Milano n. 16/2014); *rebus sic stantibus*, "non può trovare accoglimento la domanda di risarcimento danni da "perdita di chance" non avendo parte ricorrente provato che, ove egli fosse stato prontamente riconosciuto dal padre naturale ed avesse ricevuto da esso un contributo di mantenimento conforme al tenore di vita goduto dal padre, egli, con alta probabilità, avrebbe avuto una realizzazione professionale pari a quella dei figli legittimi del convenuto"; non va trascurato l'orientamento espresso dalla Corte Cost., 15 dicembre 2010, n. 355 la quale ribadisce come "la componentistica del danno patito dal minore è duplice, essendo il medesimo connaturato da una dimensione patrimoniale, la quale inerisce la perdita di sostegno economico che il minore avrebbe avuto se il genitore fosse stato presente, che tiene altresì conto dalla perdita delle *chances* – che il figlio avrebbe potuto avere se educato e cresciuto dal proprio genitore –, e non patrimoniale, la quale, come evidenziato tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, involge lo "strappo insanabile al tessuto connettivo primario della famiglia".



si ribadisce, anche in via presuntiva" siano state dimostrate, quanto al figlio, "rilevanti alterazioni negative dei suoi assetti individuali, relazionali e vitali, e la perdita subita, in concreto, con riguardo agli studi, alle attività parascolastiche, alle attività lavorative, alle frequentazioni sociali, ed a qualsivoglia ulteriore aspetto attinente alla vita di relazione" [34].

Costituisce, tra gli altri, "un comportamento rilevatore di responsabilità genitoriale l'avere deprivato il minore della figura genitoriale paterna, che costituisce un fondamentale punto di riferimento soprattutto nella fase della crescita e idoneo ad integrare un fatto generatore di responsabilità aquiliana" [35].

Né, per escludere la responsabilità, può essere addotta la circostanza che antecedentemente all'esperimento dell'azione di risarcimento danni non sia stata avanzata alcuna domanda giudiziale di riconoscimento da parte del figlio o della madre, atteso che, come costantemente affermato dalla Suprema Corte, l'obbligo del genitore naturale di concorrere al mantenimento e all'educazione del figlio insorge con la nascita dello stesso, "ancorché la procreazione sia stata successivamente accertata con sentenza, ricollegandosi tale obbligazione allo status genitoriale e assumendo, di conseguenza, efficacia retroattiva. La sussistenza di tale obbligo, raccordata alla consapevolezza del concepimento, non consente di sostenere l'insussistenza di responsabilità sol perché difettino specifiche richieste provenienti dalla madre o dal figlio, in quanto l'obbligo dei genitori di mantenere

[34] Il Tribunale di Roma, in un precedente approdo, evidenzia come non sia, quindi, sufficiente, allo scopo risarcitorio, dedurre che il genitore inadempiente fosse o fosse stato un dirigente della p.a. senza specificare e provare il tenore di vita del genitore predetto, le sue condizioni reddituali e patrimoniali, le sue condizioni sociali, e le opportunità od i traguardi cui la vittima avrebbe potuto aspirare ove il genitore avesse onorato i propri doveri parentali, nonché le concrete condizioni in cui essa è vissuta, potendo contare solo sul rapporto affettivo, economico, sociale e relazionale dell'altro genitore" (Trib. Roma, 4 febbraio 2011).

[35] In tal senso App. Napoli, 8 luglio 2020, n. 2522, la quale osserva come l'obbligazione di mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio sorge con la nascita per il solo fatto di averli generati e persiste fino al momento del conseguimento della loro indipendenza economica, per cui, nell'ipotesi in cui il figlio sia stato riconosciuto da uno solo dei genitori, il quale abbia assunto l'onere esclusivo della crescita anche per la parte dell'altro, egli ha diritto di regresso nei confronti di quest'ultimo per la corrispondente quota; Trib. Cagliari, 12 febbraio 2020, il quale puntualizza come sia configurabile un fatto illecito permanente, in cui il comportamento del genitore assente, oltre a produrre l'evento dannoso, lo continua ad alimentare per tutto il tempo in cui questo perdura, avendosi così coesistenza dell'uno e dell'altro (Cass.civ., sez. III, 20 dicembre 2000, n. 16009); in questa ipotesi, caratterizzate dal perdurare nel tempo del comportamento lesivo e dal suo non esaurirsi in *unu actu perficitur* (che cioè si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando peraltro permanere i suoi effetti nel tempo, come nell'illecito istantaneo con effetti permanenti) la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si verifica.(Cass. civ., 24 agosto 2007, n.17985; Cass. civ., 2 aprile 2004, n. 6512).



i figli (artt. 147 e 148 cod. civ.) sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda" [36].

Non può dubitarsi come il disinteresse dimostrato da un genitore nei confronti di un figlio, manifestatosi per lunghi anni e connotato, quindi, dalla violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, determini un vulnus, dalle conseguenze di entità rimarchevole ed anche, purtroppo, ineliminabili, a quei diritti che, scaturendo dal rapporto di filiazione, trovano nella Carta costituzionale (artt. 2 e 30), e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento un elevato grado di riconoscimento e di tutela [37], tanto che, anche recentemente, si è ritenuto di estendere la tutela penale prevista dall'art. 570 cod. pen. riguardo al il genitore che, pur versando l'assegno per il mantenimento dei figli, si disinteressi delle loro esigenze scolastiche, sociali, sportive, in tal modo sottraendosi agli obblighi derivanti dal suo ruolo [38].

Il *dies a quo* a partire dal quale calcolare il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria viene fatto coincidere con il momento in cui il figlio raggiunge l'indipendenza economica, sia riguardo ai danni derivanti dalla violazione dell'obbligo di mantenimento che per i danni derivanti dalla violazione degli altri obblighi genitoriali, coincidendo con esso presuntivamente anche il conseguimento di quell'autonomia psicologica che fa cessare i doveri giuridici di protezione da parte dei genitori.

Una particolare attenzione è stata riservata dalla giurisprudenza all'elemento soggettivo dell'illecito, richiedendosi che la condotta inadempiente "si caratterizzi come volontaria" [39], e, dunque, la ricorrenza del dolo in capo al genitore inadempiente. Decisiva, in altre parole, è la volontaria violazione dei doveri derivanti dall'art. 30 Cost. e, quindi, la consapevolezza del concepimento e del proprio disinteresse manifestato nei confronti della prole [40]. Consapevolezza da intendersi, secondo la Cassazione, non già quale cer-

---

[36] Trib. Roma, 17 giugno 2019; si veda sul punto anche Cass. civ. n. 5652/2012.

[37] Cass. civ., sez. I, 10 aprile 2012, n. 5652, in *www.diritto.it*; nello stesso senso, Trib. Roma, 11 settembre 2020, n. 12223.

[38] Trib. Campobasso, sez. penale, 15 novembre 2019, n. 474.

[39] *Ex multiis*, Cass. civ., 10 aprile 2012, n. 5652, cit.; Cass. civ., 10 maggio 2005, n. 9801, cit.; Trib. Venezia, 18 aprile 2006, cit.; Trib. Venezia, 14 maggio 2009, in *Resp. civ. prev*., 2009, 9, 1885, Trib. Firenze 13 giugno 2000, *in Fam. e dir*., 2001, 161, con nota di M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'"altro diritto": responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*; Trib. Milano, 4 giugno 2002, in *Nuova giur. civ. comm*., 2003, I, 278.

[40] Trib. Venezia,18 aprile 2006, cit.; Trib. Venezia, 14 maggio 2009, cit., 9, 1885, con nota di P. Cendon; Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in *Fam. e dir*., 2001, 161, con nota di M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'« altro » diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, cit.; Trib. Milano, 4 giugno 2002, cit. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. civ., 10 aprile 2012, n. 5652, in *www.Altalex.com*.



tezza assoluta scaturente in via esclusiva dalla prova ematologica ma quale risultato di una serie di indizi univoci, quali la consumazione di rapporti sessuali non protetti all'epoca del concepimento [41].

Il che porta a concludere che non sarà considerato colpevole il genitore ignaro di avere generato un figlio mentre diversamente a dirsi è per quello che, avendo avuto la possibilità di conoscere e verificare la propria genitorialità, ha ignorato tutti i segnali negando, in simil modo, al nato cura e assistenza. Casi, questi, in cui il giudice, nella liquidazione del danno non patrimoniale, valuterà non solo il pregiudizio subito dal danneggiato ma anche l'entità dell'elemento soggettivo che contraddistingue la condotta dell'agente [42].

Pregiudizio che va identificato in quel "grave stato di sofferenza per la deprivazione della figura parentale (...), consistente nelle ripercussioni sociali e personali derivanti dalla consapevolezza di non essere mai stato desiderato come figlio e di essere anzi rifiutato" [43]. Si allude, più esattamente, a quel "vuoto emotivo, relazionale e sociale", capace di ledere la serenità personale o di arrecare pregiudizio allo sviluppo della personalità [44] e alla consapevolezza di un'identità sociale che è allo stato embrionale soprattutto nel periodo infantile e adolescenziale durante i quali ogni individuo avverte l'esigenza di individuare punti di riferimento e di confronto.

Se, dunque, allo stato attuale dell'elaborazione giurisprudenziale può ritenersi ormai acquisita la risarcibilità del pregiudizio (anche) non patrimoniale subito dal figlio per il colpevole disinteresse mostrato dal genitore nei suoi confronti, restano aperte sul piano teorico-pratico almeno tre questioni di non modesto rilievo, relative alla coercibilità dell'obbligo, alla natura contrattuale o aquiliana della responsabilità e, ultima ma non per importanza, della quantificazione del danno sofferto dal figlio deprivato dell'assistenza.

5. – La questione della natura della responsabilità da illecito endofamiliare, apparentemente pacifica in giurisprudenza [45], che la riconduce nell'ambito della responsabilità

[41] Cass. civ., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Giur. it*., 2014, 7, 1592 ss.

[42] L'incidenza dell'elemento soggettivo dell'illecito sulla quantificazione del danno è questione vivacemente dibattuta in dottrina e giurisprudenza, sulla quale si tornerà nel paragrafo conclusivo del presente contributo.

[43] Trib. Cagliari, 25 gennaio 2017, in *www.osservatoriofamiglia.it*.

[44] In questi termini, Trib. Parma, 23 dicembre 2013, n. 1659, in *www.dejure.it*.

[45] Il recente approdo della Cassazione civile (sentenza del 9 marzo 2020, n. 06518) stabilisce che "è principio di diritto quello secondo cui, in tema di illecito endofamiliare, il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare sia un diritto inviolabile, senza



aquiliana, costituisce al contrario oggetto di un vivace dibattito dottrinale, nell'ambito del quale rilievo centrale assume la distinzione tra la nozione di obbligazione, caratterizzata dall'immanente requisito della patrimonialità, e quella di dovere e/o obbligo in senso stretto [46]. Secondo un certo orientamento, il rapporto familiare esulerebbe dalle dinamiche proprie del rapporto obbligatorio [47], caratterizzato dal principio della determinazione patrimoniale e quantitativa della prestazione [48], nonché dalla certezza del "*quantum*" che il debitore deve corrispondere al creditore [49]; *ex adverso*, l'indeterminatezza delle "prestazioni" nei rapporti non patrimoniali implica una asimmetria strutturale [50], discendente, appunto, dalla mancata individuazione a priori della misura dei diritti e degli obblighi imposti alle parti nonché dalla differente situazione sostanziale, ma in taluni casi anche formale, in cui esse versano [51].

---

che rilevino una presunta specificità del contesto familiare, che violerebbe il principio di uguaglianza, e, al contrario, l'altrettanto presunta specificità delle misure tipiche del diritto di famiglia, che sottrarrebbe la violazione alle censure generali sul piano della responsabilità aquiliana". In relazione all'onere della prova, gli Ermellini chiariscono che –in ambito di illecito endofamiliare – lo stesso paradigma normativo dell'art. 2043 cod. civ. postula che, "oltre alla prova del danno e del nesso di causalità, il danneggiato che agisca a fini risarcitori debba anche provare che il pregiudizio da esso allegato è conseguenza di una condotta illecita del danneggiante, non essendo per vero configurabile una responsabilità risarcitoria da fatto illecito se, nel concorso degli altri due elementi che definiscono lo statuto giuridico della responsabilità extracontrattuale, non sia provato anche il concorso del terzo ovvero una condotta colposa o dolosa del soggetto obbligato".

[46] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968, 34 ss., il quale osserva come distinguere con precisione tra obbligazioni e doveri è comunque arduo; le parti dell'obbligazione dovrebbero essere sempre determinate e taluni doveri familiari sarebbero «obblighi» e non «obbligazioni» solo per la non patrimonialità del comportamento richiesto. Cfr. altresì, S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91.

[47] A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv*., 2008, 934.cit.

[48] U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato* G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), Milano, 1991, 19, cit.

[49] Si v. B. IZZI, *Il rapporto giuridico non patrimoniale*, Milano, 2012, 20.

[50] A proposito L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990,12, precisa che l'identità di diritti e di doveri tra i coniugi ha affermato una situazione simmetrica, ma non nel senso «che il matrimonio sia stato ridotto a puro rapporto senza più la concomitanza di uno status: la simmetria delle posizioni dei coniugi non si specifica qui come reciprocità, e nell'assenza di reciprocità, nell'estraneità alla logica del do ut des sta l'elemento differenziatore del matrimonio dal contenuto definito dall'art. 1321».

[51] In questo senso D. LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006, 226: ne consegue, quindi, un modello relazionale alternativo al rapporto obbligatorio – pure improntato sulla cooperazione, ma nella dominante contrapposizione delle parti – definito dall'art. 1173 cod. civ. e strutturato nei termini di cui all'art. 1174 cod. civ.: un rapporto alternativo a struttura non patrimoniale (seppure supportato anche da elementi patrimoniali), non definibile soltanto per differenza rispetto al modello dell'obbligazione, o attraverso qualificazioni linguistiche (obbligo invece di obbligazione), e tantomeno relegabile all'ambito della rilevanza esclusivamente sociale (non giuridica) tale profilo problematico; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, I, *Note intro-*



Inoltre, a differenza di quanto può accadere nei rapporti patrimoniali, in tutti quelli di carattere non patrimoniale, come è particolarmente evidente nei rapporti familiari, la "prestazione" (non patrimoniale) può essere eseguita soltanto dal soggetto obbligato, non essendo possibile "l'adempimento" del terzo (*ex* art. 1180 cod. civ.) né la sostituzione della persona del "debitore" (*ex* artt. 1268 ss. cod. civ.); a ciò si aggiunga che l'interesse del "creditore" non può trovare la sua realizzazione in via coattiva [52]. Si tratta, tuttavia, di una obiezione che non giustificherebbe una conclusione in termini di totale estraneità dei rapporti in parola alla struttura minima e alla relativa disciplina dei rapporti obbligatori [53] potendosi essa replicare con riferimento ad alcune specie di obbligazioni, in particolare per quelle di fare caratterizzate dall'*intuitus personae* [54].

Si è altresì sostenuto che i rapporti di natura familiare sono inquadrabili come "rapporti giuridici formalmente strutturati con il linguaggio dogmatico del diritto e del dovere" [55], ma estranei alla logica economica e, dunque, rientranti in un ambito problematico differente da quello dell'obbligazione, ma pur sempre concernente la teorica del rapporto giuridico [56].

Circa il tipo di responsabilità ascrivibile al soggetto che commetta un illecito endofamilare, è pacifico che la violazione di obblighi a contenuto prettamente economico possa comportare l'applicazione di rimedi che incidono sul patrimonio dello stesso soggetto

---

duttive, cit., 199; E. ROPPO, *Coniugi. I) I rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi*, in *Enc. giur*., VIII, Roma, 1988; G. FACCI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev*., 2007, 582 ss.

[52] Cfr. G. FACCI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno: un ulteriore intervento della S.C*., in *Fam. e dir*., 2013, 128.

[53] R. SENIGALIA, *Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale*, in *Giust. civ*., 2019, 97 ss.

[54] G. FACCI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, cit., 586 il quale osserva che anche con riferimento alla prestazione oggetto dell'obbligazione possono verificarsi ipotesi di incoercibilità e in nessun caso la violazione di un dovere dà luogo automaticamente all'obbligazione risarcitoria; B. IZZI, *Il rapporto giuridico non patrimoniale*, cit., 271 s., il quale ritiene che «più che la possibilità di ottenere una tutela in forma specifica senza la collaborazione del soggetto passivo, quello che conta è l'esigibilità del comportamento e la possibilità di azionare anche rimedi diversi (quali ad esempio quello risarcitorio.

[55] Così anche Cass. civ., 15 settembre 2011, n. 18853, in *Fam. pers. e succ*., 2012, 92 ss., in cui si precisa che «i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio non sono di carattere esclusivamente morale ma hanno natura giuridica, come si desume dal riferimento contenuto nell'art. 143 cod. civ. alle nozioni di dovere, di obbligo e di diritto e dall'espresso riconoscimento nell'art. 160 cod. civ., alla loro inderogabilità, nonché dalle conseguenze di ordine giuridico che l'ordinamento fa derivare dalla loro violazione, cosicché deve ritenersi che l'interesse di ciascun coniuge nei confronti dell'altro alla loro osservanza abbia valenza di diritto soggettivo».

[56] Si rinvia ad A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. e dir. priv*., 2014, 1191 ss.



inadempiente, stante l'attrazione di tali obblighi nella categoria delle obbligazioni [57]. In realtà, a taluni doveri familiari, sebbene i profili patrimoniali si intreccino spesso indissolubilmente con quelli personali [58], sarebbe certamente possibile attribuire la qualifica di obbligazione (come nel caso degli obblighi di mantenimento o di contribuzione ai bisogni della famiglia), e alla relativa violazione quella di inadempimento. Altri doveri familiari non sono inquadrabili invece nella categoria delle obbligazioni perché hanno un contenuto insuscettibile di valutazione economica e perché sono incoercibili (come nel caso dei doveri di fedeltà e di coabitazione); tuttavia essi hanno comunque natura giuridica, e parimenti giuridiche sono le conseguenze della loro violazione [59], e le sanzioni irrogabili non possono circoscriversi alle misure tipiche previste dal diritto della famiglia, atteso che i rimedi in parola assolvono a specifiche funzioni, che non sempre garantiscono il ristoro da un pregiudizio e non sempre soddisfano il soggetto offeso.

Secondo una diversa impostazione [60], la responsabilità del soggetto che incorra in illecito endofamiliare non dovrebbe comunque essere qualificata come aquiliana, bensì come contrattuale atteso che la violazione potrebbe provenire soltanto da chi debba osservare puntuali obblighi di fedeltà, assistenza e collaborazione alla cui stregua deve essere valutata la responsabilità scaturente dall'inadempimento di una obbligazione nascente dalla legge [61], mentre la responsabilità di cui all'art. 2043 cod. civ., "è concepita per risolvere i problemi di danno tra persone senza un previo rapporto giuridico, laddove è la responsabilità da inadempimento di obblighi (o contrattuale) a dare forma agli obblighi risarcitori nei casi in cui il danno è la risultante della violazione di una regola inerente al rapporto" [62].

Ancora, si è osservato che l'applicazione della tutela aquiliana apparirebbe eccessiva

---

[57] A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato A. Cicu-F. Messineo*, II ed. aggiornata alla l. n. 219/2012 sullo *status* di filiazione, Milano, 2013, 614-615.

[58] C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Torino, 2015, 1 ss.

[59] P. VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006, 1896 ss.; C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 367 ss.

[60] G.C. GIACOBBE-P. TRABUCCHI, *Un "profeta" inascoltato!*, in *Dir. fam.*, 20012, 169 ss.; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 17; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 936; G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 200; G.F. BASINI, *Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra i coniugi*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 981 ss.

[61] G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, 13.

[62] A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 937; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 455 ss. e 559 ss.



a fronte di comportamenti colposi e non già dolosi, quale, ad esempio, una violazione per mera negligenza di uno dei doveri familiari, in presenza dei quali "la responsabilità extracontrattuale si presenta come una reazione brutale al danno infrafamiliare", in quanto "la colpa come mera negligenza (...) si rivela una ragione ben povera per spiegare un'interferenza così grave come la responsabilità nel diritto di famiglia" [63]. Tuttavia, allo stesso tempo, ridurre le ipotesi di risarcimento alle sole fattispecie dolose, pur apparendo una soluzione migliore e condivisibile in termini di opportunità, snaturerebbe definitivamente l'istituto di cui all'art. 2043 cod. civ. [64]

Inoltre, l'impostazione che attribuisce natura contrattuale all'illecito endofamiliare risponderebbe in maniera più efficace alla ratio di fondo dell'intervento giurisprudenziale, ovverosia la tutela dell'individuo nelle relazioni familiari, considerato il favorevole regime giuridico, *in primis* probatorio, a favore del soggetto danneggiato dall'inadempimento [65].

Più specificamente, attenta dottrina [66] ha proposto di inquadrare la responsabilità in esame nella figura degli obblighi di protezione [67] (Schutzpflichten), elaborati originariamente dalla dottrina tedesca. Tali obblighi "non sarebbero accessori di un obbligo di prestazione che in realtà non sussiste, ma costituirebbero ugualmente un vincolo, di contenuto ridotto rispetto a quello dell'obbligazione ordinaria, a metà strada tra l'assenza di rapporto previo che caratterizza la responsabilità extracontrattuale ed il rapporto obbligatorio di prestazione, all'inadempimento del quale, in genere, si riferisce la responsabilità contrattuale". Secondo la dottrina che ci occupa, sarebbe possibile ricondurre l'illecito endofamiliare all'interno degli Schutzpflichten, e dunque pur sempre alla responsabilità da inadempimento, riconoscendo "la comunanza nella natura giuridica di figure di responsabilità da violazione di obblighi di protezione che nel matrimonio si inverano nei doveri matrimoniali" [68].

---

[63] A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 937; contra, P. CENDON-G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, in *Resp. civ. prev*., 2002, 1257, 1304, secondo i quali la semplice negligenza in capo al convenuto sarà, di norma, sufficiente per l'affermazione di un obbligo risarcitorio in relazione all'importanza del diritto leso dell'altro coniuge.

[64] A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 937.

[65] Su tutte, Cass. civ., 11 gennaio 2008 n. 577, in *Danno e resp*., 2008, 871 ss.,

[66] A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 959 ss.; A. GATTO, *Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*, in *Giust. civ*., 2012, 11, 2602 ss.

[67] Si veda C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 559 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 2.

[68] A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 961.



L'orientamento favorevole all'estensione del regime della responsabilità contrattuale alla violazione dei doveri familiari è stato oggetto di una duplice critica. La prima, e più evidente ed immediata, fondata sul disposto dell'art. 1174 cod. civ., ai sensi del quale la prestazione oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica; una seconda, attinente alla già segnalata incoercibilità degli obblighi stessi, sottolineandosi come "gli obblighi personali sono incoercibili e, ove se ne prescrivesse una tutela per equivalente, quest'ultima realizzerebbe un obiettivo eccentrico: si incentiverebbe la litigiosità solo per far conseguire un surrogato economico sacrificando un bene personale come la relazione coniugale" [69].

Si è dunque sostenuto che sia "più corretto ritenere che il fenomeno descritto dall'art. 1218 cod. civ. trovi applicazione solo con riguardo a quei doveri giuridici tecnicamente qualificabili come 'obbligazioni' e dunque caratterizzati dalla patrimonialità, secondo quanto disposto dall'art. 1174 cod. civ., laddove le violazioni degli altri doveri lasceranno aperto il campo alla valutazione di ingiustizia del danno per una possibile applicazione dell'art. 2043 cod. civ." [70].

Alla luce di quanto esposto, a parere della scrivente, emerge che il rapporto giuridico andrà qualificato come patrimoniale o non patrimoniale avuto riguardo alla struttura della singolare relazione interpersonale; se la funzione del legame consiste nella formazione, nell'affermazione, nella valorizzazione dell'identità personale altrui il rapporto de quo andrà qualificato come non patrimoniale con conseguente applicazione della disciplina prevista in ambito di responsabilità di cui all'art. 2043 cod. civ.

Pertanto, si potrebbe concludere che, a seconda del diritto-dovere familiare violato, la responsabilità civile imputabile al trasgressore possa avere natura diversa, contrattuale ovvero extracontrattuale, in presenza o meno del carattere della patrimonialità dell'interesse leso [71].

Ad ogni buon conto, al fine di evitare che la crisi della famiglia generi automatismi risarcitori che sarebbero forieri di abusi nell'utilizzo dell'istituto dell'illecito endofami-

---

[69] A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 946.

[70] G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., 16.

[71] Ne scaturisce che il dovere di fedeltà, ha carattere strettamente personale e la sua lesione comporterebbe il ristoro dei danni patiti applicando le regole sulla responsabilità extracontrattuale; *ex adverso*, l'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia, che l'art. 143 cod. civ. poter a carico di entrambi i coniugi, è un dovere di carattere prettamente economico ed in caso di inadempimento potrebbe esperirsi il rimedio di cui all'art. 1218 cod. civ. Cfr. tal senso P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 623; G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., 23; G. FACCI, *Il danno da adulterio*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1481 ss.



liare, occorre che la condotta del genitore inadempiente cagioni inequivocabilmente un danno ingiusto nella sfera giuridica del danneggiato, scaturente dalla lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Alla luce di tali considerazioni, deve ritenersi che si potrà invocare la tutela aquiliana solamente in presenza di condotte intrinsecamente gravi, che incarnino un'effettiva "aggressione ai diritti fondamentali della persona", mentre destituiti di fondamento saranno quei comportamenti che abbiano una minima efficacia lesiva, e che, per la loro scarsa rilevanza, siano suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia, in forza di quello spirito di tolleranza e di mutua assistenza che stigmatizzano il *cosortium coniugalis*.

6. – Il problema della quantificazione del danno costituisce uno dei profili più vivacemente dibattuti nell'ambito dell'illecito endofamiliare, ancora lontano dal trovare un'univoca sistemazione in sede giurisprudenziale.

Una prima questione attiene (ma il tema è centrale nella speculazione in tema di danno non patrimoniale *tout court*) all'incidenza della condotta dell'agente sul quantum risarcitorio, sia che se ne voglia evidenziare l'incidenza sul grado di percezione dell'illecito e quindi sull'entità del danno sofferto dal familiare [72], sia che si accolga la tesi secondo cui la finalità del risarcimento *de quo* non vada circoscritta ad una mera funzione riparatoria, ma assuma anche un intento sanzionatorio di condotte particolarmente riprovevoli [73].

La tesi favorevole ad adeguare la liquidazione del danno in base alla gravità della condotta assunta è avvalorata da autorevole dottrina, secondo la quale l'art. 2056 cod. civ. rappresenta il riferimento legislativo per calibrare la liquidazione equitativa del dan-

---

[72] È pacifica una complementarietà tra la gravità soggettiva dell'illecito e l'entità del danno da riparare, dal momento che la prima viene a determinare un incremento delle conseguenze dannose patite dalla vittima: in questo senso E. NAVARETTA *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 500; M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, V, Milano, 2012, 207.

[73] G. FACCI, *Illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. prev.*, 2019. 421; sulla rilevanza dell'elemento soggettivo del dolo, che caratterizza la condotta particolarmente grave assunta dal responsabile cfr. Cass. civ., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Fam. dir.*, 2001, 159; App. Bologna, 10 febbraio 2004, in *Fam. dir.*, 2006, 511, che condanna il padre al pagamento di una cospicua somma a favore del figlio sottolineando che il questi, ben consapevole della propria paternità, non ha fatto nulla per sopperire alle carenze in cui versava il figlio e per alleviare e colmare uno stato di disagio, non solo economico, molto grave; Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Fam. dir.*, 2005, 297, che sottolinea la condotta dolosa del padre "pervicace nel disinteresse verso la figlia".



no a "tutte le circostanze del caso concreto" e quindi anche al comportamento dell'agente [74].

In ispecie, è stato chiarito che sarebbe quanto meno opinabile risarcire in modo equipollente situazioni che si configurano differenti, sotto il profilo della condotta: in ipotesi di illeciti endofamiliari commessi con dolo, la valutazione sull'ingiustizia del danno – e la conseguente attrazione nell'ambito della responsabilità di condotte altrimenti irrilevanti per l'ordinamento, in assenza di dolo o colpa grave – dovrebbe anche perseguire la finalità di sanzionare la condotta dell'agente, in ragione dell'elemento soggettivo che la caratterizza [75].

La predetta conclusione potrebbe essere corroborata dalla presenza, nell'impianto della patologia dei rapporti famigliari, del già citato art. 709 *ter* cod. proc. civ. [76], in forza del quale il risarcimento del danno persegue una duplice natura e finalità di mezzo di coazione diretto a disincentivare comportamenti illeciti, e insieme di riparazione di un grave pregiudizio patito dal danneggiato. Pregiudizio che tuttavia necessita pur sempre di essere allegato e provato, seppur con presunzioni, negandosi *expressis verbis* il riconoscimento di un danno *in re ipsa* [77].

La seconda questione attiene ai parametri cui riferirsi per la quantificazione del danno; se, cioè il giudicante debba fare riferimento, *sic et simpliciter*, al principio di equità ovvero se possa farsi riferimento, seppure in via analogica, ai parametri tabellari già predisposti ed utilizzati per la liquidazione del danno da morte per la perdita di un congiunto [78].

---

[74] P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 1411; tale impostazione stata suffragata anche da alcuni recenti precedenti di merito sul danno da lutto: all'uopo cfr. Trib. Torino, 15 novembre 2018, n. 5255, riguardante il risarcimento del danno da lutto patito dalla madre dello studente morto per un gravissimo trauma cranio provocato dal crollo della controsoffittatura di un'aula di una scuola; Trib. Bologna, 31 agosto 2010, n. 2379, in *Resp. civ. prev*., 2011, 1125.

[75] M. FRANZONI *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ*., 2008, 303; sulla importanza attribuita alla funzione sanzionatoria negli illeciti di dolo, si segnalano le riflessioni di G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, 236; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2010, 256.

[76] Cfr. G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, 88.

[77] *Ex plurimis*, Trib. Forlì, 13 gennaio 2009, in *Resp. civ*., 2009, 573; App. Bologna, 16 maggio 2006, *ivi*, 2006, 856.

[78] Cass. civ., 22 novembre 2013, n. 26205; Cass. civ., 31 luglio 2015, n. 16222, riguardante un caso di falso riconoscimento e poi disconoscimento; Cass. civ., 22 luglio 2014, n. 16657, in *Foro it*., 2015, 2149; Trib. Milano, 13 marzo 2017, in *Fam. dir*., 2018, 397, con nota di A. Scalera, riguardante un caso di condotta paterna, caratterizzata dal rifiuto di ogni approccio e contatto con il figlio disabile; Trib. Milano, 23



Un ampio filone giurisprudenziale [79] ha osservato che, in ipotesi di illecito endofamiliare da privazione del rapporto genitoriale, la quantificazione del pregiudizio sfugga a precise determinazioni monetarie, sicché se ne impone la liquidazione in via equitativa *ex* art. 1226 cod. civ. La particolare tipologia del danno non patrimoniale in questione, consistente nella integrale perdita del rapporto parentale che ogni figlio ha diritto di realizzare con il proprio genitore, potrebbe essere liquidata prendendo a parametro la voce ad hoc prevista dalle tabelle giurisprudenziali adottate dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano ("perdita del genitore"). Soluzione condivisa da parte della dottrina [80] che ha osservato come una liquidazione del danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale del tutto svincolata da parametri di riferimento, si presterebbe a valutazioni discrezionali e soggettive (variabili in base alla differente sensibilità dei vari giudicanti), che il solo ricorso ad indici più o meno oggettivi, come la gravità e la durata dell'illecito, non sarebbe in grado di mitigare.

Anche la Suprema Corte [81] ha riconosciuto la fruibilità delle tabelle come parametro

---

luglio 2014, ibidem, 2015, 43, con nota di S. VERONESI, *Sulla determinazione tabellare del danno endofamiliare*. In dottrina, C. BONA, *Rimborsi e risarcimenti per l'assenza paterna: tra equità e tabelle*, in *Foro it.*, 2015, 2154 ss. (nota a Cass., sez. I, 22 luglio 2014, n. 16657, 2154; D. AMRAM, *Conferme per l'adozione di una tabella?*, in *Danno e resp.*, 2014, 719; B. TASSONE, *Il danno intrafamigliare e la sua quantificazione: nuovi spunti di law & psychology*, in *Danno e resp.*, 2014, 724.

[79] App. Brescia, 1 marzo 2012; Trib. Milano, 23 luglio 2014, in *www.Altalex.it;* Trib. Lecce, sez. I, 1 ottobre 2019, n. 3024, in *jusdicere.it* il quale ribadisce che Il relativo quantum risarcitorio – che prescinde dallo *status* economico del genitore – va liquidato in via equitativa e nella liquidazione si possono prendere a riferimento, con gli opportuni correttivi, le somme previste dalle tabelle del Tribunale di Milano con sentenza del 23.07.2014 per la perdita del rapporto parentale. Il Tribunale di Lecce ha stabilito che, non ricoprendo alcuna funzione genitoriale, il convenuto ha realizzato l'illecito endofamiliare, privando completamente l'attrice della figura paterna e quindi del suo diritto alla bigenitorialità; Trib. Milano, 5 ottobre 2016; Trib. Torino, 5 giugno 2014 in *www.Altalex.it* il quale osserva che la liquidazione del danno non patrimoniale conseguente al mancato riconoscimento dello status di filiazione da parte del genitore va liquidato in via equitativa sulla base delle prove processuali ricondotte alle ricadute negative sulla salute e sulla vita del figlio. A tali fini è utilizzabile il criterio del minimo tabellare in uso per la liquidazione del danno da morte del padre. Tuttavia, tale parametro va corretto tenendo conto della differenza tra lutto da morte e abbandono. Fino alla maggiore età del figlio, l'unico legittimato attivo all'azione di risarcimento *ex* art. 2043 cod. civ., per il danno conseguente all'inadempimento del mantenimento del figlio, e degli altri strumenti tipici del sistema penale e civile, è la madre. Contra, in giurisprudenza, App. Napoli, 18 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*, ritiene che "le stesse peculiarità dell'illecito endofamiliare, qui essenzialmente omissivo, rendono del tutto inadeguata l'applicazione delle c.d. Tabelle predisposte presso taluni uffici giudiziari".

[80] F. GALLETTI, *Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 2, 562 ss.

[81] Cfr. Cass. civ., 16 febbraio 2015, n. 3079; Cass. civ., 22 luglio 2014, n. 16657, in *il caso.it*: la violazione dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione dei genitori verso la prole, a causa del disinteresse mostrato nei confronti dei figli per lunghi anni, integra gli estremi dell'illecito civile, cagionando la



di valutazione, precisando tuttavia che "il lutto da morte ha caratteristiche diverse da quelle del colpevole abbandono dei figli (...), in quanto quest'ultima situazione ha ancora margini di emendabilità" [82].

L'accoglimento di questo principio ha determinato nella giurisprudenza successiva, oltre l'applicazione del minimo tabellare [83], anche la riduzione del quantum spettante al figlio sul presupposto che la privazione genitoriale, nelle forme del rifiuto ovvero dell'abbandono, è tale da determinare nella prole un vulnus sensibilmente minore rispetto alla perdita del proprio genitore a seguito di condotta illecita altrui [84].

La soluzione appena prospettata è stata però criticata da parte della dottrina [85] che sostiene come sia confutabile il principio in forza del quale la privazione del rapporto genitoriale sia tale da determinare, sempre e comunque, un nocumento complessivamente inferiore rispetto alla perdita del genitore; *ex adverso*, si osserva che il rifiuto del genitore di ottemperare ai doveri nascenti dal proprio ruolo, ovvero l'abbandono ingiustificato del

---

lesione di diritti costituzionalmente protetti, e dà luogo ad un'autonoma azione dei medesimi figli volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 cod. civ. La voce di pregiudizio in esame sfugge a precise quantificazioni in moneta e, pertanto, si impone la liquidazione in via equitativa *ex* art. 1226 cod. civ. In merito alla quantificazione in concreto, in caso di danno endofamiliare da privazione del rapporto genitoriale, può essere applicata, come riferimento liquidatorio, la voce ad hoc prevista dalle tabelle giurisprudenziali adottate dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano ("perdita del genitore").

[82] Cass. civ., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Giur. it*., 2014, 7, 1592 ss. Polemico sulla questione cfr. L. GAUDINO, *Paternità, obblighi, responsabilità: il risarcimento del danno per lesione del diritto al rapporto parentale*, cit., 607 ss.

[83] Cfr. Trib. Matera, 7 dicembre 2017 e Trib. Trieste, 22 dicembre 2017, in Resp. civ. prev., 2018, 2, 607 ss., con nota di L. GAUDINO, *Paternità, obblighi, responsabilità: il risarcimento del danno per lesione del diritto al rapporto parentale*, cit.; Trib. Torino, 5 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*.; Trib. Roma, 18 novembre 2014, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*.

[84] G. FACCI, *Il risarcimento del danno patrimoniale da uccisione di un familiare*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, Torino, 2008, 409 ss.; M. FRANZONI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da uccisione del familiare*, *ivi*, 389 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 9 maggio 2011, n. 10107, in *Resp. civ. prev*., 2011, 2235 ss., la quale precisa che la relativa quantificazione del danno da morte da congiunto va operata considerando tutti gli elementi della fattispecie e, in caso di ricorso a valori tabellari, che vanno in ogni caso esplicitati, effettuandone la necessaria "personalizzazione"; Trib. Torino, 5 giugno 2014, in *ilcaso.it* il quale ribadisce che un valido criterio di riferimento per il risarcimento danni è costituito dal minimo tabellare in uso per la liquidazione del danno da morte del padre. "Tale parametro, però, deve essere assoggettato a una serie di correttivi, i quali tengano conto, da un lato della ontologica differenza tra lutto da morte (che può essere solo elaborato) e lutto da abbandono (teoricamente emendabile), dall'altra delle effettive conseguenze negative sulla vita del minore"; contra, Trib. Cagliari, 12 febbraio 2020, cit.

[85] L. GAUDINO, *Paternità, obblighi, responsabilità: il risarcimento del danno per lesione del diritto al rapporto parentale*, cit., 607 ss.; G. LA MALFA RIBOLLA, *La tutela risarcitoria per assenza del genitore, tra conferme della responsabilità civile endofamiliare e dubbi sulla coerenza del sistema*, in *Studium iuris*, 2014, 880 ss.



proprio figlio, sono avvenimenti che possono incidere e compromettere irreparabilmente lo sviluppo della sua personalità, identità e collocazione sociale; né va trascurato che la perdita di un genitore può produrre due diversi effetti, ovverosia la consolazione, se il genitore sia stato amorevole e presente nella vita del figlio, ovvero la rassegnazione, nell'ipotesi di figlio non voluto, respinto e ignorato.

Inoltre, il danno da morte del genitore presuppone, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che, in vita, vi sia stato un rapporto parentale caratterizzato da affetti, esperienze condivise, insegnamenti, gioie e dolori della vita vissuti insieme, insomma un rapporto che è andato al di là del mero dato della procreazione [86].

Né appare del tutto convincente l'idea "dell'emendabilità" della situazione, ossia l'ipotesi che un genitore che si disinteressi per anni del figlio, possa ravvedersi e contribuire, *ex novo*, alla sua crescita, dal momento che, in taluni casi, questo mutamento delle stato delle cose non risulta essere attuabile [87], come nell'ipotesi estrema in cui la vicenda si sia ormai definitivamente consumata per essere il padre deceduto – magari proprio in corso di causa – senza aver nel frattempo manifestato alcuna intenzione di un avvicinamento alla prole.

Un ruolo non marginale nel calcolo del quantum risarcitorio gioca anche la condizione del figlio, ad esempio l'inserimento o meno in uno stabile nucleo familiare che possa in qualche modo compensare l'assenza della figura paterna, mentre dovrebbe ritenersi ininfluente il momento nel quale il figlio si risolva a promuovere l'azione di riconoscimento della paternità naturale [88].

---

[86] A. SCALERA, *Il danno da privazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*, in *Fam. e dir*., 2018, 403; Trib. Trieste, 22 dicembre 2017, in *Resp. civ. prev*., 2018, 2, 607 ss., ove testualmente si legge: "Il mancato riconoscimento da parte della figura genitoriale paterna è diverso dal lutto perché nel caso del non riconoscimento il soggetto ha difficoltà ad elaborare, è portatore di aspettative che lo conducono a vivere in una specie di "limbo": c'è una parte sospesa, un vuoto all'interno del quale può costruire un suo mondo alternativo e fantastico che può essere più o meno ancorato alla realtà".

[87] A. MENDOLA, *Danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., 905.

[88] Trib. Vicenza, 24 ottobre 2019, in *il caso.it* il quale precisa come "il danno da attività illecita di questo tipo deve essere circoscritto al mero *pretium doloris* e la misura del ristoro non patrimoniale da mancato riconoscimento della paternità naturale non può che riferirsi all'arco di vita che va dalla nascita al compimento della maggiore età in quanto il figlio può scegliere se agire o meno contro il padre se è a conoscenza della sua identità; diversamente Trib. Lecce, 1 ottobre 2019, n. 3024, cit., sottolinea che "va escluso il concorso colposo nella produzione del danno, *ex* art. 12227 cod. civ., in ipotesi di inerzia dei figli in ordine al momento da essi prescelto per l'iniziativa giudiziale, in quanto liberamente e legittimamente determinabile da parte dei titolari del diritto, oltre che del tutto ininfluente, rispetto alla configurazione e determinazione del danno non patrimoniale riconosciuto (in tal senso cfr. anche Cass. civ., n. 26205/2013).



Si è dunque anche prospettata l'opportunità di procedere, alla predisposizione di tabelle ad hoc, atteso che ormai la deprivazione genitoriale nei termini precisati risulta essere argomento frequente nelle aule giudiziarie [89].

Appare tuttavia difficile, in *subiecta materia*, individuare un criterio risarcitorio preferibile ad una valutazione equitativa pura, temperata da un controllo motivazionale che consenta di giustificare razionalmente a posteriori la decisione giudiziale, ispirato ad alcuni criteri di giudizio quali: a) la dimensione temporale, ossia il tempo per cui si è protratta la lesione esistenziale e morale; b) il grado di sensibilità e/o condizione del soggetto leso; c) la gravità della condotta.

Pur nella consapevolezza di muoversi in un ambito nel quale "le difficoltà della liquidazione del danno non patrimoniale sono elevate all'ennesima potenza" [90] la costante aspirazione di questi anni alla prevedibilità degli importi risarcitori (collegata però anche ad esigenze assicurative non riscontrabili nel caso che ci occupa) non appare in questo caso meritevole di essere assecondata.

---

[89] Interessante è, pertanto, anche l'impostazione dottrinale che discetta di liquidazione ad hoc, in cui la base di calcolo è costituita dalla mediana delle liquidazioni operate per ogni mese di assenza del genitore, da moltiplicarsi per il numero di mesi in cui il genitore si è disinteressato dei figli. In tal senso, cfr. C. BONA, *Rimborsi e risarcimenti per l'"assenza" paterna: tra equità e tabelle*, cit., 2154.

[90] B. TASSONE, *Il danno intrafamigliare e la sua quantificazione*, cit., 729; nello stesso senso cfr. Trib. Lecce-Maglie, 3 settembre 2008, in *Fam. pers. succ*., 2009, 785 nonché Trib. Cagliari, 25 agosto 2006, in *Riv. giur. sarda*, 2008, 11.



CASS. CIV., SEZ. V, 24 DICEMBRE 2020, N. 29506

Il patto di famiglia, in un'unica e complessa operazione negoziale, realizza una liberalità nei confronti del discendente assegnatario e assolve ad una funzione solutoria per quanto attiene alla liquidazione della quota dei legittimari non destinatari dell'assegnazione; tale liquidazione, si sostanzia in un peso gravante sull'attribuzione operata con il patto di famiglia, non corrispettivo rispetto a quest'ultima; il patto di famiglia è assimilabile, limitatamente ai suoi effetti, ad una liberalità gravata da un onere.

In materia di disciplina fiscale del patto di famiglia, alla liquidazione operata dal beneficiario del trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie in favore del legittimario non assegnatario, ai sensi dell'art. 768 quater cod. civ., è applicabile il disposto del d.lgs. n. 346 del 1990, art. 58, comma 1, intendendosi tale liquidazione, ai soli fini impositivi, donazione del disponente in favore del legittimario non assegnatario, con conseguente attribuzione dell'aliquota e della franchigia previste con riferimento al corrispondente rapporto di parentela o di coniugio.

...Omissis...

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 1113/2015, depositata il 22/10/2015, la CTR dell'Abruzzo ha accolto l'appello proposto dall'Agenzia delle entrate contro la decisione di primo grado, che, su ricorso dei contribuenti, aveva annullato l'avviso di liquidazione n. (omissis), relativo ad un patto di famiglia, con il quale S.A. (disponente) aveva trasferito al figlio P. (beneficiario o assegnatario) la partecipazione di controllo della società di diritto rumeno "Savini Due" e quest'ultimo aveva liquidato alla sorella M. (legittimaria non assegnataria) la somma di Euro 1.054.000,00.

In sede di registrazione era stata autoliquidata e versata l'imposta nella misura di Euro 336,00. L'Agenzia aveva invece emesso avviso di rettifica e liquidazione per il pagamento della somma di Euro 56.904,00 (Euro 57.240,00, dedotto l'importo già versato), in relazione al pagamento della somma di denaro effettuato da S.P. in favore di S.M.,



applicando a tale pagamento l'aliquota (6%) prevista per le donazioni tra fratello e sorella (con la franchigia di Euro 100.000).

La CTR, come sopra anticipato, ha rigettato l'originario ricorso dei contribuenti, affermando che, nei patti di famiglia, le somme che il beneficiario deve corrispondere ai coeredi legittimari costituiscono donazioni indirette del disponente, escludendo anche l'impossibilità di estendere l'esenzione prevista dal d.lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 *ter*, trattandosi di norma di stretta interpretazione.

Avverso la sentenza della CTR i contribuenti hanno proposto ricorso per cassazione, formulando tre motivi di impugnazione.

L'Agenzia delle entrate si è difesa con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso, si deduce la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., per essere la CTR incorsa nel vizio di ultrapetizione, avendo mutato le circostanze di fatto alla base dell'avviso di liquidazione, nella parte in cui ha introdotto la considerazione sulla donazione indiretta in riferimento al pagamento effettuato dal beneficiario delle disposizioni contenute nel patto di famiglia.

Con il secondo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione del D.L.gs. n. 346 del 1990, art. 1 e art. 3, comma 4 ter, in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., comma 1, n. 3), per avere la CTR ricondotto la liquidazione al legatario non assegnatario a una liberalità indiretta, senza considerare la causa unitaria del patto o comunque il collegamento funzionale tra le attribuzioni ivi effettuate, che impongono un unico trattamento fiscale o, almeno, l'esclusione della qualificazione in termini di donazione della menzionata liquidazione, costituendo l'adempimento di un obbligo previsto dalla legge.

Con il terzo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 346 del 19990, art. 3, comma 4 ter, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), per avere la CTR ricondotto le attribuzioni effettuate nel patto di famiglia alla disciplina dell'imposta sulle donazioni, applicando alla liquidazione del legittimario non assegnatario l'aliquota relativa al rapporto di parentela tra quest'ultimo e il beneficiario, senza considerare la causa unitaria del patto o comunque il collegamento funzionale tra le attribuzioni ivi effettuate, che impongono un unico trattamento fiscale, estraneo a quello previsto per le liberalità, o, almeno, l'esclusione della qualificazione in termini di donazione della menzionata liquidazione, costituendo adempimento di un obbligo previsto dalla legge.



2. Il primo motivo è infondato.

Com'è noto, nel processo tributario vige il principio secondo cui le ragioni poste a base dell'atto impositivo segnano i confini del giudizio. Il carattere impugnatorio del contezioso comporta, infatti, che l'Amministrazione non può porre a base della propria pretesa ragioni diverse da quelle fatte valere con l'atto impugnato. Tuttavia, tale principio non esclude che il giudice possa qualificare autonomamente la fattispecie, a prescindere dalle allegazioni delle parti in causa (così Cass., sez. 5, n. 7393 del 11/05/2012).

Anche nel contenzioso tributario, come accade ordinariamente nel processo civile, l'applicazione del principio *iura novit curia* fa salva la possibilità – anzi, la doverosità per il giudice di dare una diversa qualificazione giuridica ai fatti ed ai rapporti dedotti, ed anche all'azione esercitata, ricercando, a tal fine, le norme giuridiche applicabili alla vicenda descritta in giudizio e ponendo a fondamento della sua decisione disposizioni e principi di diritto eventualmente diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti, con il solo limite dell'immutazione della fattispecie (Cass., sez. 5, ordinanza n. 11629 del 11/05/2017).

Secondo i ricorrenti, nel presente giudizio, la CTR avrebbe statuito considerando elementi di fatto non dedotti dalle parti.

Tuttavia, come sopra anticipato, la CTR ha deciso la vertenza, condividendo la tesi sostenuta dall'Agenzia delle entrate, secondo la quale, nei patti di famiglia, le somme che il beneficiario deve corrispondere ai coeredi legittimari costituiscono donazioni indirette del disponente (p. 6 della sentenza impugnata).

È, pertanto, evidente che nessun nuovo elemento di fatto è stato introdotto dal giudice del gravame, il quale si è limitato a fornire una qualificazione giuridica della fattispecie (indipendentemente dalla condivisibilità o meno della stessa), guardando l'operazione anche dal punto di vista del disponente (donazione indiretta), oltre che da quello dell'assegnatario (donazione modale).

Nessuna violazione dell'art. 112 c.p.c., è pertanto ravvisabile.

3. Il secondo e il terzo motivo possono essere esaminati congiuntamente, tenuto conto della stretta connessione tra loro esistente, risultando entrambi fondati, sia pure nei limiti che vengono di seguito evidenziati.

Come sopra evidenziato, nel formulare le censure in esame, hanno evidenziato i caratteri ritenuti essenziali del patto di famiglia, affermando la unitarietà della causa di tale contratto tipico o comunque la stretta connessione funzionale esistente tra il trasferimento dell'azienda o della partecipazione sociale e la liquidazione operata in favore dei legittimari non beneficiari del trasferimento, sostenendo, come conseguenza di tale premessa,



l'applicazione della stessa disciplina fiscale ad entrambe le applicazioni, compresa l'esenzione prevista dal D.L.gs n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 *ter*, o comunque l'esclusione dell'applicazione dell'imposta sulle donazioni alla liquidazione operata a favore dei legittimari non assegnatari.

Ritiene questo Collegio che, sebbene l'impostazione dei ricorrenti sia condivisibile nella parte in cui suggerisce la lettura unitaria dell'intera operazione negoziale, tuttavia, non siano del tutto corrette le conseguenze prospettate soprattutto dal punto di vista fiscale.

Si premette, in generale, che il trattamento fiscale di atti, fatti o situazioni è necessariamente connesso alla loro qualificazione giuridica, nella quale si esprime la trama degli interessi e dei valori sociali in gioco, anche se poi la disciplina dell'*an* e del *quantum* del tributo applicabile è conformata da principi ispiratori propri del diritto tributario.

Prima di tutto occorre pertanto esaminare il patto di famiglia, come negozio tipico, per poi individuare la disciplina fiscale ad esso applicabile.

4. L'esigenza di una legge volta a favorire il passaggio generazionale delle imprese di famiglia è stata per molto tempo fortemente avvertita in ambito nazionale e sovranazionale.

Già dal 1994, l'Unione europea aveva invitato l'Italia – ed anche quei Paesi (quali Francia, Belgio, Portogallo, Spagna e Lussemburgo) in cui ancora vige il divieto dei patti successori – ad intervenire, per abrogare o almeno ridurre l'ambito di operatività di tale divieto, nell'ottica di una tutela del patrimonio aziendale nel passaggio generazionale della gestione dell'impresa.

Nella Raccomandazione della Commissione CE del 7 dicembre 1994 (94/1069/CE) sulla successione delle piccole e medie imprese, si è constatato che, ogni anno, diverse migliaia di imprese sono obbligate a cessare la loro attività a causa di difficoltà insormontabili, inerenti alla successione dell'imprenditore, con ripercussioni negative sul tessuto economico imprenditoriale, nonché sui creditori e sui lavoratori che in tali aziende trovano impiego. È stato anche evidenziato che la connessa perdita di posti di lavoro e di benessere economico è particolarmente deplorevole, perché non è dovuta alle forze di mercato ma ad un'insufficiente pianificazione della successione ed all'inadeguatezza della legislazione di alcuni Stati membri, soprattutto in materia di diritto societario, successorio e fiscale.

La Commissione ha, pertanto, ritenuto necessaria l'adozione di una serie di interventi volti a sensibilizzare, informare e formare gli imprenditori, affinché preparino efficacemente la loro successione fintanto che sono ancora in vita, al fine di aumentare le probabilità di riuscita della successione stessa, ed ha evidenziato l'esigenza di modificare le



leggi degli Stati membri, al fine di rendere più razionali ed efficienti le norme successorie, che regolano il trasferimento delle imprese di piccole e medie dimensioni alla morte dell'imprenditore.

Alla menzionata Raccomandazione, art. 1, vengono sinteticamente individuati gli obiettivi che essa si propone. È, infatti, stabilito, che "Gli Stati membri sono invitati ad adottare le misure necessarie per facilitare la successione nelle piccole e medie imprese al fine di assicurare la sopravvivenza delle imprese ed il mantenimento dei posti di lavoro. In particolare, essi sono invitati ad adottare le misure più adeguate, a completamento del quadro giuridico, fiscale e amministrativo, al fine di: – sensibilizzare l'imprenditore ai problemi della successione e indurlo a preparare tale operazione finché è ancora in vita; – creare un contesto finanziario favorevole al buon esito della successione; – consentire all'imprenditore di preparare efficacemente la sua successione mettendo a sua disposizione gli strumenti adeguati; – assicurare la continuità delle società di persone e delle imprese individuali in caso di decesso di uno dei soci o dell'imprenditore; assicurare il buon esito della successione familiare evitando che le imposte sulla successione ereditaria e sulla donazione mettano in pericolo la sopravvivenza dell'impresa; – incoraggiare fiscalmente l'imprenditore a trasferire la sua impresa tramite vendita o cessione ai dipendenti, soprattutto quando non vi sono successori nell'ambito della famiglia".

Lo Stato italiano si è adeguato al contenuto di detta Risoluzione, emanando la legge sul patto di famiglia.

5. Si tratta della L. n. 55 del 2006, che ha introdotto un nuovo capo nel Titolo IV (divisione ereditaria) del libro II del codice civile (successioni).

È una riforma operata senza modificare la materia delle successioni, nel suo assetto complessivo, limitandosi il legislatore a ricondurre il patto di famiglia alla disciplina dei patti successori, quale deroga al corrispondente divieto (cfr. il testo dell'art. 458 c.c., come novellato dalla citata L., art. 1).

La definizione del patto di famiglia è fornita dall'art. 768 *bis* c.c., ove è stabilito che "È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti".

Viene disciplinato un nuovo contratto tipico (da stipularsi, a pena di nullità, nelle forme dell'atto pubblico), che si pone l'obiettivo di agevolare il trasferimento di aziende o di partecipazioni societarie all'interno del nucleo familiare, quando il disponente è ancora in vita.



L'imprenditore può operare una sorta di successione anticipata nell'impresa, con l'accordo di tutti coloro che, in caso di apertura della successione, al momento della stipula del patto, assumerebbero la qualità di legittimari, in modo tale da regolare per tempo il passaggio generazionale nella gestione dell'impresa, evitando che, al momento della sua morte, l'azienda o le partecipazioni al capitale della società cadano nella comunione ereditaria (con il rischio di frazionamento in conseguenza della divisione).

Occorre sottolineare che, da un punto di vista oggettivo, il patto può riguardare esclusivamente l'azienda o le partecipazioni sociali dell'imprenditore.

Non vi è spazio per ammettere un patto di famiglia che abbia ad oggetto le possibili altre voci che concorrono a formare il futuro *relictum* del disponente (il denaro, i crediti, la mobilia, gli immobili, ecc.), il quale, ove stipulato, ricadrebbe nel divieto sancito dall'art. 458 c.c..

Ovviamente l'imprenditore può continuare a disporre dei beni del suo patrimonio diversi dall'azienda o dalle partecipazioni societarie, ma a tali disposizioni non può applicarsi la disciplina propria del patto di famiglia, restando operante quella preesistente all'introduzione di tale istituto.

Per quanto attiene all'individuazione dei destinatari dell'attribuzione, l'art. 768 *bis* c.c., prevede chiaramente che possono essere tali soltanto i discendenti (ma non necessariamente i figli, potendo l'imprenditore decidere di saltare una generazione). Né il coniuge né gli ascendenti possono, dunque, subentrare al disponente attraverso il patto di famiglia, neppure altri parenti e, men che mai, soggetti estranei alla famiglia.

6. Come anticipato, la novità di tale patto è che esso è costruito in modo tale da consentire il passaggio generazionale dell'azienda o delle partecipazioni sociali dell'imprenditore, prevenendo, nel contempo, future liti divisionali o azioni di riduzione tra coeredi, mediante l'adozione di alcune misure, espressamente dettate dal codice, che mirano a soddisfare subito chi, al momento della stipula, in caso di apertura della successione, sarebbe un legittimario pretermesso dall'attribuzione.

La prima previsione di rilievo, in tal senso, è data dal disposto dell'art. 768 quater c.c., comma 1, ove è stabilito che al contratto "devono" partecipare il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari, ove nel momento della stipula si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore.

Tale partecipazione è necessaria, e non facoltativa. Essa rende opponibile il patto a tutti i partecipanti e, soprattutto, assolve allo scopo di consentire nei confronti di questi ultimi l'adempimento degli obblighi previsti dalla legge a carico del beneficiario del trasferimento.



Fondamentale è, infatti, considerare che, ai sensi dell'art. 768 quater c.c., comma 2, "Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societari devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dall'art. 536 e ss.".

All'atto della stipula del patto di famiglia sorge, dunque, un diritto di credito dei futuri legittimari, cui corrisponde, specularmente, l'obbligo del discendente beneficiario di provvedervi subito (senza aspettare l'apertura della successione).

In altre parole, in virtù del patto, la quota di legittima è, per legge, convertita in un diritto di credito immediatamente esigibile.

I contraenti possono anche prevedere che tale liquidazione avvenga in tutto o in parte in natura, tant'è lo stesso articolo, successivo comma 3, precisa che, come il denaro, anche i beni assegnati ai partecipanti al patto, che non siano gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali, sono imputati, secondo il valore attribuito in contratto, alle quote di legittima spettanti a questi ultimi.

Il destinatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali deve, dunque, provvedere alla tacitazione dei non assegnatari mediante la corresponsione di una somma che, si badi bene, non soddisfa l'intera legittima, ma solo la porzione di essa che a ciascun legittimario spetterebbe sul singolo bene o sul complesso di beni oggetto di trasferimento che, stante l'efficacia immediata del patto, al momento dell'apertura della successione, non entreranno nel futuro *relictum*.

E non solo.

Il medesimo art., comma 4, stabilisce chiaramente che "Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione" e, essendo sottratto alla collazione, non è neppure suscettibile di imputazione (art. 564 c.c.).

Una volta aperta la successione, dunque, nei rapporti tra i legittimari sopra indicati, i beni trasferiti con il patto di famiglia (azienda o partecipazioni societarie) non solo non entrano a far parte del *relictum*, ma neppure vengono considerati ai fini della ricostruzione del *donatum*.

La norma si riferisce sia al trasferimento in favore del beneficiario sia alla liquidazione in favore dei legittimari non assegnatari.

Ovviamente, riduzione e collazione non sono interamente precluse.

Esse non operano relativamente ai beni oggetto del patto di famiglia, nei limiti di valore di tali beni e con riguardo alle persone intervenute sicché, stante tale parzialità, all'apertura della successione ciascuno dei legittimari conserva la possibilità di esperire l'azione di riduzione sul restante patrimonio del *de cuius*.



7. In ordine all'inquadramento giuridico dell'istituto non si registra concordia di opinioni tra gli interpreti.

Prevalente sembra l'orientamento che vi intravede una donazione con onere imposto dalla legge, pur non mancando l'indirizzo che ne ha messo in luce l'effetto divisorio per l'ipotesi in cui vi siano legittimari non assegnatari. Critico su ambedue i fronti è chi sostiene che l'essenza funzionale dell'istituto è costituita non dal trasferimento (realizzabile anche mediante i preesistenti strumenti contrattuali), bensì dalla stabilità degli effetti. Altri interpreti riconducono il patto al contratto a favore di terzi, ove lo stipulante è l'imprenditore, interessato alla stipulazione al fine di consentire la prosecuzione dell'impresa, promittente è il beneficiario e terzio sono i futuri legittimari. Rinunciando ad incasellare il patto di famiglia in uno degli schemi legali conosciuti, altri esponenti della dottrina hanno ritenuto che il patto sia un contratto a causa complessa al contempo attributiva e distributiva.

In effetti, come pure emerge dall'intenzione del legislatore dall'esame dei lavori preparatori, appare vano cercare di ricondurre l'istituto in esame a figure già presenti nel nostro ordinamento, essendo un contratto tutto nuovo, che il legislatore ha voluto inserire tra i patti in deroga al divieto dei patti successori.

Occorre però soffermarsi sul meccanismo operativo previsto dal legislatore, al fine di comprenderne gli effetti giuridici.

Certo, non può negarsi la collocazione del patto nell'ambito proprio delle liberalità, la quale emerge chiaramente dalle norme che richiedono per esso la forma pubblica e apprestano strumenti di tutela in favore dei legittimari, sancendo poi l'esenzione da riduzione e collazione, istituti, tutti, tipicamente legati alla disciplina delle donazioni, tenuta in considerazione, anche solo per derogarvi.

In tale quadro, il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie in favore del beneficiario si presenta, tuttavia, e per legge, necessariamente collegato alla dazione di una somma di denaro da parte di quest'ultimo ai legittimari che non hanno avuto alcuna attribuzione, la quale, sempre per legge, corrisponde alla quota di legittima spettante a questi ultimi, computata sul valore del solo trasferimento operato.

In altre parole, il legislatore considera i beni trasferiti con il patto di famiglia separatamente rispetto ai restanti beni dell'imprenditore e, come se si aprisse anticipatamente la successione solo su tali beni, prevede la necessità di determinare la quota di legittima, spettante ai legittimari non assegnatari, ponendo a carico del beneficiario del trasferimento l'obbligo della relativa di liquidazione, come se fosse esperita l'azione di riduzione e operata la divisione.



In questo modo, non solo è operata una liberalità in favore degli assegnatari dell'azienda o delle quote sociali, a soddisfacimento delle intenzioni dell'imprenditore, cosa che si poteva fare già prima dell'introduzione del patto di famiglia, ma viene anche soddisfatto il diritto alla quota di riserva del coniuge e dei discendenti, mediante conguaglio in denaro (o eventualmente in natura), computato, si ribadisce, sempre e solo sul valore dell'attribuzione effettuata.

Tali operazioni sono, poi, sugellate dalla non sottoposizione a collazione e riduzione delle attribuzioni operate.

Si comprende bene pertanto che, dal punto di vista funzionale, il patto di famiglia si colloca nell'ambito dei patti successori non tanto perché con esso vengono trasferiti per spirito di liberalità determinati beni dell'imprenditore prima dell'apertura della successione (in vista del passaggio generazionale nella gestione dell'impresa), ma perché, affianco a tale attribuzione, la legge prevede necessariamente la soddisfazione dei legittimari non assegnatari, mediante liquidazione di un conguaglio (anche in natura) da parte del beneficiario dell'attribuzione, anticipando gli effetti dell'apertura della successione tra legittimari ed anche della divisone ereditaria, limitatamente ai beni oggetto di trasferimento, tenendo conto delle quote di legittima, e rafforzando la definitività delle attribuzioni tutte con l'esclusione dalla collazione e dalla riduzione.

Ciò che caratterizza il patto di famiglia, e lo distingue da una qualsiasi donazione che abbia ad oggetto gli stessi beni, è la necessaria presenza del conguaglio in favore degli altri legittimari, esigibile da subito, senza che si debba aspettare l'apertura della successione, a cui si affianca l'impossibilità di assoggettare a collazione e riduzione le attribuzioni così effettuate.

Le caratteristiche evidenziate rendono unica, anche se complessa, l'operazione negoziale, perché il patto di famiglia è tale solo se alla liberalità in favore del beneficiario si accompagna l'adempimento da parte di quest'ultimo dell'obbligo, previsto dalla legge, di effettuare il conguaglio in favore degli altri legittimari.

In sintesi, il patto, da un lato, realizza una liberalità nei confronti del discendente assegnatario e, da un altro lato, assolve ad una funzione solutoria, per quanto attiene alla liquidazione della quota dei legittimari non destinatari dell'assegnazione, anticipando gli effetti non solo dell'apertura della successione, ma anche della divisione tra legittimari.

Ovviamente, la necessità che il beneficiario liquidi ai legittimari non assegnatari la quota di riserva non snatura il carattere liberale del trasferimento a lui fatto dall'imprenditore. Tuttavia, per il tramite di tale liquidazione, viene dato spazio alla tutela di interessi ulteriori rispetto a quelli legati al mero passaggio generazionale dell'impresa, anch'es-



si ritenuti rilevanti dal legislatore, qual è quello dello stesso imprenditore di rendere stabile l'attribuzione operata, mediante la liquidazione del conguaglio ai legittimari non assegnatari, e quello di questi ultimi ad ottenere da subito la loro quota di riserva su tale attribuzione, senza mettere più in discussione l'attribuzione operata.

La causa di liberalità senza dubbio persiste, ma ad essa si affianca, senza snaturarla, l'adempimento di un obbligo, imposto dalla legge, scaturente dalla necessità di liquidare i legittimari.

Dal punto di vista degli effetti, la presenza di tale obbligo, si sostanzia in un peso gravante sull'attribuzione operata con il patto di famiglia, in tutto simile a quanto accade con il compimento di una liberalità gravata da un onere (v. per la donazione modale, l'art. 793 c.c.).

L'assimilazione, si ribadisce, riguarda solo gli effetti giuridici della previsione contenuta nell'art. 768 quater c.c., essendovi differenze rilevanti tra essa e le donazioni modali, se si guarda il momento genetico dell'apposizione del modus.

Nel patto di famiglia, infatti, l'onere non ha fonte negoziale, ma legale, e non costituisce un elemento accidentale dell'attribuzione (che il disponente può decidere di apporre, oppure no), ma un elemento necessario (che è imposto dalla legge).

Tuttavia, dal punto di vista delle conseguenze giuridiche, la situazione è assimilabile, perché all'attribuzione liberale si affianca l'obbligo per il beneficiario di adempiere ad una prestazione, che non costituisce il corrispettivo dell'attribuzione ricevuta, ma la ridimensiona, soddisfacendo altri interessi dello stesso disponente e dei terzi destinatari della prestazione.

8. Passando ad esaminare la normativa fiscale, si deve subito rilevare che non vi è una disciplina che regoli espressamente, in via generale, il regime tributario del patto di famiglia.

Vi è solo un richiamo a tale istituto nel d.lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 *ter* – (aggiunto dalla L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 78) che, a determinate condizioni, prevede una particolare esenzione.

Tale norma verrà di seguito esaminata, dovendosi prima di tutto individuare quale sia il trattamento fiscale ordinario del patto di famiglia.

Com'è noto, il D.L. n. 262 del 2006, art. 2, conv. con modif, in L. n. 286 del 2006, al comma 47, ha nuovamente istituto l'imposta sulle successioni e donazioni "sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al d.lgs. 31 ottobre 1990, n.



346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001, fatto salvo quanto previsto dai commi da 48 a 54".

Nel menzionato D.L. n. 262 del 2006, art. 2, successivo comma 50, quale norma di chiusura, si ribadisce che "Per quanto non disposto dai commi da 47 a 49, e dai commi da 51 a 54, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste dal citato testo unico, di cui al d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001".

Nel reintrodurre nell'ordinamento l'imposta sulle successioni e donazioni (abrogata dalla L. n. 383 del 2001, art. 13), la previsione appena riportata ha rimodulato la configurazione del tributo, ampliandone la base impositiva con l'inclusione di tutti i trasferimenti a titolo gratuito ed anche degli atti con cui si costituiscono vincoli di destinazione.

È evidente che l'estensione dell'imposizione al più ampio genus degli atti a titolo gratuito (rispetto alla species delle liberalità previste in origine dal d.lgs. n. 346 del 1990, art. 1) conduce a correlare il presupposto del tributo all'accrescimento patrimoniale (senza contropartita) del beneficiario, anziché all'animus donandi, che infatti difetta negli atti a titolo gratuito diversi dalle liberalità.

Come sopra evidenziato, le caratteristiche del patto di famiglia pongono in luce la piena corrispondenza al profilo oggettivo della liberalità inter vivos e portano ad eliminare ogni dubbio l'applicabilità dell'imposta in questione (sul punto, v. già Cass., Sez. 5, n. 32823 del 19/12/2018, su cui v. infra).

9. La rilevanza attribuita alla correlazione, tra presupposto impositivo e accrescimento patrimoniale del beneficiario, anziché all'animus donandi, rende ancora più evidente la necessità di considerare il risultato dell'attribuzione patrimoniale esclusivamente in termini di "incremento", quindi al netto di ogni componente patrimoniale negativo correlativamente imputato al patrimonio del beneficiario.

L'intera sistematica dell'imposta sulle successioni e donazioni evidenzia il principio per cui l'incremento patrimoniale (e quindi l'imponibile) per l'erede ed il legatario è decurtato dell'importo di legati ed oneri loro imposti.

In particolare, il d.lgs. n. 346 del 1990, art. 8, comma 1, stabilisce che "Il valore globale netto dell'asse ereditario è costituito dalla differenza tra il valore complessivo, alla data dell'apertura della successione, dei beni e dei diritti che compongono l'attivo ereditario, determinato secondo le disposizioni degli artt. da 14 a 19, e l'ammontare complessivo delle passività deducibili e degli oneri diversi da quelli indicati nell'art. 46, comma 3".

Il medesimo art., successivo comma 3, precisa poi che "Il valore dell'eredità o delle quote ereditarie è determinato al netto dei legati e degli altri oneri che le gravano, quello dei legati al netto degli oneri da cui sono gravati".



A completamento di quanto appena riportato, vi è poi il citato d.lgs., art. 46, comma 3, ove è stabilito che "L'onere a carico dell'erede o del legatario, che ha per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, è considerato legato a favore del beneficiario".

Guardando, in particolare, le attribuzioni modali, si evince con chiarezza che l'onere a carico dell'erede o del legatario, e a favore di destinatari determinati, è considerato (ai fini fiscali) come un legato e pertanto deve essere detratto dal valore dell'attribuzione cui accede, in applicazione del citato d.lgs., art. 8, comma 3, (e non del citato d.lgs., art. 8, comma 1).

Pur essendo l'onere gravante sull'erede o sul legatario, dunque, ai fini fiscali, esso è equiparato al legato e cioè ad un'attribuzione a titolo particolare del de cuius in favore del beneficiario.

Disposizioni corrispondenti a quelle appena riportate si trovano in materia di imposta sulle donazioni.

In particolare, il citato d.lgs., art. 58, comma 1, prevede che "Gli oneri di cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, si considerano donazioni a favore dei beneficiari".

Analogamente a quanto avviene per le disposizioni testamentarie, ai fini della determinazione del valore globale netto della donazione, il modus a favore di un soggetto determinato non è considerato come gli altri oneri, ma come un'altra donazione (cfr. D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 49, conv. con modif. in L. n. 286 del 2006).

La donazione modale avente un destinatario determinato è, dunque, considerata, dal punto di vista fiscale, come una doppia donazione, una eseguita a favore del donatario e l'altra a favore del beneficiario dell'onere.

10. Può pertanto ritenersi che, nel quadro complessivo della disciplina dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni, gli oneri posti t carico del beneficiario dell'attribuzione e a favore di altri soggetti individualmente determinati, ai fini fiscali, rilevano come attribuzioni provenienti, rispettivamente, dal de cuius o dal donante.

E ciò avviene anche se è indiscusso che l'adempimento dell'onere spetta all'erede (o al legatario) e al donatario con beni provenienti dal suo personale patrimonio.

In questo modo, viene applicata l'imposta tenendo I riferimento l'effettivo passaggio della ricchezza che, nei confronti dell'erede (o legatario) e del donatario, è ridimensionato, a causa dell'adempimento dell'onere, nella stessa misura in cui determina un arricchimento in favore del terzo beneficiario.

Tale operazione è possibile, ovviamente, soltanto quando l'onere è posto a vantaggio



di soggetti determinati ed è per questo che, nei casi in cui ciò non accade, non si applica né il citato d.lgs., art. 46, comma 3, in materia di successioni, né il citato d.lgs., art. 58, comma 1, in materia di donazioni. In questi casi, l'onere viene solo sottratto dal valore della disposizione testamentaria (citato d.lgs., art. 8, comma 1,) e della donazione (D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 49, conv. con modif. in L. n. 286 del 2006), senza poter essere conteggiato in favore di un destinatario non determinato.

11. Quanto appena illustrato non può non essere considerato, passando ad esaminare il regime impositivo del patto di famiglia.

Si è già evidenziato che alla causa di liberalità senza dubbio sussistente si affianca, senza snaturarla, l'adempimento di un obbligo, imposta dalla legge, scaturente dalla necessità di liquidare i legittimari non assegnatari, che, dal punto di vista degli effetti, e solo da questo punto di vista, si sostanzia in un peso gravante sull'attribuzione operata con il patto di famiglia, in tutto simile all'apposizione di un modus.

È evidente che nel patto di famiglia l'obbligo di liquidazione non ha fonte negoziale, ma legale, e che lo stesso non costituisce un elemento accidentale dell'attribuzione, ma un elemento necessario, imposto dalla legge.

Tuttavia, l'effetto giuridico è in tutto simile all'apposizione di un onere.

Secondo lo schema negoziale tipico del patto di famiglia, la liquidazione dei legittimari virtuali, imposta all'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni, riduce l'incremento patrimoniale arrecato a quest'ultimo e si risolve in autonomo incremento patrimoniale per i destinatari della liquidazione.

Anche se la liquidazione deve essere eseguita dal beneficiario del trasferimento dell'azienda o della partecipazione societaria, tuttavia, tali attribuzioni sono da lui eseguite a soddisfacimento degli altri legittimari per il solo fatto che egli ha ottenuto l'attribuzione dei beni dell'imprenditore e sul valore di tale attribuzione deve essere calcolata, e liquidata, la quota di legittima.

Come già affermato da questa Corte, anche per il patto di famiglia viene, pertanto, in considerazione il disposto del d.lgs. n. 346 del 1990, art. 58, secondo cui, come già evidenziato, "gli oneri da cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, si considerano donazioni a favore dei beneficiari" (Cass., Sez. 5, n. 32823 del 19/12/2018, su cui, però, v. infra).

Questa disposizione si attaglia perfettamente alla fattispecie di cui all'art. 768 quater c.c., stante la natura non corrispettiva dell'obbligo dell'assegnatario di procedere alla liquidazione in denaro (o, se concordato, in natura) dei legittimari non assegnatari, il quale costituisce, come già evidenziato, un peso, e cioè un onere, gravante sull'operata attribuzione dell'azienda o della partecipazione societaria.



Sul piano dell'imposizione, dunque, al patto di famiglia si applica la disciplina fiscale prevista per la donazione modale.

Adattando all'istituto in esame la disciplina sopra menzionata, deve ritenersi assoggettato all'imposta sulle donazioni non solo il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie operato dall'imprenditore in favore dell'assegnatario, ma anche la liquidazione del conguaglio *ex* art. 768 quater c.c., operato dall'assegnatario in favore dei legittimari non assegnatari.

12. Non è di ostacolo all'applicazione, nella specie, del citato d.lgs., art. 58 la circostanza che quest'ultimo si riferisca alle prestazioni attribuite "a soggetti terzi" (mentre i legittimari non assegnatari, come sopra evidenziato, devono necessariamente partecipare al contratto), dal momento che tale qualifica va riferita ai soggetti non destinatari degli effetti della donazione diretta (nei cui confronti sono considerati, appunto, terzi), e non alla necessaria estraneità dei medesimi dal contratto ed alla sua unitarietà di causa (così Cass., Sez. 5, n. 32823 del 19/12/2018).

13. Tale ricostruzione fornisce anche la risposta alla questione relativa all'individuazione delle aliquote d'imposta (con le eventuali franchigie) applicabili.

Solo in ciò discostandosi dal precedente più volte richiamato (Cass., Sez. 5, n. 32823 del 19/12/2018), questo Collegio ritiene che, una volta ricondotto il patto di famiglia alla disciplina fiscale dettata dal d.lgs. n. 346 del 1990, art. 58, comma 1, sopra illustrato, la liquidazione del conguaglio, anche se operata dall'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali, deve essere considerata, ai fini fiscali, come liberalità dell'imprenditore nei confronti dei legittimari non assegnatari.

In altre parole, proprio in virtù del richiamo al d.lgs. n. 346 del 1990, art. 58, comma 1, il patto di famiglia in cui il beneficiario del trasferimento di azienda o delle partecipazioni societarie liquidi il conguaglio agli altri legittimari, dal punto di vista impositivo, contiene più atti di liberalità dell'imprenditore, una a favore del beneficiario del trasferimento e le altre a favore degli altri legittimari non assegnatari.

Non è in discussione che la liquidazione sia eseguita dal beneficiario del trasferimento con denaro o beni propri (o che siano divenuti tali).

Ciò che rileva è che tale liquidazione, ai fini fiscali, in applicazione delle disposizioni richiamate, è considerata liberalità del disponente in favore del legittimario pretermesso.

Deve pertanto darsi applicazione al D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 49, conv. con modif. in L. n. 286 del 2006, nella parte in cui è stabilito che, se la donazione è fatta congiuntamente a favore di più soggetti o se in uno stesso atto sono compresi più atti di disposizione a favore di soggetti diversi, "l'imposta è determinata dall'applicazione delle seguenti aliquote... al valore delle quote dei beni o diritti attribuiti:



"a) a favore del coniuge e dei parenti in linea retta sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, Euro 1.000.000: 4 per cento;

a bis) a favore dei fratelli e delle sorelle sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, Euro 100.000: 6 per cento;

b) a favore degli altri parenti fino al quarto grado e degli affini in linea retta, nonché degli affini in linea collaterale fino al terzo grado: 6 per cento;

c) a favore di altri soggetti: 8 per cento".

In conclusione, nel patto di famiglia, una volta assoggettati all'imposta sulle donazioni sia il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie al beneficiario sia la liquidazione ai legittimari non assegnatari, occorre applicare l'aliquota e la franchigia relativa al legame di parentela (o di coniugio) con l'imprenditore non solo con riferimento al menzionato trasferimento, ma anche alla connessa liquidazione.

14. Tale ricostruzione risponde alle caratteristiche proprie del patto di famiglia, ove, come sopra illustrato, in deroga al divieto dei patti successori, vengono anticipati, con riguardo ai beni dell'impresa trasferiti, gli effetti dell'apertura della successione e della divisione tra legittimari: il beneficiario ottiene dall'imprenditore l'assegnazione dell'azienda o delle partecipazioni societarie e, con riferimento al valore di tali beni, corrisponde agli altri legittimari la quota di riserva a loro spettante.

15. Anche dal punto di vista tributario la soluzione interpretativa operata risponde all'effetto di anticipazione della successione e della divisione tra legittimari, sempre limitatamente ai beni dell'impresa oggetto del trasferimento operato con il patto di famiglia.

Alle medesime conclusioni, in termini fiscali, si perverrebbe, infatti, ove, supponendo che l'azienda o le partecipazioni societarie siano gli unici beni mai posseduti dall'imprenditore, quest'ultimo decidesse di disporne per testamento (eredità o legato) in favore di uno solo dei suoi discendenti, apponendo l'onere, gravante sull'erede o sul legatario, di liquidare gli altri legittimari.

In virtù del combinato disposto del d.lgs. n. 346 del 1990, art. 46, comma 3, e del D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 49, sopra illustrati, l'aliquota da applicare sarebbe sempre quella che attiene al rapporto tra l'imprenditore e i legittimari, sia per il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie e sia per la liquidazione del conguaglio.

Lo stesso risultato si otterrebbe se, in presenza degli stessi presupposti sopra indicati, l'imprenditore disponesse dei beni dell'impresa sopra menzionati in favore di uno solo dei discendenti e, poi, una volta aperta la successione, i legittimari stipulassero un accordo per reintegrare le quote di legittima, prevedendo la liquidazione di un conguaglio a



carico del beneficiario delle disposizioni testamentarie a favore dei legittimari pretermessi.

In applicazione del d.lgs. n. 346 del 1990, art. 43, infatti, "Nelle successioni testamentarie l'imposta si applica in base alle disposizioni contenute nel testamento...omissis... nonché agli eventuali accordi diretti a reintegrare i diritti dei legittimari, risultanti da atto pubblico o da scrittura privata autenticata .... omissis".

16. Occorre a questo punto esaminare gli effetti dell'esenzione prevista dal d.lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 *ter*, (aggiunto dalla L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 78) sulla disciplina fiscale del patto di famiglia.

Tale disposizione è stata introdotta in attuazione, in ambito tributario, della sopra descritta Raccomandazione della Commissione CE del 7 dicembre 1994, ove, in particolare all'art. 6, è stata evidenziata l'opportunità di "assicurare la sopravvivenza dell'impresa con un'adeguata disciplina fiscale della successione ereditaria e della donazione" e gli Stati membri sono stati invitati ad adottare una o più misure tendenti, tra l'altro, a "ridurre, purché l'attività dell'impresa prosegua in modo effettivo per un certo periodo minimo, i tributi sugli attivi strettamente legati all'esercizio dell'impresa in caso di trasferimento tramite donazione o successione ereditaria, in particolare le imposte di successione, di donazione e di registro ... omissis".

La norma colloca nell'ambito di operatività dell'imposta sulle successioni e donazioni i trasferimenti dell'azienda o di partecipazioni societarie a favore dei discendenti e del coniuge effettuati "anche tramite i patti di famiglia di cui all'art. 768 *bis* e ss c.c.", sancendone, a determinate condizioni, l'esenzione.

In particolare, la disposizione non assoggetta ad imposta i trasferimenti di aziende, di rami di esse, di quote sociali e di azioni in favore dei discendenti (ed anche del coniuge, a differenza del patto di famiglia) – con la precisazione che, in caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui al D.P.R. n. 917 del 1986, art. 73, comma 1, lett. a), il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 1, n. 1) – a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo societario per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, "rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso" (così letteralmente il citato d.lgs., art. 3, comma 4 *ter*).

Ovviamente, il mancato rispetto della menzionata condizione comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, oltre alle sanzioni e agli interessi.



Come sopra evidenziato, l'interesse del legislatore, è quello di prevedere, in presenza di determinati requisiti, una disciplina fiscale di favore per i trasferimenti di determinati beni, al fine di favorire il passaggio nella gestione dell'azienda tra i più stretti familiari dell'imprenditore.

Non importa che tali trasferimenti siano disposti per testamento, per donazione o per mezzo del patto di famiglia. Ciò che rileva, insieme ad altre condizioni, è che sia operato il menzionato trasferimento all'interno della famiglia.

Non è pertanto condivisibile l'opinione che costruisce intorno alla disposizione in esame la disciplina generale in materia fiscale del patto di famiglia.

Si tratta, al contrario, di una disciplina speciale di favore che, alla presenza di determinate condizioni, si applica a varie tipologie di atti, tutti altrimenti soggetti all'imposta sulle successioni e donazioni, tra cui anche il patto di famiglia, accumunati dall'avere ad oggetto il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie sopra descritte.

Con particolare riguardo al patto di famiglia, poi, nella norma in esame, nessun richiamo è fatto alle liquidazioni dei conguagli in favore dei legittimari non assegnatari.

Tali liquidazioni devono, pertanto, ritenersi escluse dall'esenzione, posto che la norma, come qualsiasi previsione agevolativa, non può che essere di stretta interpretazione, in quanto derogatoria rispetto al regime impositivo ordinario (cfr., con riferimento ad altre fattispecie, da ultimo Cass., Sez. 6-5, n. 21873 del 09/10/2020; Sez. 5, n. 7387 del 17/03/2020).

In sintesi, al patto di famiglia si applica la disciplina fiscale delle donazioni, sia per quanto riguarda il trasferimento dell'azienda sia per quanto riguarda le liquidazioni dei conguagli, tuttavia, ove sussistano i requisiti previsti del d.lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 *ter*, solo per il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie, opera l'esenzione ivi prevista.

Si tratta, si ribadisce, di una particolare disciplina di favore, voluta da legislatore, per favorire il passaggio della gestione dell'impresa all'interno della famiglia che, nei casi in cui non trova applicazione, lascia lo spazio alla disciplina fiscale ordinaria in materia di successioni e donazioni.

17. In conclusione, il secondo e il terzo motivo di ricorso devono pertanto essere accolti in applicazione dei seguenti principi:

"1) Il patto di famiglia di cui agli artt. 768 *bis* e ss. c.c., è assoggettato all'imposta sulle donazioni sia per quanto concerne il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie, operata dall'imprenditore in favore del discendente beneficiario, sia per quanto ri-



guarda la liquidazione della somma corrispondente alla quota di riserva, calcolata sul valore dei beni trasferiti, effettuata dal beneficiario in favore dei legittimari non assegnatari;

2) In materia di disciplina fiscale del patto di famiglia, alla liquidazione operata dal beneficiario del trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie in favore del legittimario non assegnatario, ai sensi dell'art. 768 *quater* c.c., è applicabile il disposto del d.lgs. n. 346 del 1990, art. 58, comma 1, intendendosi tale liquidazione, ai soli fini impositivi, donazione del disponente in favore del legittimarla non assegnatario, con conseguente attribuzione dell'aliquota e della franchigia previste con riferimento al corrispondente rapporto di parentela o di coniugio;

3) L'esenzione prevista dal d.lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 *ter*, si applica al patto di famiglia solo con riguardo al trasferimento dell'azienda e delle partecipazioni societarie in favore del discendente beneficiario, non anche alle liquidazioni operate da quest'ultimo in favore degli altri legittimari."

18. Nel caso di specie, in applicazione dei principi enunciati, la liquidazione della somma di denaro, operata, nel patto di famiglia, dal beneficiario del trasferimento della partecipazione nella Società Savini Due, figlio del disponente, in favore della legittimaria, anch'essa figlia del disponente ma non assegnataria di alcuna partecipazione in tale società, avrebbe dovuto essere assoggettata all'imposta sulle donazioni, tenendo in considerazione l'aliquota e la franchigia corrispondenti al rapporto padre-figlia, e non al rapporto fratello-sorella.

19. In conclusione, respinto il primo motivo di ricorsi), accolto il primo e il secondo, deve essere cassata la sentenza impugnata, nei limiti dei motivi accolti, con rinvio della causa alla CTR dell'Abruzzo, in diversa composizione, ai fini della determinazione dell'imposta dovuta da S.M., previa determinazione della base imponibile al netto della franchigia, tenendo in considerazione tutte le attribuzioni effettuate nel patto di famiglia in favore di quest'ultima (cfr. p. 4 della sentenza impugnata).

20. La CTR provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte:

accoglie il secondo e il terzo motivo di ricorso e, rigettato il primo, cassa la sentenza impugnata, nei limiti dei motivi accolti, con rinvio della causa, anche per le spese del presente grado di giudizio, alla CTR dell'Abruzzo in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della V Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 22 ottobre 2020.

JUS CIVILE



GIOVANNI PASSAGNOLI

Professore ordinario di Diritto civile – Università di Firenze

PATTO DI FAMIGLIA E LIQUIDAZIONE DEI NON ASSEGNATARI: NOTA A CASS. 24 DICEMBRE 2020, N. 29506

SOMMARIO: *1. La vicenda tributaria: l'esigenza di qualificazione civilistica della fattispecie. – 2. Il patto di famiglia secondo la Corte. – 3. La liquidazione del non assegnatario: il nuovo orientamento di legittimità. – 4. Postilla.*

1. – Con la sentenza 24 dicembre 2020, n. 29506 [1] la sezione tributaria della Corte di

[1] Cass., sez. trib., 24 dicembre 2020, n. 29506, in *Giust. civ. Mass.*, 2021; in *Corr. giur*., 2021, 7, 910 ss., con nota di I. RIVA, *Un auspicato revirement sul trattamento fiscale del patto di famiglia*; in *Not.*, 2021, 2, 211 ss., con nota di M. PETA, *Il nuovo orientamento della Cassazione in tema di trattamento fiscale del patto di famiglia*; in *Jus civile*, 2021 2, 584 ss., con nota di G. TANTILLO, *Sulla natura del patto di famiglia: breve rassegna di dottrina alla luce di un recente arresto della Cassazione*; in *Riv. giurisp. trib.*, 2021, 5, 419 ss., con nota di S. LOCONTE, *Ridefinito dalla Cassazione un nuovo trattamento fiscale per il patto di famiglia*. La vicenda origina da un avviso di rettifica e di liquidazione emesso dalla Agenzia delle Entrate in relazione a un patto di famiglia con il quale un imprenditore trasferisce a uno dei figli la partecipazione di controllo di una società di diritto rumeno, mentre quest'ultimo provvede a liquidare alla sorella la somma corrispondente al valore di quella partecipazione. L'Agenzia delle Entrate ritiene che al pagamento effettuato dal figlio assegnatario in favore della sorella si debba applicare l'aliquota del 6% prevista per le donazioni tra fratello e sorella, con la franchigia di 100.000 euro. A fronte del ricorso proposto dai contribuenti, che annulla l'avviso di liquidazione, l'Agenzia delle Entrate vede accolto l'appello da essa proposto davanti alla CTR dell'Abruzzo. Contro la sentenza della CTR i contribuenti propongono ricorso per Cassazione formulando tre motivi di impugnazione. Il primo motivo concerne un aspetto procedurale e, segnatamente, viene lamentato il vizio di ultrapetizione in quanto la CTR avrebbe mutato le circostanze di fatto alla base dell'avviso di liquidazione, nella parte in cui reputa che il pagamento effettuato dal beneficiario sia da qualificare come donazione indiretta. Con il secondo e il terzo motivo, i ricorrenti contestano la qualificazione della liquidazione del legittimario non assegnatario come una liberalità indiretta. A loro avviso, infatti, non sarebbe stata considerata «la causa unitaria del patto o comunque il collegamento funzionale tra le attribuzioni ivi effettuate»; tanto nell'idea che queste ultime «impongono un unico trattamento fiscale o, almeno, l'esclusione della qualificazione in termini di donazione della menzionata liquidazione, costituendo l'adempimento di un obbligo previsto dalla legge». La Corte di Cassazione reputa il primo motivo infondato, non ravvisando alcuna violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. Anche nel contenzioso tributario, infatti,



Cassazione torna a occuparsi di patto di famiglia, modificando il proprio precedente orientamento [2] circa la disciplina fiscale [3] della liquidazione della quota spettante al potenziale legittimario non assegnatario.

La Corte – che come vedremo accoglie la tesi dei contribuenti – incentra la propria motivazione proprio sulla qualificazione dell'istituto [4], che così trascende i limiti della fattispecie tributaria decisa ed assume rilevanza per il civilista.

---

l'applicazione del principio *iura novit curia* fa salva la possibilità, per il giudice, di dare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti. Inoltre, nella specie, non è possibile sostenere che la CTR avrebbe statuito considerando elementi di fatto non dedotti dalle parti, in quanto la CTR ha condiviso la tesi sostenuta dall'Agenzia delle Entrate, secondo la quale nei patti di famiglia le somme corrisposte dal beneficiario ai coeredi legittimari costituiscono donazioni indirette. Dunque, nessun nuovo elemento di fatto può dirsi introdotto dal giudice del gravame. La Corte di Cassazione accoglie, invece, gli altri due motivi di ricorso, reputando applicabile alla fattispecie in esame l'art. 58 del d.lgs. n. 346/1990, secondo cui «gli oneri da cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, si considerano donazioni a favore dei beneficiari». Ciò in considerazione della natura non corrispettiva dell'obbligo dell'assegnatario di procedere alla liquidazione in denaro dei legittimari non assegnatari: tale obbligo viene ricostruito, infatti, come un onere gravante sulla operata attribuzione dell'azienda o della partecipazione societaria. Conseguentemente, la Corte conclude per l'applicabilità al patto di famiglia della disciplina fiscale prevista per la donazione modale: in particolare, l'imposta sulla donazione trova attuazione sia per il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni operato dall'imprenditore a favore del discendente assegnatario, sia per la liquidazione del conguaglio di cui all'art. 768 *quater* cod. civ. operato dall'assegnatario a favore degli altri legittimari non assegnatari.

[2] Cass., sez. trib., 19 dicembre 2018, n. 32823, in *Giust. civ. Mass*., 2019; in *Giur. comm*., 2020, II, 1140 ss.; in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 474 ss.

[3] Per un approfondimento sui profili fiscali della disciplina del patto di famiglia si vedano: M. MANENTE, *I patti di famiglia. Profili fiscali del nuovo passaggio generazionale d'azienda,* in *Fisco*, 2006, 2951 ss.; M. BEGHIN, *La disciplina fiscale del patto di famiglia,* in *Nuove leggi civ. comm*., 2006, 107 ss.; G. GAFFURI, *Aspetti tributari del patto di famiglia,* in *Boll. trib*., 2006, 13, 1081 ss.; G. CIPOLLINI, *Profili fiscali del patto di famiglia*, in U. LA PORTA (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2007; D. STEVANATO, *L'agevolazione delle trasmissioni d'impresa nel tributo successorio,* in *Dialoghi dir. trib*., 2007, 587 ss.; G. BELTRAMELLI, *Aspetti fiscali del patto di famiglia,* in *Dir. prat. trib*., 2008, 529 ss.; M.V. CERNIGLIARO DINI, *Il trattamento fiscale del patto di famiglia*, *ivi*, 562 ss.; M. TRAVAGLIONE, *La disciplina tributaria dei patti di famiglia alla luce delle recenti modifiche normative*, *ivi,* 607 ss.; P. PURI, *Prime riflessioni sul trattamento fiscale del patto di famiglia,* in *Dir. prat. trib.*, 2008, 565 ss.; A. BENNI DE SENA, *Patto di famiglia e rilevanza fiscale dell'atto di liquidazione a favore dei legittimari non assegnatari,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 477 ss.

[4] Per tutti, in ampio arco temporale: G. OPPO, *Patto di famiglia e "diritti della famiglia",* in *Riv. dir. civ.*, 2006, 439 ss.; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia,* in *Giust. civ*., 2006, II, 220 ss.; C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strumentali e funzionali della fattispecie,* in *Not*., 2006, 297 ss.; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia",* in *Riv. not*., 2006, 432 ss.; F. TASSINARI, *Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari,* in *Giur. comm*., 2006, 5, 808 ss.; L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, II, 369 ss.; M.C. ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale,* in *Vita not*., 2006, 31 ss.; P. MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare,* in *Contr. e impr*., 2006, 539 ss.; S. LANDINI, *Il c.d. patto di famiglia: patto successorio o*



Questo, in estrema sintesi e per quanto qui rileva, il punto controverso: se – a fronte di un patto di famiglia, con il quale l'imprenditore trasferisca la partecipazione di controllo di una società a uno dei figli, il quale a sua volta provveda a liquidare ad altro figlio non assegnatario un importo corrispondente alla di lui potenziale quota di legittima – la liquidazione anzidetta debba esser trattata, per i suoi riflessi fiscali, come una liberalità tra fratelli [5], ovvero e più favorevolmente come una liberalità indiretta dello stesso disponente.

2. – La Corte di Cassazione tenta preliminarmente di mettere a fuoco la *ratio* della disciplina. Muove, così, dalla ricognizione del suo *excursus* storico [6] e dal substrato economico del passaggio generazionale nell'impresa [7]; e sottolinea – ma sono cose note –

---

liberalità?, in *Fam*., 2006, 839 ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato,* in *Riv. dir. civ*., 2007, II, 263 ss.; S. DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia,* in *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, 323 ss.; G. BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa,* in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 390 ss.; G. PALERMO, *Patto di famiglia*, Milano, 2009; M. IEVA, *Il patto di famiglia,* in *Trattato breve delle successioni e delle donazioni*, diretto da P. Rescigno, II, Padova, 2010, 327 ss.; G. VIDIRI, *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori,* in *Giust. civ*., 2010, 9, c. 1903; F. VOLPE, *Patto di famiglia,* in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, a cura di F.D. Busnelli, *Artt. 768* bis-*768* octies, Milano, 2012; P. MATERA, *Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato*, Torino, 2012, 29 ss.; I. RIVA, *Patto di famiglia (Artt. 768* bis-*768* octies*),* in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova., Bologna, 2021.

[5] Questo, appunto, il precedente orientamento della Corte (Cass., sez. trib., 19 dicembre 2018, n. 32823, cit.): "Il patto di famiglia di cui agli artt. 768 *bis* cod. civ. ss. è assoggettato all'imposta sulle donazioni per quanto concerne sia il trasferimento dell'azienda o della partecipazione dal disponente al discendente (fatto salvo il ricorso delle condizioni di esenzione di cui al d.lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 *ter*), sia la corresponsione di somma compensativa della quota di legittima dall'assegnatario dell'azienda o della partecipazione ai legittimari non assegnatari; – quest'ultima corresponsione è assoggettata ad imposta in base all'aliquota ed alla franchigia relative non al rapporto tra disponente ed assegnatario, e nemmeno a quello tra disponente e legittimario, bensì a quello tra assegnatario e legittimario".

[6] Ricorda la Corte in qual modo il patto di famiglia sia stato introdotto all'interno del codice civile (artt. 768 *bis* ss. cod. civ.) con la l. n. 55/2006, che ha recepito la Raccomandazione n. 94/1069/CE, del 7 dicembre 1994: con essa gli Stati membri, in cui vigeva ancora il divieto di patti successori (Italia, Francia, Belgio, Portogallo, Spagna, Lussemburgo), venivano invitati ad abrogarlo o a ridurne l'ambito di operatività; con l'obiettivo di rafforzare la tutela del patrimonio aziendale in occasione del passaggio generazionale dell'impresa.

[7] G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa,* in *Riv. dir. civ.,* 1977, 366 ss.; P. SCHLESINGER, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria,* in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995; G. TONON, *L'azienda da una generazione all'altra. Padri e figli a confronto. Una sfida tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 1996; E. CALÒ, *Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?,* in *Nuova giur. civ. comm*., 1997, II, 220 ss.; A. BUCELLI-G. GALLI, *La successione generazionale nell'impresa,* in *Studi in onore*



l'acuirsi dell'attenzione, specie delle istituzioni europee, per la rimozione dei vincoli, ancora diffusamente operanti negli Stati membri, con riferimento ai patti successori [8].

Il patto di famiglia, secondo la Corte, pur non abrogando il divieto di questi ultimi, vi apporta una deroga esplicita; sì da consentire all'imprenditore di operare una sorta di successione anticipata nell'impresa [9], purché ciò avvenga con l'accordo di tutti coloro

---

di Pietro Schlesinger, IV, Milano, 2004, 2379 ss.; P. PISCITELLO, *Passaggi generazionali e gestione dell'impresa nelle società di persone,* in *Riv. dir. soc.*, 2004, 36 ss.; N. CANESSA, *Family governance. La continuità d'impresa. Il passaggio generazionale,* Milano, 2006; A. DELL'ATTI, *Il passaggio generazionale nelle imprese familiari*, Bari, 2007; L. SALVATORE, *Il trapasso generazionale nell'impresa tra patto di famiglia e trust,* in *Not*., 2007, 553 ss.; L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2009; C. VALLONE, *Il passaggio generazionale nel family business e i fattori strategici di successo per la continuità aziendale. Analisi comparata tra Italia e Gran Bretagna*, Milano, 2009; AA.VV., *Imprese a base familiare. Strumenti di successione, I quaderni di Persona e mercato*, a cura di A. Bucelli-R. Bencini, 2015; M. GIULIANO, *Diritti successori, beni d'impresa e passaggio generazionale,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 929 ss.

[8] Sul rapporto tra divieto di patti successori e successione di impresa si vedano: V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori,* in *Riv. dir. priv.*, 1997, 5 ss.; M. IEVA, *Il trasferimento di beni produttivi in funzione successoria,* in *Riv. not.*, 1997, 6, 1371 ss.; ID., *Il profilo giuridico della trasmissione dell'attività imprenditoriale in funzione successoria: i limiti all'autonomia privata e le prospettive di riforma,* in *Riv. not*., 2000, 2343 ss.; C. CACCAVALE-F. TASSINARI, *Il divieto di patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma,* in *Riv. dir. priv*., 1997, 94 ss.; E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma,* in *Riv. not.*, 2001, 625 ss.; G. AMADIO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa,* in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2006; A. BOLANO, *I patti successori e l'impresa alla luce di una recente proposta di legge,* in *Contr*., 2006, 1, 90 ss.; G. FIETTA, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Prime osservazioni sul patto di famiglia,* in *Patti di famiglia per l'impresa,* in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2005, 88 ss.; B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Torino, 2006; A. MERLO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del patto di famiglia*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa,* in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2006, 100 ss.; A. RESTUCCIA, *Divieto dei patti successori, successione nell'impresa e tutela dei legittimari: esigenze di protezione a confronto*, in U. LA PORTA (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2007; C. MAZZÙ, *Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legittimari,* in *Not.*, 2008, 419 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?,* in *Not*., 2008, 434 ss.

[9] Già nella sentenza n. 32823/2018 la Corte di Cassazione aveva affermato il carattere anticipatorio della successione: tale carattere «risulta particolarmente evidente nella disciplina dell'art. 768 *quater*, là dove stabilisce che quanto ricevuto dai legittimari non assegnatari venga appunto imputato "alle quote di legittima loro spettanti"; e che, a garanzia della definitività e stabilità dell'assegnazione anticipata, quanto da costoro così ricevuto non sia suscettibile né di collazione né di riduzione» (così Cass., 19 dicembre 2018, n. 23823, cit.). Sulla c.d. successione anticipata: G. AMADIO, *Anticipata successione e tutela dei legittimari, in Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, 653 ss.; A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia),* in *Riv. dir. civ.*, 2007, 290 ss.; ID., *L'emersione della categoria della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia),* in *Riv. dir. civ*., 2007, 287 ss., a parere del quale: «Sul piano causale, il patto di famiglia realizza un trasferimento in funzione successoria avente struttura divisionale, ciò che giustifica la collocazione topografica nel codice»; L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008, secondo il quale, il



che, in caso di apertura della successione al momento della stipula del patto, assumerebbero la qualifica di legittimari.

Dal punto di vista funzionale, il patto di famiglia realizzerebbe *"da un lato, [...] una liberalità nei confronti del discendente assegnatario e, da un altro lato, [...] una funzione solutoria, per quanto attiene alla liquidazione della quota dei legittimari non destinatari dell'assegnazione, anticipando gli effetti non solo dell'apertura della successione, ma anche della divisione tra legittimari"* [10]. Alla base del patto, dunque, non vi sarebbe la sola l'esigenza di tutela dell'interesse a favorire il passaggio generazionale dell'impresa, ma anche ulteriori interessi rilevanti: quello dell'imprenditore a rendere stabile l'attribuzione operata a favore del beneficiario, mediante la liquidazione del conguaglio agli altri legittimari non assegnatari; quello di questi ultimi a ottenere da subito la liquidazione della quota di potenziale riserva sul valore di tale attribuzione.

Una *ratio* composita pertanto, nella quale l'interesse *generale* a favorire la continuità dell'attività d'impresa si coniuga a quelli *particolari* anzidetti.

Siffatta *ratio* giustifica la deroga al divieto dei patti successori e appare coerente col limitato ambito soggettivo del contratto, quindi che destinatari dell'attribuzione dei beni d'impresa possano essere solo i discendenti, con esclusione del coniuge e degli ascendenti. Riflessamente coerenti risultano a tal punto le regole poste per i legittimari non assegnatari: da un lato, il loro consenso è essenziale, dall'altro, essi maturano un diritto di credito, nei confronti dell'assegnatario, che salvo dilazioni concordate è immediatamente esigibile [11].

Su queste premesse la Corte prende posizione rispetto alla dibattuta natura giuridica dell'istituto.

Ricorda, così, l'orientamento che vi scorge un contratto a favore di terzo [12]: lo stipu-

---

patto di famiglia costituisce «un patto successorio anticipatorio, eccezionalmente ammesso per scongiurare relativamente ai beni produttivi il rischio di crisi normalmente collegato al naturale momento successorio *mortis causa*»; E. MOSCATI, *Il patto di famiglia,* in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, II, *Successioni, Donazioni, Beni,* I, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, 368; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, 1453 ss.

[10] Così, Cass. n. 29506/2020, cit., in motivazione, § 7.

[11] Con la precisazione che la somma spettante ai non assegnatari non soddisfa l'intera legittima, ma solo la porzione di essa che a ciascun legittimario spetterebbe sul singolo bene o sul complesso di beni oggetto di trasferimento col patto di famiglia, fermo restando che quanto ricevuto da tali legittimari non è soggetto a collazione o riduzione. Una volta aperta la successione, nei rapporti tra i legittimari, i beni trasferiti con il patto di famiglia non entrano a far parte del *relictum*, né vengono considerati ai fini della ricostruzione del *donatum*.

[12] Cfr. U. LA PORTA (a cura di), *Il patto di famiglia*, cit.; M.C. ANDREINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale,* in *Vita not*., 2006, 39 ss.



lante sarebbe l'imprenditore, interessato alla prosecuzione dell'impresa, promittente sarebbe il legittimario assegnatario e terzi sarebbero i virtuali legittimari non assegnatari [13].

Menziona, ancora, la Corte la tesi di quanti valorizzano la funzione divisionale [14] del contratto. Con esso si realizzerebbe un'assegnazione del patrimonio produttivo dell'imprenditore a un solo discendente, ma al contempo si soddisferebbero le aspettative divisorie degli altri potenziali legittimari con denaro o altri beni. Tuttavia, come la stessa Corte rileva ed è stato osservato [15], non pare che l'intento primario del disponente sia quello di realizzare una divisione tra i legittimari, bensì quello di assegnare l'azienda o le partecipazioni a uno di essi. Tanto che, per alcuni, sarebbe vano tentare di ricondurre l'istituto in esame a figure già tipizzate dal legislatore, dovendosi piuttosto considerare il patto di famiglia come un contratto del tutto nuovo, con causa legale tipica e complessa, derogatorio del divieto dei patti successori [16].

La Corte, pur con qualche ambiguità lessicale, si schiera con quell'ampia parte della dottrina che qualifica il patto di famiglia come una ipotesi di donazione speciale: benché la legge non rechi alcun riferimento esplicito alla donazione, la natura donativa del patto di famiglia trarrebbe sostegno da due principali argomenti. Per un verso, vi sarebbe l'assunto logico-sistematico che la testuale esclusione da collazione e riduzione di quanto ricevuto dai contraenti (art. 768 *quater*, comma 4, cod. civ.) abbia senso solo se la fattispecie integri una liberalità. Per altro verso, la natura donativa riposerebbe sugli effetti

---

[13] La tesi in esame è criticata da quanti osservano che la liquidazione a favore dei legittimari non assegnatari non rappresenta un effetto esclusivamente favorevole, ma comporta la trasformazione del diritto di legittima e la perdita del diritto alla collazione e all'azione di riduzione: cfr. G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale,* in *Vita not.*, 2006, 868 e, *ivi*, nota 3; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., 222; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi,* in *Rass. dir. civ.*, 2008, 188 ss.; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, 189 ss.

[14] Cfr. G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., 867 ss.; ID., *Profili funzionali del patto di famiglia,* in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, 356 ss.; B. INZITARI, *Il patto di famiglia. Negozialità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Torino, 2006, 71 ss.; A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, cit., 290 ss.

[15] Cfr. F. TASSINARI, *Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari,* in *Giur. comm.*, 2006, I, 826 ss.; N. DI MAURO, sub *Art. 768 bis*, in E. MINERVINI-V. VERDICCHIO (a cura di), *Il patto di famiglia,* in *Commentario alla Legge 14 febbraio 2006, n. 55,* Milano, 2006, 54 ss.

[16] Cfr. G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., 440, secondo il quale occorre «rinunciare ad "incasellare" il patto di famiglia in uno degli schemi tipici preesistenti alla novella: semplicemente si tratta di un ulteriore contratto, avente una sua funzione tipica di natura complessa, irriducibile a quella dei tipi contrattuali precedentemente disciplinati dal codice civile»: P. PERLINGIERI-G. RECINTO, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, 942 ss.; M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa,* in *Riv. not.*, 2007, I, p.14 ss.



del patto: l'arricchimento dell'assegnatario, a fronte dell'impoverimento del disponente, *nullo iure cogente*.

3. – Giunta a tanto, la Cassazione riconsidera il proprio ricordato orientamento del 2018 – che, del resto aveva suscitato ampie perplessità in dottrina [17] – circa la qualificazione della liquidazione dei legittimari non assegnatari disposta dall'art. 768 *quater*, comma 2, cod. civ.

In quel precedente – il primo, a quanto consta, nel quale la Cassazione si è soffermata sul regime fiscale del patto di famiglia – la Corte aveva affermata la natura donativa tanto del trasferimento dal disponente al discendente assegnatario [18], quanto della liquidazione da parte di quest'ultimo ai legittimari non assegnatari. Essa aveva, tuttavia, reputato che quest'ultima attribuzione fosse assoggettata ad imposta in base all'aliquota ed alla franchigia relative non al rapporto tra disponente ed assegnatario, e nemmeno a quello tra disponente e legittimario, bensì a quello tra assegnatario e legittimario.

Come se si trattasse, appunto, di una donazione tra fratelli.

La Cassazione riconsidera ora questo aspetto ed opta per la insussistenza di qualsivoglia *animus donandi* in capo all'assegnatario. Questi, evidentemente, è obbligato *ex lege* alla liquidazione dei non assegnatari, che non vi rinunzino in tutto o in parte.

Né la sussistenza di un tale obbligo contraddice la unitaria funzione donativa del patto di famiglia: si tratterebbe pur sempre di donazione, per quanto modale [19].

Certo – è la stessa Cassazione a prospettarsi l'obiezione – mentre il *modus* è elemento accidentale del negozio, l'obbligo liquidatorio nel patto di famiglia costituisce un effetto legale tipico, essenziale per la qualificazione della fattispecie [20]. Sicché l'assimilazione alla

---

[17] Cass., sez. trib., 19 dicembre 2018, n. 32823, cit.

[18] Cui pertanto si applicherebbe astrattamente l'imposta sulle donazioni, salva l'esenzione di cui all'art. 3, comma 4 *ter*, d.lgs. n. 346/1990, al ricorrere delle condizioni di legge, con l'obiettivo di facilitare il passaggio generazionale delle piccole e medie imprese.

[19] C. CACCAVALE, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati: appunti per uno studio sul patto di famiglia,* in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2006, 2/3, 32 ss.; A. MERLO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del patto di famiglia*, cit., 106 ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato,* in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 263 ss.

[20] Cfr. G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., 442, il quale esclude la qualificazione del patto di famiglia come una donazione modale in quanto «l'eventuale obbligazione dell'assegnatario rappresenta "elemento necessario della fattispecie" ai fini della sua "qualificazione" (mentre il *modus* donativo è sempre un elemento puramente accidentale, la cui presenza non è necessaria ai fini della



donazione modale potrebbe operarsi solo dal punto di vista delle conseguenze giuridiche, non anche da quello genetico, giacché il *modus* non avrebbe qui fonte negoziale, né carattere accidentale, come invece può dirsi nella donazione modale *ex* art. 793 cod. civ.

E, tuttavia, secondo la Corte, "*la necessità che il beneficiario liquidi ai legittimari non assegnatari la quota di riserva non snatura il carattere liberale del trasferimento a lui fatto dall'imprenditore. Tuttavia, per il tramite di tale liquidazione, viene dato spazio alla tutela di interessi ulteriori rispetto a quelli legati al mero passaggio generazionale dell'impresa, anch'essi ritenuti rilevanti dal legislatore, quale è quello dello stesso imprenditore di rendere stabile l'attribuzione operata*".

Vi sarebbe, quindi, una operazione negoziale complessa, caratterizzata da una innegabile causa di liberalità, ma connotata al contempo dalla necessaria – per quanto dispensabile dall'avente diritto – presenza del conguaglio in denaro a favore degli altri legittimari non assegnatari [21].

Ciò consentirebbe di equiparare il patto di famiglia alla liberalità gravata da un onere, almeno *quoad effectum*.

Appare così alla Corte – ed a chi scrive – che sia coerente col sistema e con la *ratio* dell'istituto scorgere nell'unitaria operazione anche una liberalità indiretta, attuata dal disponente verso il non assegnatario, onerando l'assegnatario della relativa prestazione [22].

---

qualificazione del negozio giuridico». Nello stesso senso: G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, 412-413, che respinge la tesi della donazione modale argomentando «non solo e non tanto dal fatto che l'adempimento dell'onere sia contestuale alla conclusione del contratto (ciò che potrebbe spiegarsi in base al fatto che gli stessi beneficiari del modo sono presenti in atto), quanto dalla considerazione che, se i legittimari non rinunciano in tutto o in parte ai loro diritti, la liquidazione della quota di costoro è elemento costitutivo *ad validitatem* (e non già meramente accidentale) del patto: ciò che appare evidentemente incompatibile con il concetto di modo»; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, cit., 123: «il modo della donazione è elemento accidentale dipendente dalla volontà dei contraenti, mentre nel patto di famiglia l'obbligo della liquidazione a carico dell'assegnatario o degli assegnatari è un effetto tipico imposto dalla legge (effetto legale; art. *ex* art. 768 *quater*, comma 2, cod. civ.)».

[21] Proprio la presenza dell'obbligo legale di effettuare il conguaglio in favore dei potenziali legittimari, come è stato notato, finirebbe così col far assumere alla fattispecie i tratti del *negotium mixtum cum donationem.* Cfr., E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, cit., 635 ss.; M.C. LUPETTI, *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in *C.N.N. Notizie*, 14 febbraio 2006; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., 52 ss. Altri osserva che "la necessaria presenza di un fine di liquidazione dei legittimari – salva la facoltà di rinuncia da parte di questi ultimi – qualifica causalmente il contratto come patto di famiglia" (G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., 440).

[22] Tale impostazione trova, peraltro, autorevole riscontro in dottrina. Cfr. G. RIZZI, *Compatibilità con le disposizioni in tema di impresa familiare e con le differenti tipologie societari*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, 245 ss.; U. LA PORTA (a cura di), *Il patto di* famiglia, cit., 7 ss.; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, cit., 156 ss.; G. COLLU-



Immediato, a tal punto, il riflesso fiscale della qualificazione civilistica, con riferimento alla fattispecie prevista dall'art. 58, comma 1, d.lgs. n. 346/1990, secondo cui: *«gli oneri da cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, si considerano donazioni a favore dei beneficiari»* [23]. In tal modo, l'attribuzione effettuata dal legittimario assegnatario a favore degli altri assegnatari, lungi dal poter essere considerata come una donazione del primo a favore questi ultimi, costituisce, appunto, una liberalità indiretta del disponente [24]. Da ciò, il più favorevole trattamento sul piano tributario enunciato dalla Corte.

4. – La Corte tenta dunque di accrescere l'*appeal* tributario dell'istituto, lungamente negletto nella prassi, benché potenzialmente assai rilevante per la regolazione della successione d'impresa.

In tale prospettiva, va pur detto che, per quanto la Corte non vi fosse sollecitata dalla fattispecie concreta, essa avrebbe potuto cogliere l'occasione – la ricognizione della *ratio* gliene avrebbe offerta la sede – per tentare almeno *obiter* una sistemazione dei connessi gravi problemi che la formulazione dell'art. 768 *quater* pone all'interprete e da sempre ostano al diffuso impiego del patto.

Primo fra tutti, quello della rinunzia, totale o parziale, alla liquidazione della potenziale quota di legittima. Atto dispositivo [25], reso possibile dall'art. 768 *quater,* comma 2, cod. civ. e, e nella prassi spesso necessario per due concorrenti ragioni.

RA, *Patto di famiglia e compatibilità con l'impresa familiare,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, 2, 104 ss.

[23] Secondo la sentenza in esame, «non pare ostativa all'applicazione nella specie dell'art. 58 in esame la circostanza che quest'ultimo si riferisca alle prestazioni attribuite a soggetti "terzi" (quali di regola non sono, per le indicate ragioni di necessaria partecipazione al contratto, i legittimari non assegnatari), dal momento che tale qualifica va nella norma fiscale riferita ai soggetti non destinatari degli effetti della donazione diretta (nei cui confronti sono considerati, appunto, terzi), e non alla necessaria estraneità dei medesimi al contratto ed alla sua unitarietà di causa».

[24] In tal senso, v. già S. GHINASSI, *La Suprema Corte interviene sulla tassazione del patto di famiglia,* in *Riv. dir. trib*., 10 gennaio 2019; A. FEDELE, *La Cassazione e il patto di famiglia,* in *Riv. dir. trib*., 22 gennaio 2019; I. RIVA, *Patto di famiglia (Artt. 768* bis*-768* octies*),* cit., 173-174: «L'atto è a titolo gratuito e integra, piuttosto, una liberalità successoria indiretta eseguita dal disponente in conto di legittima per il tramite dell'assegnatario, imponendo cioè a quest'ultimo un'obbligazione di dare. Non può pertanto condividersi la recente presa di posizione della sezione tributaria della Corte di Cassazione la quale, ai fini dell'imposizione fiscale, ha qualificato l'attribuzione quale atto liberale dell'assegnatario a favore del legittimario (con conseguente applicazione, nel caso di specie, delle aliquote per le donazioni tra fratelli), trattandosi di una lettura che non coglie il significato reale dell'operazione giuridico patrimoniale posta in essere».

[25] Una tal rinunzia è gravida, specie tra collaterali, di futuri riflessi successori, nella misura in cui essa possa apprezzarsi quale liberalità indiretta da parte del non assegnatario rinunziante. Per una riflessione sul



Ovvero, da un lato, la normale mancanza, nel patrimonio dell'assegnatario, di mezzi adeguati per far luogo alla liquidazione medesima. Dall'altro, la pressoché totale incertezza, sul piano interpretativo, circa le conseguenze della liquidazione diretta del non assegnatario, da parte del disponente, mediante l'attribuzione di beni diversi dall'azienda o dalle partecipazioni.

Ma questo è, evidentemente, un altro capitolo.

---

tema v.: L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, Milano, 2000, 335 ss.; G. FIETTA, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Prime osservazioni sul patto di famiglia,* cit., 88 ss.; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia",* cit.; P. MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare,* cit., 539 ss.; G. BARALIS, *Attribuzioni ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali*, in *Atti del Convegno della Fondazione Italiana del Notariato sul tema Patti di famiglia per l'impresa,* Milano, 2006; C. CACCAVALE, *Il patto di famiglia, Contratto e successioni*, in AA.VV., *Trattato del contrat*to, a cura di V. Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 563 ss.; A. MERLO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del patto di famiglia*, cit., 100 ss.



CASS. CIV., SEZ. UN., 18 SETTEMBRE 2020, N. 19597

La disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso.

La mancata indicazione dell'interesse di mora nell'ambito del T.e.g.m. non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo ed unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché "fuori mercato", donde la formula: "T.e.g.m., più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto".

Ove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista.

Si applica l'art. 1815 cod. civ., comma 2, onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'art. 1224 cod. civ., comma 1, con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti.

Anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia al momento dell'accordo; una volta verificatosi l'inadempimento ed il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento.

Nei contratti conclusi con un consumatore, concorre la tutela prevista dagli artt. 33, comma 2, lett. *f* e 36, comma 1, cod. cons., già artt. 1469 *bis* e 1469 *quinquies* cod. civ.

L'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., si atteggia nel senso che, da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il



tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento; dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto

...Omissis...

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. – I motivi. Il ricorso propone dieci motivi d'impugnazione, che possono essere come di seguito riassunti:

1) violazione dell'art. 112 c.p.c., avendo la sentenza impugnata – confermata la riqualificazione della decadenza dal beneficio del termine come risoluzione del contratto e reputata non dovuta la quota d'interessi compresa nelle rate insolute – omesso di pronunciare in ordine al motivo d'impugnazione, con cui era stata contestata l'efficacia retroattiva della risoluzione, affermata dalla sentenza di primo grado, posto che, nei contratti di durata quale il mutuo, la risoluzione non opera retroattivamente e non travolge le rate già scadute, le quali devono, pertanto, essere pagate per intero, ivi compresa la quota di interessi in esse inclusa;

2) violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, art. 156 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c., ove il vizio dedotto nel precedente motivo sia meglio così individuabile, in quanto la sentenza impugnata, nell'escludere l'obbligo di pagare per intero le rate scadute in conseguenza della risoluzione del contratto, non ha motivato affatto, avendo accennato alla questione unicamente nella parte in cui ha riconosciuto l'obbligo di corrispondere il solo capitale residuo alla data dell'ultimo pagamento;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 1458 cod. civ., ove si reputi che la decorrenza della risoluzione *ex tunc* sia stata implicitamente affermata, posto che allora la sentenza impugnata si porrebbe in contrasto con la predetta disposizione, non avendo considerato che il contratto di finanziamento con rimborso rateale è riconducibile al *genus* del mutuo, configurandosi pertanto come un contratto di durata, con la conseguenza che le rate scadute e non pagate alla data della risoluzione non restano travolte, ma vanno corrisposte nella loro interezza, ivi compresa la quota d'interessi corrispettivi inclusa nelle stesse;

4) violazione o falsa applicazione dell'art. 1815 c.c., art. 644 c.p., L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, art. 1 convertito dalla L. 28 febbraio 2001, n.



24, e del D.M. n. 22 marzo 2002, avendo la sentenza impugnata esteso agli interessi moratori l'applicabilità della disciplina antiusura: al contrario, essi hanno pacificamente la funzione di risarcire il danno derivante dal ritardo nell'adempimento, sono funzionali all'ordine pubblico economico ed hanno il ruolo di deterrente rispetto all'inadempimento, trovando la loro disciplina nell'art. 1224 c.c., il quale non è stato modificato dalla normativa antiusura e dispone che essi siano comunque dovuti nella misura legale, ma possano anche essere determinati dalle parti, con pattuizione riconducibile alla clausola penale, quindi suscettibile di riduzione ai sensi dell'art. 1384 c.c.; invece, sia l'art. 1815 c.c., sia l'art. 644 c.p. hanno ad oggetto i soli interessi promessi in corrispettivo, con disciplina che non è stata modificata dal D.L. n. 394 del 2000, convertito dalla L. n. 24 del 2001, il quale, nel dichiarare usurari gli interessi dovuti a qualunque titolo se convenuti in misura superiore al tasso soglia, non ha mutato l'ambito applicativo dell'art. 1815 c.c. e art. 644 c.p., avendo natura meramente interpretativa; il contrario orientamento della giurisprudenza di legittimità trae origine da un obiter dictum contenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2002, non avente carattere vincolante, in quanto riguardante esclusivamente l'ammissibilità della questione dalla stessa esaminata; osserva, inoltre, che solo a seguito della predetta pronuncia ha avuto inizio la rilevazione dei tassi medi degli interessi moratori, la quale, come precisato dal D.M. n. 25 marzo 2003, è stata effettuata a fini meramente conoscitivi, e si è comunque arrestata al 2002; in definitiva, la pattuizione di interessi moratori in misura superiore al tasso soglia non comporta la nullità della relativa clausola e l'esclusione dell'obbligo di corrispondere qualsiasi interesse, ma solo l'inefficacia di essa, ai sensi degli artt. 1469 *bis* e 1469-quinquies c.c., o la possibilità di chiedere la riduzione, ai sensi dell'art. 1384 c.c.;

5) in via subordinata, violazione o la falsa applicazione dell'art. 14 preleggi, della L. n. 108 del 1996, art. 2 e del D.M. 22 marzo 2002, avendo la sentenza impugnata, nel ritenere applicabile la disciplina antiusura, omesso di rilevare che il contratto di finanziamento posto a fondamento della domanda è stato stipulato nel 2002, in epoca anteriore all'emanazione del D.M. 25 marzo 2003, che per primo ha proceduto alla rilevazione del tasso medio degli interessi moratori; essa non ha considerato che l'art. 1815 c.c. e l'art. 644 c.p. hanno natura di norme in bianco, demandando la determinazione del tasso soglia ad altre disposizioni, e segnatamente ai decreti ministeriali previsti dalla L. n. 108 del 1996, art. 2 che non si applicano agli interessi pattuiti in epoca anteriore alla loro emanazione, poiché la disciplina antiusura non ha efficacia retroattiva;

6) violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, art. 156 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c., avendo la sentenza impugnata ritenuto che gli interessi richiesti sulla somma do-



vuta nella misura del 17,57% siano superiori ad un ipotetico tasso soglia riferito agli interessi moratori, senza affatto spiegarne le ragioni;

7) violazione dell'art. 112 c.p.c., ove il vizio appena esposto integri, invece, omessa pronuncia;

8) violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, art. 156 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c., perché, nel ritenere d'ufficio l'inefficacia degli interessi, in quanto oggetto di una ravvisata clausola vessatoria, ha omesso del tutto di motivare al riguardo; del pari, nulla ha argomentato circa la diminuzione dei medesimi, operata dalla stessa banca, alla misura del 17,57%, in linea con il tasso corrispettivo all'epoca consentito dal D.M. 22 marzo 2002; né, infine, ha esposto alcunché in ordine all'eventuale applicabilità degli interessi legali; nemmeno la corte territoriale, nel confermare il carattere vessatorio della clausola contrattuale che stabilisce il tasso degli interessi moratori, in virtù della mancata dimostrazione che la stessa costituisca il frutto di una specifica trattativa, ha considerato che essa ricorrente non aveva l'onere di proporre impugnazione al riguardo, dal momento che la sentenza di primo grado aveva ritenuto assorbita la questione, in conseguenza della dichiarazione di nullità della clausola per effetto del superamento del tasso soglia;

9) violazione dell'art. 101 c.p.c., perché, nel dichiarare l'inefficacia della clausola che stabiliva il tasso degli interessi moratori, in quanto vessatoria, la corte territoriale ha rilevato d'ufficio la relativa questione, non riproposta da controparte con l'atto di appello, omettendo d'invitare le parti a dedurre sul punto e di assegnare alle stesse un termine per il deposito di memorie;

10) violazione o falsa applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1, art. 1469 *bis* c.c., comma 3, n. 6, art. 1469-quinquies c.c. e art. 1815 c.c., comma 2, posto che, a seguito dell'accertamento del carattere vessatorio della clausola che stabiliva il tasso degli interessi moratori, la sentenza impugnata non si è limitata a dichiararne l'inefficacia, donde la conseguente applicazione del tasso degli interessi corrispettivi stabilito nel contratto, ma ne ha dichiarato la nullità ai sensi dell'art. 1815 c.c., comma 2.

2. – Ammissibilità della produzione documentale di parte ricorrente. Come già rilevato dalla ordinanza interlocutoria, non ha pregio l'eccezione d'inammissibilità della documentazione depositata unitamente al ricorso, per contrasto con l'art. 372 c.p.c., trattandosi di documenti atti a comprovare la retrocessione del credito azionato in giudizio (Cass. 21 giugno 2017, n. 15414; Cass. 11 dicembre 2013, n. 27762) e delle istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai fini della legge sull'usura, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del 23 agosto 2001 (le quali, sebbene meri



atti amministrativi, sono depositate ai fini del rilievo della mancata indicazione degli interessi moratori).

Gli stessi argomenti possono estendersi alla documentazione prodotta dalla ricorrente in una con l'atto di integrazione del contraddittorio nei confronti di Banca … s.p.a., richiesto dalla Corte.

3. – Legittimazione attiva al ricorso. Del pari, vanno condivisi i rilievi contenuti nella ordinanza di rimessione circa la legittimazione al ricorso della … Bank s.p.a., atteso che, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., il processo è proseguito nei gradi di merito anche nei confronti della cedente, non essendone stata disposta l'estromissione ai sensi della norma menzionata, onde (anche indipendentemente dalla retrocessione del credito) alla ricorrente va riconosciuta, già nella qualità di dante causa e parte originaria, la legittimazione ad impugnare la sentenza.

4. – Le questioni. La sentenza impugnata fonda la decisione su di una duplice *ratio decidendi*: da un lato, la vessatorietà delle clausole sugli interessi moratori, ai sensi degli artt. 1469 *bis* ss. c.c., con l'affermata inefficacia delle stesse e la non debenza di nessun interesse, né corrispettivo né moratorio ("può dunque legittimamente esigere dalla P. il solo capitale residuo, individuato alla data dell'ultimo pagamento da lei effettuato, nell'(OMISSIS)": p. 8 della sentenza); dall'altro lato, l'usurarietà di tali interessi per superamento del tasso-soglia, con la, del pari ritenuta, nullità del patto sugli interessi di mora, ai sensi dell'art. 1815 c.c., comma 2.

Entrambe vengono censurate dai motivi proposti.

Secondo un ordine logico-giuridico, le questioni poste dal ricorso sono le seguenti:

A) disciplina antiusura ed interessi moratori (motivi da 1 a 7): la questione, che ha motivato la rimessione alla Sezioni unite, consiste nel valutare se la disciplina prevista dall'ordinamento con riguardo agli interessi usurari (art. 1815 c.c. e art. 644 c.p., nonché L. n. 108 del 1996, art. 2, D.L. n. 394 del 2000, convertito dalla L. n. 24 del 2001, e relativi decreti ministeriali, nella specie D.M. 22 marzo 2002) sia estensibile agli interessi moratori; vengono, inoltre, proposte questioni specifiche, concernenti il fatto che il D.M. 22 marzo 2002 non conteneva la rilevazione del tasso medio degli interessi moratori, e la mancata enunciazione, da parte della corte territoriale, delle ragioni del giudizio sulla usurarietà del tasso degli interessi, pur applicato dalla banca nella minor misura del 17,57% (motivi da 4 a 7); rientra in tale tematica anche la debenza residua di interessi, dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento, e, dunque, la questione se sia corretta, in presenza di riscontrata nullità o inefficacia della clausola sugli interessi moratori, la statuizione di un residuo obbligo di pagamento del-



la sola sorte capitale per le rate scadute e a scadere, nonché se esista una motivazione al riguardo;

B) vessatorietà della clausola sugli interessi moratori nei contratti dei consumatori (motivi da 8 a 10): se sia qualificabile come vessatoria la clausola negoziale sugli interessi moratori, previsti in contratto al 18%, pur applicati in concreto nella misura del 17,57%, e se comunque debba trovare applicazione, in ipotesi di inefficacia o nullità della clausola, il tasso degli interessi corrispettivi stabilito nel contratto; nonché, nella specie, se esista una motivazione al riguardo o la violazione del diritto al contraddittorio (c.d. terza via).

Il primo gruppo di questioni, legate al tema dell'interesse moratorio usurario, viene di seguito affrontato.

5. – Le tesi. I precedenti di questa Corte, gli orientamenti della giurisprudenza di merito ed il dibattito dottrinale inducono al riepilogo degli argomenti spesi dall'una e dall'altra tesi, miranti a ricondurre o no gli interessi di mora – pattuiti dalle parti o determinati unilateralmente dalla banca nell'esercizio del lecito *ius variandi* – alla diretta applicazione della disciplina antiusura.

Si reputa di riassumere le tesi in modo sintetico, senza necessità di più ampia analisi, attesa la notorietà degli argomenti dall'uno e dall'altro orientamento spesi.

Fin d'ora, peraltro, va esposto il rilievo, secondo cui le Sezioni unite ritengono non dirimente l'argomento letterale, essendo non univoci gli indici relativi; quello storico, perché la disciplina è mutevole ed è mutata nei secoli, né il legislatore è tenuto a porsi in necessaria continuità con le scelte e le nozioni pregresse; quello che si fonda sulla sottrazione del denaro dalla disponibilità del creditore per attribuirlo al debitore, e della conseguente, identica e concreta, capacità di remunerare il mancato godimento d'un capitale, in quanto meramente descrittivo e non ordinante, esprimendo invero l'interesse di mora entrambe le funzioni, remuneratoria e sanzionatoria; quello della mancata rilevazione del tasso di mora nel T.e.g.m. (tasso effettivo globale medio) da parte dei decreti ministeriali, che costituisce un evento meramente accidentale privo di valenza ermeneutica.

In definitiva, il criterio-guida è costituito dalla ratio del divieto di usura e dalle finalità che con esso si siano intese perseguire; fermo restando che le scelte di politica del diritto sono riservate al legislatore, al giudice competendo solo di interpretare la norma nei limiti delle opzioni ermeneutiche più corrette dell'enunciato.

5.1. – La tesi restrittiva. I fautori della tesi restrittiva, che annoverano ampia giurisprudenza di merito, numerosa dottrina e l'Arbitro bancario e finanziario, espongono vari importanti argomenti:



a) lettera delle norme: l'art. 1815 c.c., comma 2, si riferisce ai soli interessi corrispettivi, contemplati pacificamente al comma 1 della disposizione; l'art. 644 c.p., comma 1, incrimina chi si fa "dare o promettere" interessi usurari "in corrispettivo di una prestazione di denaro"; del pari, l'inciso "a qualunque titolo", contenuto nel D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, con riguardo agli interessi da considerare come usurari, è collocato dopo le parole "promessi o convenuti", non immediatamente dopo il termine "interessi", dovendosi quindi riferire ai costi accessori del credito convenuti dalle parti "a titolo" di commissioni, remunerazioni o spese, secondo quanto previsto della disposizione di legge oggetto dell'interpretazione autentica; ancora, il D.L. n. 185 del 2008, convertito dalla L. n. 2 del 2009, nel dettare disposizioni sulla c.m.s., all'art. 2 *bis*, comma 2, ha affermato che, ai fini delle norme civili e penali sull'usura, rilevano solo "(g)li interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente", con palese riguardo agli interessi corrispettivi, remunerazione rispetto all'utilizzo dei fondi concessi;

b) legislatore storico del 2001: i lavori preparatori non hanno valore normativo, ma di tenue indizio ermeneutico;

c) funzione degli interessi: gli interessi corrispettivi hanno funzione remunerativa, i moratori, invece, risarcitoria; vi è, dunque, una netta diversità di causa e di funzione tra interesse corrispettivo ed interesse moratorio, in quanto l'interesse corrispettivo costituisce la remunerazione concordata per il godimento diretto di una somma di denaro, avuto riguardo alla normale produttività della moneta, mentre l'interesse di mora, secondo quanto previsto dall'art. 1224 c.c., rappresenta il danno conseguente l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria; dunque, i primi sono stabiliti in dipendenza di un equilibrio concordato con riguardo al tempo previsto per la fruizione di una somma di denaro che passa da un soggetto all'altro, mentre i secondi compensano il creditore per la perdita di disponibilità del denaro mai accettata, ma solo subita, oltretutto per un periodo di tempo neppure prevedibile e foriera di costi non del tutto prevedibili neanch'essi.

Insomma, se può dirsi pure che, in termini economici, le due categorie si avvicinano, in termini giuridici assai diversa è la causa giuridica dell'attribuzione.

Si osserva, inoltre, che gli interessi moratori svolgono una funzione perfettamente lecita, né sono soggetti a giudizio di disvalore, il contrario risultando dal diritto positivo, sia quanto al disposto generale dell'art. 1224 c.c., sia, se si vuole con portata sistematica, dalla stessa disciplina delle operazioni commerciali di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n.



231, di attuazione della direttiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011, pur intesa ad un evidente favore per le parti deboli.

Infine, ove, in futuro, il D.M. ministeriale contenesse un unico tasso soglia, comprensivo degli interessi moratori, esso sarebbe verosimilmente più alto di quello attuale, con conseguenze pregiudizievoli per il contenimento degli interessi corrispettivi;

d) *ratio* della norma: il fondamento della disciplina introdotta dalla riforma di cui alla L. n. 108 del 1996 non è tanto quello di predisporre uno strumento per calmierare o livellare il mercato del credito, nel senso di tenere basso il "costo del denaro" o attuare una politica di prezzi amministrati, quanto quella di mitigare il "rischio bancario": è una tecnica per sanzionare regolamenti iniqui, pur restando nella logica negoziale; il legislatore non ha inteso indirizzare in modo autoritario ed antinomico, rispetto all'autonomia privata, il mercato dei capitali, ma, nel rispetto del principio, ha mirato al corretto funzionamento del mercato medesimo, attraverso la repressione delle condotte devianti rispetto alle sue dinamiche spontanee, nell'interesse non solo dei finanziati, ma anche degli operatori istituzionali ed, in ultima analisi, della stabilità del sistema;

e) evoluzione storica: rileva l'attuale conformazione del diritto positivo, con la distinzione degli interessi a seconda della loro funzione;

f) previsione dell'art. 1284 c.c., comma 4: secondo la norma, se "le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali": essendo, invero, sovente il tasso della disciplina speciale, di cui al d.lgs. n. 231 del 2002, art. 5 superiore al tasso-soglia usurario, allora, ai fini dell'usura, non possono rilevare gli interessi moratori convenzionali, perché, altrimenti, la norma ammetterebbe una "usura legale";

g) mancato rilievo degli interessi moratori nel tasso soglia dei D.M.: nelle voci computate dai decreti ministeriali al fine della rilevazione del tasso medio non sono inclusi gli interessi di mora, mentre i due dati – T.e.g. del singolo rapporto e T.e.g.m. determinante il tasso soglia – devono essere omogenei: onde nel T.e.g. del singolo rapporto gli interessi moratori non devono essere conteggiati. Il mancato rilievo degli interessi moratori da parte della autorità amministrativa (cfr. la comunicazione della Banca d'Italia del 3 luglio 2013, Chiarimenti in materia di applicazione della legge usuraria) discende dall'esigenza di non considerare nella media "operazioni con andamento anomalo", le quali potrebbero addirittura, se incluse nel T.e.g., "determinare un eccessivo innalzamento delle soglie, in danno della clientela". Dunque, il criterio dei tassi-soglia esige necessariamente che i metodi di calcolo siano perfettamente coincidenti, quanto ai costi effet-



tivi del credito e quanto alla rilevazione della media di mercato: è il c.d. principio di simmetria. Tutto ciò, secondo un criterio di affidabilità giuridica ed, ancor prima, scientifica e logica, del criterio adottato. Non solo, ma il criterio di simmetria è stato ormai accolto dalle Sezioni unite con la sentenza n. 16303 del 2018.

Sulla base di tali considerazioni, la tesi giunge, in ogni caso, a rinvenire nel sistema civilistico una tutela contro la c.d. usura moratoria: in quanto, sebbene reputi che la disciplina antiusura sanzioni la pattuizione dei soli interessi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, l'interesse di mora – quale sanzione per l'inadempimento – è inquadrabile nell'art. 1382 c.c. e può, quindi, essere ridotto d'ufficio dal giudice, ai sensi dell'art. 1384 c.c.; mentre resterebbe a tal fine inapplicabile l'art. 1815 c.c., comma 2.

5.2. – La tesi estensiva. I fautori della tesi estensiva (in tal senso, alcune pronunce di questa Corte, di cui le più recenti più ampiamente motivate: cfr. Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. 13 settembre 2019, n. 22890; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442; Cass. 6 marzo 2017, n. 5598; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324) oppongono:

a1) lettera delle norme: la legge – art. 1815 c.c., comma 2, art. 644 c.p., comma 4, L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4 e D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, conv. dalla L. n. 24 del 2001 – non distingue tra tipi di interessi ed, anzi, in alcuni di tali articoli si parla espressamente di pattuizione "a qualsiasi titolo"; mentre la stessa apertura espressamente apportata dal D.L. n. 185 del 2008, art. 2 *bis*, comma 2, convertito dalla L. n. 2 del 2009, alle voci confluenti nel T.e.g. dovrebbe indurre a ricomprendervi oggi anche gli interessi di mora;

b1) legislatore storico del 2001: nei lavori preparatori della L. n. 24 del 2001, si afferma che si voleva considerare l'usurarietà di ogni interesse "sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio";

c1) funzione degli interessi: entrambi gli interessi costituiscono la remunerazione di un capitale di cui il creditore non ha goduto, nel primo caso volontariamente, nel secondo caso involontariamente;

d1) *ratio* della norma o interpretazione finalistica: il criterio oggettivo previsto dalla L. n. 108 del 1996 intende tutelare le vittime dell'usura e il superiore interesse pubblico all'ordinato e corretto svolgimento delle attività economiche, fini che sarebbero vanificati ove si escludessero dall'ambito di applicazione gli interessi moratori; inoltre, in caso contrario, per il creditore potrebbe addirittura essere più conveniente l'inadempimento, con la possibilità, ad esempio, di fissare termini di adempimento brevissimi per indurre facilmente la mora e lucrare gli interessi;



e1) evoluzione storica: gli interessi moratori sono sorti per compensare il creditore dei perduti frutti del capitale non restituito, e quindi per riprodurre, sotto forma di risarcimento, la remunerazione del capitale; l'opinione secondo cui gli interessi moratori avrebbero una funzione diversa da quelli corrispettivi sorse per aggirare il divieto canonistico di pattuire interessi; la presenza della duplicazione normativa *ex* artt. 1224 e 1282 c.c. dipende dall'unificazione dei codici civile e commerciale;

f1) previsione dell'art. 1284 c.c., comma 4: non rileva quanto stabilito da tale norma – secondo cui il saggio degli interessi legali diviene, dal momento della proposizione della domanda giudiziale, quello pari al tasso proprio dei ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali – perché ivi il maggior tasso degli interessi legali ha la diversa funzione sanzionatorio/deflattiva a carico del debitore inadempiente, per i casi in cui l'inadempimento perseveri pur dopo la proposizione della domanda giudiziale (che risulterà fondata) e non discende dalla semplice mora;

dunque, ha una valenza prettamente sanzionatoria e punitiva anche nell'interesse generale al non incremento pretestuoso del contenzioso;

g1) mancato rilievo degli interessi moratori nelle tasso-soglia dei D.M.: è incontestato che le voci, computate nei decreti ministeriali al fine della rilevazione del tasso medio, escludano gli interessi moratori; ma ciò non ha rilievo ermeneutico, dato che la disciplina secondaria non può costituire un vincolo alle interpretazioni giurisprudenziali degli enunciati, pena un'inammissibile inversione metodologica.

In sostanza, la circostanza che i decreti ministeriali di rilevazione non includano gli interessi moratori nella definizione del T.e.g.m., e quindi del relativo tasso-soglia, potrà, semmai, rilevare ai fini della verifica di conformità dei decreti medesimi, quali atti amministrativi, alla legge che attuano: però, in nessun caso il giudice è vincolato dal contenuto della normazione secondaria nell'esercizio del suo potere-dovere ermeneutico.

Anzi, secondo alcuni, l'esclusione degli interessi moratori dalle voci considerate dai D.M. sarebbe imposta dalla L. n. 108 del 1996, avendo questa costruito il giudizio di usurarietà su di un unico tasso soglia per ciascun tipo di finanziamento e distinto solo tra i diversi modelli contrattuali, non anche tra le differenti specie di costo del credito, onde addirittura l'eventuale rilevazione di un T.e.g.m. comprensivo del tasso degli interessi moratori sarebbe *contra legem*.

Si esclude, in ogni caso, la cogenza del c.d. principio di simmetria, ragionando anche nel senso che la legge ha, proprio in contrario, immaginato uno spread tra T.e.g.m. e tasso-soglia, tollerato dal sistema, appunto per lasciare uno spazio ulteriore rispetto ai parametri di mercato.



6. – La tutela del debitore di fronte agli interessi moratori usurari. Come visto, entrambe le tesi conducono ad una tutela del soggetto finanziato, sia pure attraverso percorsi argomentativi diversi.

Orbene, pur riconoscendo, come esposto, che il dato letterale ed i diversi argomenti sovente si equivalgano tra loro, quanto a persuasività e (non) definitività, il Collegio ha ritenuto che il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possano dirsi estranei all'interesse moratorio, affinché il debitore abbia più compiuta tutela.

Questa, invero, non sarebbe equivalente ove operata *ex* art. 1384 c.c.: il quale potrebbe sempre consentire una riduzione casistica e difforme sul piano nazionale, oltre che, verosimilmente, condurre al mero abbattimento dell'interesse pattuito al tasso soglia, pur integrato con quello rilevato quanto agli interessi moratori, e non al minor tasso degli interessi corrispettivi, come oltre, invece, si indicherà; mentre, poi, il diritto positivo non impedisce una interpretazione che riconduca anche gli interessi moratori nell'alveo della tutela antiusura, con maggiore protezione del debitore, che sembra anzi consigliare.

Certamente esiste, infatti, l'esigenza primaria di non lasciare il debitore alla mercè del finanziatore: il quale, se è subordinato al rispetto del limite della soglia usuraria quando pattuisce i costi complessivi del credito, non può dirsi immune dal controllo quando, scaduta la rata o decorso il termine pattuito per la restituzione della somma, il denaro non venga restituito e siano applicati gli interessi di mora, alla cui misura l'ordinamento (cfr. art. 41 Cost.) e la disciplina ad hoc dettata dal legislatore ordinario non restano indifferenti.

Sulla base del diritto positivo antiusura – attese le modalità di individuazione del tasso soglia, che dallo stesso mercato viene desunto – da un lato non è smentita la logica dell'autonomia contrattuale, dall'altro viene confermato il fine di assicurare la "sana e prudente gestione" del soggetto bancario negli impieghi (cfr. d.lgs. n. 58 del 1998, art. 5), prevenendo la conclusione, ad opera delle banche, di operazioni creditizie rischiose, al punto tale da rendere necessaria la pattuizione di tassi d'interesse "fuori mercato".

Nella normativa antiusura si possono rintracciare una pluralità di *rationes legis*, quali la tutela del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario.

Dalla riforma del 1996 sono stati, quindi, riaffermati i principi di ordine pubblico concernenti la direzione del mercato del credito e la protezione degli utenti: sanzionare le pattuizioni inique estranee alla logica concorrenziale persegue, nel contempo, le finalità d'interesse pubblicistico, volto all'ordinato funzionamento del mercato finanziario ed alla protezione della controparte dell'impresa bancaria.



La severità del legislatore nel trattamento degli interessi usurari è palesata dalla disciplina ad essi riservata nell'art. 1815 c.c., comma 2.

7. – La concreta applicazione della disciplina antiusura. L'affermata riconduzione degli interessi moratori nell'ambito della normativa predetta richiede la soluzione di plurime questioni, cui il Collegio ha ritenuto di offrire le risposte che seguono: i) la disciplina antiusura intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi, convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma altresì degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato; ii) la mancata indicazione, nell'ambito del T.e.g.m., degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali *de quibus*, ove essi ne contengano la rilevazione statistica; iii) se i decreti non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato; iv) si applica l'art. 1815 c.c., comma 2, ma in una lettura interpretativa che preservi il prezzo del denaro; v) resta, quindi, la residua debenza di interessi dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento; vi) rilevano sia il tasso astratto, sia quello in concreto applicato, a diversi effetti; vii) nei contratti conclusi con un consumatore, è dato anche il ricorso all'art. 33, comma 2, lett. "f" e art. 36, comma 1, codice del consumo di cui al d.lgs. n. 206 del 2005; viii) ne deriva l'atteggiarsi dei rispettivi oneri probatori.

Si illustreranno ora le precedenti asserzioni; non senza avere prima convenuto sulla mancanza di cogenza della pronuncia della Corte costituzionale 25 febbraio 2002, n. 29, laddove ha ritenuto "plausibile senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori", trattandosi di pronuncia sulla mera ammissibilità della questione: ove il giudice delle leggi si limita a reputare non irragionevole una data interpretazione resa possibile dall'enunciato, non a darle il crisma della inconfutabilità.

i) La disciplina antiusura intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto, quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma altresì degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato.

Non vi è dubbio che le categorie degli interessi corrispettivi e degli interessi moratori siano distinte nel diritto delle obbligazioni.

Secondo gli artt. 820, 821 e 1284 c.c., l'interesse in un'operazione di finanziamento è dato dalla somma oggetto dell'obbligo di restituzione, detratto il denaro preso a prestito. La nozione presuppone il rilievo del costo del denaro, il cui godimento è volontariamen-



te attribuito ad altri, dietro accettazione da parte di questi del relativo costo; non vi si comprende, invece, la situazione in cui, rendendosi inadempiente, il debitore non rispetti l'accordo, ma violi gli obblighi assunti.

Dal suo canto, l'interesse moratorio, contemplato espressamente dal legislatore all'art. 1224 c.c., rappresenta il danno che nelle obbligazioni pecuniarie il creditore subisce a causa dell'inadempimento del debitore.

Di conseguenza, questa Corte ha inquadrato il patto sugli interessi moratori nella clausola penale *ex* art. 1382 c.c. (Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. 18 novembre 2010, n. 23273; Cass. 21 giugno 2001, n. 8481; in sede penale, v. Cass. 25 ottobre 2012, n. 5683, depositata il 5 febbraio 2013). La circostanza che la misura degli interessi moratori sia prestabilita dalle parti nella relativa clausola negoziale, infatti, non ne muta la natura di liquidazione forfetaria e preventiva del danno, donde l'inquadrabilità nell'art. 1382 c.c., strutturandosi il patto sugli interessi moratori come un tipo di clausola penale.

Ed è del tutto ragionevole l'osservazione, secondo cui diversa è la stessa intensità del c.d. rischio creditorio, sottesa alla determinazione della misura degli interessi corrispettivi, da un lato, e degli interessi moratori, dall'altro lato: se i primi considerano il presupposto della puntualità dei pagamenti dovuti, i secondi incorporano l'*incertus an* e l'*incertus quando* del pagamento – trasformandosi il meccanismo tecnico-giuridico da quello del termine a quello della condizione – onde il creditore dovrà ricomprendervi il costo dell'attivazione degli strumenti di tutela del diritto insoddisfatto; proprio in relazione a tale rischio, l'intermediario può determinare i tassi applicabili (cfr. d.lgs. n. 385 del 1993, artt. 120-undecies e 124– *bis*). Ma anche tale costo deve soggiacere ai limiti antiusura.

Ed è, altresì, corretto che le direttive comunitarie, con riguardo al credito al consumo, prevedono che il T.e.g. sia determinato sulla base del costo totale del credito al consumatore, ad eccezione di eventuali penali per l'inadempimento (cfr. art. 19 direttiva 2008/48/CE; art. 4, comma 13, direttiva 2014/17/UE). Ma la necessità di tale indicazione, ai fini della c.d. trasparenza per il consumatore, non sembra confliggere con l'autonomo rilievo, a fini civili e penali, della disciplina di contrasto all'usura.

ii) La mancata indicazione, nell'ambito del T.e.g.m., degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali *de quibus*, ove essi ne contengano la rilevazione statistica.

ii.1. – Le rilevazioni di Bit. Così come la legge, per gli interessi corrispettivi, ha introdotto la qualificazione oggettiva della fattispecie usuraria mediante il tasso-soglia, del



pari, per gli interessi moratori, l'identificazione dell'interesse usurario passa dal tasso medio statisticamente rilevato, in modo altrettanto oggettivo ed unitario, idoneo a limitare l'esigenza di misurarsi con valutazioni puramente discrezionali.

L'esigenza del rispetto del principio di simmetria, fatto proprio dalle Sezioni unite con la sentenza n. 16303 del 2018, ben può essere soddisfatta mediante il ricorso ai criteri oggettivi e statistici, contenuti nella predetta rilevazione ministeriale, ove essa indichi i tassi medi degli interessi moratori praticati dagli operatori professionali.

Giova, al riguardo, ricordare che il criterio di rilevazione dei tassi medi, fatto proprio dal legislatore del 1996 per oggettivare il giudizio (superando la c.d. usura soggettiva, derivata dall'approfittamento di uno stato di bisogno del mutuatario), reca in sé alcuni presupposti: che sia lecita la pattuizione degli interessi, corrispettivi e moratori; che il mercato concorrenziale e vigilato sia, esso stesso, in grado di offrire – nella media – la misura corretta dei tassi, esprimendo l'equilibrio ragionevole tra la posizione del prestatore e quella del prenditore del denaro.

Le rilevazioni di Banca d'Italia sulla maggiorazione media, prevista nei contratti del mercato a titolo di interesse moratorio, possono fondare la fissazione di un c.d. tasso-soglia limite, che anche questi comprenda.

La misura media dell'incremento, applicata sul mercato quanto agli interessi moratori, viene considerata dalla Banca d'Italia solo a fini statistici, opzione di metodo motivata con l'esigenza di non comprendere nella media operazioni con andamento anomalo ed evitare un innalzamento delle soglie, in potenziale danno della clientela (cfr. documento Banca d'Italia 3 luglio 2013). La nozione sottesa è quella di un mercato concorrenziale del credito, in cui il gioco delle parti tende ad indicare l'equilibrio spontaneo degli interessi, pur nei limiti dei controlli e della vigilanza ad esso propria.

Lungi dal rilevare la casistica, eterogenea e centrifuga, dei singoli rapporti obbligatori di finanziamento, quel che assume importanza è l'oggettività dei dati emergenti dalla realtà economica e dalla sua struttura, caratterizzata da un ordinamento sezionale regolamentato e vigilato. La conseguenza è che la clausola sugli interessi moratori si palesa usuraria, quando essa si ponga "fuori dal mercato", in quanto nettamente distante dalla media delle clausole analogamente stipulate.

Orbene, il tasso rilevato dai D.M. n. a fini conoscitivi – sia pure dichiaratamente in un lasso temporale a volte diverso dal trimestre, non sempre aggiornato a quello precedente (per i più recenti decreti, all'anno 2015) e rilevato a campione – può costituire l'utile indicazione oggettiva, idonea a determinare la soglia rilevante.

Dal D.M. 21 dicembre 2017, inoltre, si è cominciato a distinguere all'interno di tale



tasso, individuandone tre diversi (mutui ipotecari ultraquinquennali, operazioni di leasing e complesso degli altri prestiti).

Dunque, nei recenti decreti ministeriali sono rilevati i tassi effettivi globali medi, riferiti ad anno; è individuato il tasso-soglia mediante l'aumento dei predetti tassi di un quarto, cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali; si dà, altresì, conto dell'ultima rilevazione statistica condotta dalla Banca d'Italia, da cui risulta che i tassi di mora pattuiti sul mercato presentano, rispetto ai tassi percentuali corrispettivi, una maggiorazione media pari a 1,9 punti percentuali per i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, a 4,1 punti percentuali per le operazioni di leasing e a 3,1 punti percentuali per il complesso degli altri prestiti.

Tutto ciò, nell'art. 3 dei decreti ministeriali, nonché nell'adeguata spiegazione contenuta nell'allegato.

Onde tale rilevazione costituisce il parametro privilegiato di comparazione, che permette di accedere a valutazioni quanto più basate su dati fattuali di tipo statistico medio, prive di discrezionalità, scongiurando, a fini di uguaglianza, difformità di applicazione.

Inoltre, va considerato come il dato, pur rilevato in anni precedenti (sino al D.M. 21 dicembre 2017, si riportava il dato rilevato nel 2001; da tale decreto in poi, viene riportato il dato rilevato nel 2015), è all'evidenza reputato ancora attuale dall'autorità tecnica, dato che appunto esso viene mantenuto, sia pure "a fini conoscitivi", nei decreti ministeriali contenenti la rilevazione periodica del T.e.g.m.

La sua significatività non può, quindi, essere disconosciuta.

ii.2. – Individuazione del limite per gli interessi moratori. Occorre pure tenere conto che i decreti ministeriali, negli anni più recenti, prevedono uno spread tra il T.e.g.m. e la misura del tasso soglia usurario, determinato con la predetta maggiorazione (aumento di un quarto dei tassi medi, cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali: art. 2, comma 2 D.M., attuando la L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4).

La soglia comprendente i moratori, pertanto, con riguardo ad esempio ai mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, può essere indicata in un'unica espressione, che pervenga all'entità della soglia massima – la quale, cioè, tenga conto sia del T.e.g.m., sia degli interessi di mora – onde si avrà: (5/4 T.e.g.m. + 4) + (5/4 x 1,9);

dove il primo addendo rappresenta il tasso soglia usurario legale, stabilito secondo il combinato disposto della L. n. 108 del 2000, art. 644 c.p. e D.M. del periodo considerato; mentre il secondo addendo è il "di più" di comparazione, che tiene conto degli interessi moratori.

La formula può essere più sinteticamente espressa: (T.e.g.m. + 1,9) x 1,25 + 4.



Analogamente, potrà essere determinata la soglia limite con riguardo alle operazioni di leasing ed agli altri prestiti.

ii.3. – Validità del c.d. principio di simmetria. Tutto ciò posto, va confermata la piena razionalità del c.d. principio di simmetria, in continuità con quanto affermato dalla Corte (Cass., sez. un., 20 giugno 2018, n. 16303; nonché Cass. 3 novembre 2016, n. 22270; Cass. 22 giugno 2016, n. 12965), secondo cui deve esservi simmetria tra il tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente a norma della L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1, ed il tasso effettivo globale della singola operazione.

Tutto ciò, atteso sia il contenuto letterale delle disposizioni che disciplinano il T.e.g. ed il T.e.g.m., ovvero l'art. 644 c.p., comma 4, e la L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1; sia l'intuitiva esigenza logica legata all'essenza stessa di ogni procedimento comparativo, che, in quanto tale, postula un certo grado di omogeneità dei termini di riferimento.

iii) Se i decreti non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato.

Occorre, a questo punto, farsi carico del problema, pur trascurato dalle conclusioni della parte pubblica, concernente la mancata rilevazione della maggiorazione propria degli interessi moratori nei decreti ministeriali, dall'entrata in vigore della L. n. 108 del 1996 sino al D.M. 25 marzo 2003.

Per ogni contratto, infatti, deve essere preso a termine di riferimento il D.M. all'epoca vigente. Per quanto riguarda proprio la vicenda in esame, dagli atti delle parti e dalla sentenza impugnata risulta che il contratto fu concluso il (OMISSIS) e, dunque, si tratta del D.M. 22 marzo 2002.

L'art. 1 D.M. individua, con rimando all'allegato, il tasso effettivo globale medio (T.e.g.m.) relativamente ai vari tipi contrattuali, e l'art. 2 precisa che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto e sino al 30 giugno 2002, ai fini della determinazione del tasso-soglia, i T.e.g.m. devono essere aumentati della metà.

Non rileva, ai fini della risposta alla questione di diritto in esame, che nel D.M. 22 marzo 2002 manchi la rilevazione degli interessi moratori, che ha iniziato ad essere compiuta a partire dal D.M. 25 marzo 2003.

Infatti, le Sezioni unite ritengono che, in ragione della esigenza primaria di tutela del finanziato, sia allora giocoforza comparare il T.e.g. del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori in concreto applicati, con il T.e.g.m. così come in detti decreti rilevato; onde poi sarà il margine, nella legge previsto, di tolleranza a questo superiore, sino alla soglia usuraria, che dovrà offrire uno spazio di operatività all'interesse moratorio lecitamente applicato.



iv) Si applica l'art. 1815 c.c., comma 2, ma in una lettura interpretativa che preservi il prezzo del denaro.

La conseguenza di quanto esposto è la piana applicazione dell'art. 1815 c.c., comma 2, pacificamente transtipica.

A differenza di altri ordinamenti anche europei, nei quali il superamento del tasso soglia non determina la nullità della clausola sugli interessi, ma la mera restituzione del surplus, la legge nazionale ha comminato la gratuità sanzionatoria del contratto.

Peraltro, il Collegio ha reputato che la norma possa trovare una interpretazione che, pur sanzionando la pattuizione degli interessi usurari, faccia seguire la sanzione della non debenza di qualsiasi interesse, ma limitatamente al tipo che quella soglia abbia superato.

Invero, ove l'interesse corrispettivo sia lecito, e solo il calcolo degli interessi moratori applicati comporti il superamento della predetta soglia usuraria, ne deriva che solo questi ultimi sono illeciti e preclusi; ma resta l'applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1, con la conseguente applicazione degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti.

Giova considerare che la regolamentazione del mercato del credito, la quale si giova di plurime tutele generali e speciali previste dal diritto positivo, non può ragionevolmente condurre a premiare il debitore inadempiente, rispetto a colui che adempia ai suoi obblighi con puntualità: come avverrebbe qualora, all'interesse moratorio azzerato, seguisse un costo del denaro del tutto nullo (inesistente), con l'obbligo a carico del debitore di restituire il solo capitale, donde un pregiudizio generale all'intero ordinamento sezionale del credito (cui si assegna una funzione di interesse pubblico), nonché allo stesso principio generale di buona fede, di cui all'art. 1375 c.c. Pertanto, una volta che il giudice del merito abbia riscontrato positivamente l'usurarietà degli interessi moratori, il patto relativo è inefficace.

In tale evenienza, si applica la regola generale del risarcimento per il creditore, di cui all'art. 1224 c.c., commisurato (non più alla misura preconcordata ed usuraria, ma) alla misura pattuita per gli interessi corrispettivi, come prevede la disposizione.

Invero, tale conseguenza rinviene il suo fondamento causale nella considerazione secondo cui, caduta la clausola degli interessi moratori, resta un danno per il creditore insoddisfatto, donde l'applicazione della regola comune, secondo cui il danno da inadempimento di obbligazione pecuniaria viene automaticamente ristorato con la stessa misura degli interessi corrispettivi, già dovuti per il tempo dell'adempimento in relazione alla concessione ad altri della disponibilità del denaro.



Ciò, in quanto la nullità della clausola sugli interessi moratori non porta con sé anche quella degli interessi corrispettivi: onde anche i moratori saranno dovuti in minor misura, in applicazione dell'art. 1224 c.c., sempre che – peraltro – quelli siano lecitamente convenuti.

Tale conclusione è confortata dalla primaria esigenza di coerenza e non contraddittorietà col diritto Eurounitario, come vive dalle interpretazioni rese ad opera della Corte di giustizia dell'Unione, che più volte è stata adita in via pregiudiziale con riguardo alle direttive in materia di consumatori.

Qui, l'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 impone agli Stati membri di far sì che le clausole abusive non vincolino il consumatore e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

Al riguardo, costituiscono affermazioni tralaticie della Corte di giustizia che il giudice non possa né ridurre l'importo della penale (Corte di giustizia 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, Unicaja Banco e Caixabank, punto 29; Corte di giustizia 30 maggio 2013, C-488/11, Asbeek Brusse e de Man Garabito, punto 59), né integrare il contenuto contrattuale (Corte di giustizia 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, Abanca Corporacion Bancaria SA e Bankia SA, punto 53; Corte di giustizia 21 gennaio 2015, Unicaja Banco, cit., punti 28, 32; Corte di giustizia 30 aprile 2014, C-26/13, Kasler e Keslerné Rebai, punto 77; Corte di giustizia 14 giugno 2012, C-618/10, Banco Espahol de Credito, punto 73; nonché, ancora, Corte di giustizia 7 agosto 2018, cause riunite C 96/16, Banco Santander SA e C-94/17, Rafael Ramon Escobedo Cortes, punto 73; Corte di giustizia 26 gennaio 2017, C-421/14, Banco Primus, punto 71).

Dall'altro lato, anche di recente, la Corte UE ha altresì chiarito come sia legittima e rispettosa della direttiva la prescrizione (nella specie, dovuta ai precedenti giurisprudenziali della Corte Suprema spagnola), secondo cui continuano – pur caduta la clausola sugli interessi moratori – ad essere dovuti quelli corrispettivi, e ciò indipendentemente dalla tecnica di redazione delle clausole medesime, in quanto la direttiva 93/13/CEE non osta a che si giunga alla "soppressione integrale di questi interessi, mentre continuano a maturare gli interessi corrispettivi previsti da detto contratto" (Corte di giustizia 7 agosto 2018, cit., punti 76-78): ciò in quanto "gli interessi corrispettivi hanno una funzione di remunerazione della messa a disposizione di una somma di denaro da parte del mutuante fino al rimborso della somma stessa" (punto 76) e ove "la clausola abusiva consiste in tale maggiorazione, la direttiva 93/13 esige unicamente che la maggiorazione stessa venga annullata" (punto 77).

Con la conseguenza definitiva che "il giudice nazionale, il quale abbia constatato il



carattere abusivo della clausola di un contratto di mutuo che fissa il tasso degli interessi moratori, escluda molto semplicemente l'applicazione della clausola suddetta o della maggiorazione che tali interessi rappresentano rispetto agli interessi corrispettivi, senza poter sostituire alla clausola di cui sopra disposizioni legislative suppletive, né rivedere la clausola in questione, conservando al tempo stesso la validità delle altre clausole di tale contratto, e segnatamente quella relativa agli interessi corrispettivi" (punto 78).

Tale pronuncia, specialmente con l'ammettere il pagamento di interessi "fino al rimborso della somma stessa", lascia permanere la determinazione degli interessi pattuiti come corrispettivi, che restano dovuti anche dopo la mora e fino alla restituzione effettiva del capitale.

Ed occorre pure ricordare che, secondo la Corte UE, la sostituzione della clausola abusiva, quando ammessa, viene comunque giustificata, richiamando proprio la finalità della direttiva 93/13 e del suo art. 6, par. 1, il cui obiettivo è "sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime" (fra le altre, Corte di giustizia 17 luglio 2014, C-169/14, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, punto 23; Corte di giustizia 30 aprile 2014, C-26/13, Kasler e Keslerné Rebai, punto 82; Corte di giustizia 15 marzo 2012, n. 453/10, Perenicovè e Perenic, punto 31): donde il portato del bilanciamento degli interessi delle parti.

Viene dunque suffragata la conclusione, secondo cui l'applicazione della legge, nello specifico l'art. 1224 c.c., comma 1, in caso di usurarietà degli interessi moratori, rende il trattamento del non consumatore tale, che non sia addirittura migliore di quello di chi la qualità di consumatore possegga: come avverrebbe ove fosse negata la debenza persino degli interessi corrispettivi da parte del primo.

v) Resta, quindi, la residua debenza di interessi dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento.

v.1. – Il debito residuo dopo l'accertamento della usurarietà degli interessi. Il terzo gruppo di motivi attiene specificamente alla statuizione di non debenza di nessun interesse, enunciata dalla corte territoriale, secondo cui la banca "può dunque legittimamente esigere dalla P. il solo capitale residuo, individuato alla data dell'ultimo pagamento da lei effettuato, nell'(OMISSIS)" (p. 8 sentenza).

Assume la ricorrente che, pronunciata la risoluzione del contratto per inadempimento in forza di clausola risolutiva espressa, le rate scadute siano dovute per intero e non solo per la sorte capitale, come statuito invece dalla corte d'appello, dal momento che vige l'effcacia *ex tunc* della risoluzione dei contratti di durata, ai sensi dell'art. 1458 c.c.



v.2. – Risoluzione o decadenza dal termine. Giova premettere che non forma oggetto del *thema decidendum* in sede di legittimità la questione relativa alla qualificazione della clausola negoziale, che prevede le conseguenze del mancato pagamento delle rate, come fattispecie di decadenza dal beneficio del termine (art. 1186 c.c.) o di risoluzione del contratto per clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), come nella specie qualificata dalle corti del merito; onde la questione non è qui rilevante.

v.3. – Contratti contenenti, o no, la clausola usuraria. Richiamato quanto sopra esposto circa l'applicazione dell'art. 1815 c.c., comma 2, la questione della retroattività della risoluzione nei contratti di finanziamento è mal posta.

Se siano stati pattuiti interessi moratori usurari, è l'azzeramento di tale interesse, in virtù della declaratoria della nullità, che è in sé retroattivo, ai sensi dell'art. 1418 c.c. In generale, è stato enunciato il condivisibile principio (Cass., sez. un., 19 maggio 2008, n. 12639; Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449, relativa a mutuo fondiario; si veda pure, in tema di leasing di godimento con fine di finanziamento, Cass. 3 settembre 2003, n. 12823), secondo cui il mutuo, nel cui *genus* va ricondotto ogni finanziamento, è un contratto di durata, agli effetti dell'art. 1458 c.c., in considerazione del carattere non istantaneo, ma prolungato della durata del prestito, e dell'utilità per il mutuatario consistente nel godimento del danaro – retribuito dalla controprestazione, del pari durevole, degli interessi – assicuratogli dal mutuante per il tempo convenuto.

La risoluzione non opera retroattivamente, ma soltanto per il futuro, comportando l'anticipazione della scadenza dell'obbligazione di rimborso del capitale, la quale, però, conserva il suo titolo contrattuale. L'efficacia retroattiva alla risoluzione per inadempimento del mutuo finirebbe con l'essere ingiustificatamente pregiudizievole per il mutuante ed ingiustificatamente premiale per il mutuatario, che continuerebbe a godere, di fatto, del capitale a un interesse più vantaggioso di quello cui si era obbligato (Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449).

Dunque, nei casi in cui non si discorra di usurarietà, le rate scadute al momento della caducazione del prestito restano dovute per intero, con gli interessi corrispettivi in esse già inglobati ed effetto anatocistico, secondo la normativa tempo per tempo vigente (d.lgs. n. 385 del 1993, art. 120, comma 2; e, in dettaglio, cfr. d.lgs. n. 342 del 1999, art. 25, comma 2, come trasfuso nell'art. 120, comma 2 cit. e art. 2 Delib. Cicr 9 febbraio 2000; L. 27 dicembre 2013, n. 147, c.d. legge di stabilità per il 2014; D.L. 14 febbraio 2016, n. 18, art. 17 *bis* convertito con modificazioni dalla L. 8 aprile 2016, n. 49 e art. 3, comma 1 Delib. Cicr 3 agosto 2016, n. 343).

Ma tali considerazioni sono appropriate in assenza di qualsiasi nullità usuraria; perché, ove il patto degli interessi cada, sarà questa nullità a spiegare effetti *ex tunc*.



v.4. – Rate scadute e rate a scadere. In definitiva, per quanto ora rileva, caduta la clausola sugli interessi moratori, le rate scadute al momento della caducazione del prestito restano dovute nella loro integralità, comprensive degli interessi corrispettivi in esse già conglobati, oltre agli interessi moratori sull'intero nella misura dei corrispettivi pattuiti; tale effetto, peraltro, richiede che in sé il tasso degli interessi corrispettivi sia lecito.

Per quanto attiene le rate a scadere, sorge l'obbligo d'immediata restituzione dell'intero capitale ricevuto, sul quale saranno dovuti gli interessi corrispettivi, ma attualizzati al momento della risoluzione: infatti, fino al momento in cui il contratto ha avuto effetto, il debitore ha beneficiato della rateizzazione, della quale deve sostenere il costo, pur ricalcolato attualizzandolo, rispetto all'originario piano di ammortamento non più eseguito; da tale momento e sino al pagamento, vale l'art. 1224 c.c., comma 1.

vi) Rilevano sia il tasso astratto, sia quello in concreto applicato, a diversi effetti.

Sovente il contratto prevede un tasso degli interessi moratori, sebbene, poi, al momento dell'inadempimento, la banca applichi, a tale titolo, un tasso di misura inferiore.

Le questioni che ne derivano sono due.

La prima: se possa essere domandata la nullità (per varie cause) di una clausola sugli interessi moratori in corso di svolgimento regolare del rapporto.

La seconda: se, una volta verificatosi l'inadempimento e, quindi, il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, l'indagine sulla usurarietà dei medesimi (sempre per cause varie) debba tener conto di quelli in astratto dedotti in contratto o di quelli in concreto applicati.

Esse devono essere congiuntamente esaminate affinché l'ordinamento offra una tutela razionale, secondo le considerazioni che seguono.

Al primo quesito deve darsi risposta affermativa.

L'interesse ad agire in relazione ad una clausola reputata in tesi nulla o inefficace sussiste sin dalla pattuizione della medesima, in quanto risponde ad un bisogno di certezza del diritto che le convenzioni negoziali siano accertate come valide ed efficaci, oppur no. Ciò perché (cfr., fra le altre, Cass. 31 luglio 2015, n. 16262) l'interesse ad agire in un'azione di mero accertamento non implica necessariamente l'attualità della lesione di un diritto, essendo sufficiente uno stato di incertezza oggettiva.

Tuttavia – ed in ciò sta la risposta al secondo quesito, nel senso che il tasso rilevante è quello in concreto applicato dopo l'inadempimento – la conseguenza è che la sentenza sarà di mero accertamento dell'usurarietà del tasso, ma in astratto, senza relazione con lo specifico diritto vantato dalla banca, posto che ancora non sarà attuale l'inadempimento ed il finanziatore ancora non avrà preteso alcunché a tale titolo.



Onde se, da un lato, non può essere disconosciuto l'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c. per la presenza attuale in contratto di una clausola degli interessi usurari, dall'altro lato sarà limitato l'effetto del giudicato di accertamento, non idoneo automaticamente a valere con riguardo alla futura applicazione di un interesse moratorio in concreto, ma solo ad escludere che l'interesse pattuito sia dovuto.

In altri termini, se il finanziato agisca in accertamento in corso di regolare rapporto, ed ottenga sentenza di nullità della clausola, ciò non vuol dire che, da quel momento in poi, egli potrà non adempiere e pretendere che nessun interesse gli sia applicato, oltre all'interesse corrispettivo, incluso nelle rate già dovute.

Realizzatosi l'inadempimento, rileva unicamente il tasso che di fatto sia stato richiesto ed applicato al debitore inadempiente; cade l'interesse ad agire per l'accertamento della eventuale illegittimità del tasso astratto non applicato; i parametri di riferimento dell'usurarietà restano quelli esistenti al momento della conclusione del contratto che comprende la clausola censurata.

In conclusione, ciò che rileva in concreto in ipotesi di inadempimento è il tasso moratorio applicato; se il finanziato intenda agire prima, allo scopo di far accertare l'illiceità del patto sugli interessi rispetto alla soglia usuraria, come fissata al momento del patto, la sentenza ottenuta vale come accertamento, in astratto, circa detta nullità, laddove esso fosse, in futuro, utilizzato dal finanziatore.

Onde tale sentenza non avrà ancora l'effetto concreto di rendere dovuto solo un interesse moratorio pari al tasso degli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti (*ex* art. 1224 c.c.): effetto che, invece, si potrà verificare solo alla condizione – presupposta dalla sentenza di accertamento mero pre-inadempimento – che quello previsto in contratto sia stato, in seguito, il tasso effettivamente applicato, o comunque che, al momento della mora effettiva, il tasso applicato sulla base della clausola degli interessi moratori sia sopra soglia. Ove il tasso applicato in concreto sia, invece, sotto soglia, esso sarà dovuto, senza che possa farsi valere la sentenza di accertamento mero, che non quello ha considerato.

vii) Nei contratti conclusi con un consumatore, è dato anche il ricorso agli artt. 33, comma 2, lett. "f" e 36, comma 1 codice del consumo, di cui al d.lgs. n. 206 del 2005.

Nei contratti di finanziamento, in cui il soggetto che riceve la somma in prestito rivesta la qualifica di consumatore, è applicabile, altresì, la tutela contro le clausole vessatorie.

Nel diritto nazionale, essa è stata dapprima prevista nel Titolo II, Capo XIV *bis*, del Libro IV del codice civile, agli artt. 1469 *bis*/1469-sexies, come introdotti dalla L. 6 febbraio 1996, n. 52, art. 25 di attuazione della direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.



L'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 6, prevedeva – testo del tutto coincidente con la corrispondente norma, attualmente vigente, di cui all'art. 33, comma 2, lett. f) codice del consumo – la nullità delle clausole volte ad "imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo".

Si tratta della trasposizione della previsione della direttiva, che, nell'allegato, individua detta clausola abusiva nelle pattuizioni che "hanno per oggetto o per effetto... e) di imporre al consumatore che non adempie ai propri obblighi un indennizzo per un importo sproporzionatamente elevato".

Analogamente, il d.lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. f), prevede che "(s)i presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di... imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo".

Si opera, quindi, un cumulo di rimedi, essendo rimesso all'interessato di far valere l'uno o l'altro.

La Corte di giustizia ha del pari chiarito che un sistema nazionale, il quale pur riduca entro una soglia ritenuta lecita il tasso eccessivo degli interessi moratori, non deve comunque precludere al giudice, in caso di contratto dei consumatori, la facoltà di ritenere la clausola abusiva, con la conseguente eliminazione, ai sensi dell'art. 6 direttiva 93/13 (cfr. Corte di giustizia 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, Unicaja Banco e Caixabank).

Delle questioni implicate in tale ulteriore tutela, poste dai motivi dal settimo al decimo, il Collegio rinvierà alla decisione della Sezione semplice.

viii) Ne deriva l'atteggiarsi dei rispettivi oneri probatori.

Alla stregua delle predette considerazioni, può precisarsi come si atteggi l'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 c.c. Da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento.

Dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto: fra di essi, la pattuizione negoziata della clausola con il soggetto sebbene avente la veste di consumatore, la diversa misura degli interessi applicati o altro.



8. – Decisione dei motivi.

8.1. – Motivi 1-7 afferenti la disciplina antiusura e la debenza degli interessi dopo la risoluzione del contratto di finanziamento. Da quanto esposto, si trae che il primo ed il secondo motivo sono infondati, non essendo la sentenza impugnata incorsa nel vizio di omessa pronuncia, né di mancanza di motivazione.

Fondato è, invece, il terzo motivo, avendo errato la corte territoriale nel reputare gratuito il finanziamento, ed in sostanza l'efficacia retroattiva della risoluzione di un contratto di durata, in violazione dell'art. 1458 c.c.: onde, contrariamente a quanto ivi opinato, le rate scadute e non pagate alla data della risoluzione restano dovute nella loro interezza, ivi compresa la quota d'interessi corrispettivi inclusa nelle stesse.

Alla luce delle precedenti considerazioni, vanno respinti il quarto ed il quinto motivo, in quanto la sentenza impugnata, avendo esteso agli interessi moratori la disciplina antiusura, ha considerato il tasso-soglia previsto nel relativo decreto ministeriale.

Il sesto motivo è fondato, perché la corte del merito non ha spiegato la ragione dell'aver considerato un tasso di interessi, invece mai applicato dal finanziatore.

Il settimo motivo resta assorbito, concernendo vizio non poziore.

8.2. – Motivi 8-10 sulla clausola vessatoria. La decisione di questi motivi viene rimessa alla prima Sezione civile.

9. – Enunciazione dei principi di diritto. Si devono, a questo punto, enunciare i seguenti principi di diritto, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1:

"La disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso".

"La mancata indicazione dell'interesse di mora nell'ambito del T.e.g.m. non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo ed unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché "fuori mercato", donde la formula: "T.e.g.m., più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto".

"Ove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista".



"Si applica l'art. 1815 c.c., comma 2, onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'art. 1224 c.c., comma 1, con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti".

"Anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia del momento dell'accordo; una volta verificatosi l'inadempimento ed il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento".

"Nei contratti conclusi con un consumatore, concorre la tutela prevista dall'art. 33, comma 2, lett. f) e art. 36, comma 1, codice del consumo di cui al d.lgs. n. 206 del 2005, già artt. 1469 *bis* e 1469-quinquies c.c.".

"L'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 c.c., si atteggia nel senso che, da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento; dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto".

10. – Rinvio alla Sezione prima civile. Così decise le questioni poste, la delibazione dei rimanenti motivi, dall'ottavo al decimo, è rimessa alla prima Sezione civile della Corte.

(*Omissis*).

JUS CIVILE



PIERLUIGI MAZZAMUTO

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Palermo

L'USURARIETÀ DEGLI INTERESSI MORATORI. CONSIDERAZIONI CRITICHE SULLA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE 18 SETTEMBRE 2020, N. 19597

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Il* casus decisus. *– 3. Il rilievo degli interessi moratori ai fini anti-usura. – 4. Accertamento dell'usurarietà degli interessi moratori: affermazione e negazione del principio di simmetria. – 5. La "transtipicità" del rimedio applicabile e il ricalcolo nella misura degli interessi corrispettivi leciti. – 6. L'interesse ad agire tra usura in astratto e in concreto. – 7. Conclusioni.*

1. – Con la sentenza 18 settembre 2020, n. 19597 [1], l'intervento della Suprema corte –

[1] A commento di Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, si vedano: A. STILO, *Usura e interessi di mora: secondo le Sezioni Unite è questione di simmetria*, in *Contratti*, 2020, 639 ss.; C. COLOMBO, *Interessi di mora e disciplina antiusura. Prime osservazioni a margine della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, in *Corr. giur.*, 2020, 1305 ss.; E. QUADRI, *La via delle sezioni unite alla rilevanza usuraria degli interessi moratori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 184 ss.; F. PIRAINO, *Gli interessi moratori usurari ma* contra legem, ivi, 196 ss.; ID., *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, in *Contratti*, 2021, 5 ss.; G. COLANGELO, *Le Sezioni Unite della Cassazione e la salvezza degli interessi moratori: il divorzio dalla matematica e la tutela del contraente forte*, *ivi*, 89 ss.; P. IAMICELI, *Credito al consumo, nullità parziale e integrazione del contratto: la sorte dei tassi moratori tra vessatorietà della clausola e disciplina anti-usura*, ivi, 102 ss.; L. MORISI, *Usura e interessi di mora:* in medio stat virtus*?*, *ivi*, 113 ss.; U. SALANITRO, *Il disincanto del Giudice. Gli interessi moratori usurari nel prisma delle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 1 ss.; A. GENTILI, *Usura e interessi moratori dal punto di vista della ratio legis*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 1, 93 ss.; A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e l'«usura degli interessi moratori». Spunti critici*, ivi, 107 ss.; F. ASTONE, *Usura e interessi moratori: la parola finale, tra principi legislativi e diritto giurisprudenziale*, *ivi*, 2, 231 ss.; C.A. VALENZA-A. CINQUE, *Interessi moratori e usura. Riflessioni a margine di Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597*, in *Contr. impr.*, 2021, 2, 630 ss.; A. PALMIERI, *Usura e interessi moratori: questo matrimonio s'ha da fare*, in *Foro it.*, 2021, 2, 581 ss.; A. BARENGHI, *Mora usuraria e interessi corrispettivi: le Sezioni unite disinnescano il contenzioso*, in *Giur. it.*, 2021, 3, 572 ss.; M. SCOTTO DI CARLO, *Le Sezioni Unite sull'applicazione della disciplina antiusura agli interessi moratori: luci e ombre*, in *Danno resp.*, 2021, 2, 207 ss.; B. PETRAZZINI, *Interessi moratori e usura: l'intervento delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2021, 6, 1395 ss.; F. GRECO-A. ZURLO, *Interessi moratori, usurarietà e tutela consumeristica: considerazioni a margine dell'alchimia delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 4, 1192 ss.



non estraneo, quantomeno nell'ultimo lustro, alle ambiguità applicative destate dalla legislazione anti-usura [2] – investe la "questione di massima di particolare importanza" [3] dei controversi rapporti tra la mora e l'usura, nel faticoso tentativo di fronteggiare le incertezze generate da un'ondivaga giurisprudenza di merito e di guidare l'interprete nell'eterogeneità di vedute in dottrina.

A tal fine la Corte, a Sezioni Unite, enuncia sette principi di diritto:

1) sulla compatibilità tra la disciplina anti-usura e gli interessi moratori («La disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo

---

[2] L'intervento delle Sezioni Unite segue i precedenti di Cass., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24675, sull'usura sopravvenuta (in *Foro it.*, 2017, I, c. 3274 ss., con nota di G. CARRIERO, *Usura sopravvenuta. C'era una volta?*; e ivi, c. 3285 ss., con nota di G. LA ROCCA, *Usura sopravvenuta e «sana e prudente gestione» della banca: le sezioni unite impongono di rimeditare la legge sull'usura a venti anni dall'entrata in vigore*; in *Ilcaso.it*, 28 febbraio 2017, con nota di A. DOLMETTA, *Al vaglio delle Sezioni Unite l'usura sopravvenuta*; in *Dir. civ. cont.*, 30 ottobre 2017, con nota di S. ALECCI, *Le Sezioni Unite e il tramonto dell'«usura sopravvenuta»*; in *Corriere giur.*, 2017, 1484 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*; e *ivi*, 1495 ss., con nota di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*; in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, vol. XVI, 2018, 52 ss., con nota di F. GIULIANI, *Riflessioni su Cassazione 19 ottobre 2017 n. 24675: le Sezioni Unite decretano il definitivo tramonto dell'usura sopravvenuta*) e di Cass., sez. un., 20 giugno 2018, n. 16303, sui rapporti tra usura e commissione di massimo scoperto (in *Guida al dir.*, 2018, 30, 26 ss., con nota di F. MAZZINI, *Il Cms oggetto di separata comparazione*; in *Ilcaso.it*, 2018, con nota di R. MARCELLI, *Le Sezioni Unite (n. 16303/18) legittimano la rilevazione usuraria della CMS, secondo le modalità della circolare Banca d'Italia del 2 dicembre 2005*; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 659 ss., con nota di U. SALANITRO, *Dal rigetto dell'usura sopravvenuta all'affermazione del principio di simmetria: la strategia delle Sezioni Unite*; in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Usura*, n. 39; in *Foro it.*, 2019, I, c. 591 ss., con nota di G. COLANGELO, *L'usura, la commissione sul massimo scoperto e la Cassazione euroscettica*; in *Giur. it.*, 2019, 858 ss., con nota di M. CALLEGARI-L. QUATTROCCHIO, *Sezioni Unite e la rilevanza della commissione di massimo scoperto: due punti di vista a confronto*; in *Nuova giur. comm.*, 2019, 84 ss., con nota di N. RIZZO, *Le Sezioni Unite consacrano la simmetria come principio della legge anti-usura ma si perdono all'ultimo miglio*; in *Resp. civ. prev.*, 2019, 876 ss., con nota di M. ROBUSTELLA, *Le Sezioni Unite sulla commissione di massimo scoperto: una soluzione di compromesso tra certezza del diritto e giustizia sostanziale*; in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, vol. XVII, 2019, 55 ss., con nota di A. PURPURA, *Commissione di massimo scoperto e usura. Riflessioni a margine di Cassazione 20 giugno 2018, n. 16303*).

[3] Il riferimento è a Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 2019, n. 26946, in *Contratti*, 2020, I, 29 ss., con nota di L. MORISI, *Alla ricerca di una soluzione definitiva (e convincente) in tema di interessi moratori usurari*; ivi, 138 ss., con nota di F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia*; in *Corriere giur.*, 2020, I, 26 ss., con nota di C. COLOMBO, *Interessi di mora e usura: la parola alle Sezioni Unite*; in *Riv. not.*, 2020, I, 104 ss., con nota di C. CICERO-M. MAXIA, *La questione dei rapporti tra interessi moratori e usura, in attesa delle Sezioni unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 593 ss., con nota di F. PIRAINO, *La rilevanza degli interessi moratori nel giudizio di usura in astratto*; ivi, 655 ss., con nota di E. QUADRI, *Interessi moratori e usura: i nodi che le Sezioni Unite dovranno sciogliere*; in *Giur. it.*, 2020, 1334 ss., con nota di A. BARENGHI, *A volte ritornano: si riapre il problema della mora oggettivamente usuraria*.



per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso»);

2) sull'accertamento dell'usurarietà degli interessi moratori in presenza di una rilevazione media ministeriale («La mancata indicazione dell'interesse di mora nell'ambito del T.e.g.m. non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo ed unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché "fuori mercato", donde la formula: "T.e.g.m., più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto"»);

3) sull'accertamento dell'usurarietà degli interessi moratori in assenza di una rilevazione media ministeriale («Ove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista»);

4) sul rimedio applicabile («Si applica l'art. 1815, comma 2, cod. civ., onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'art. 1224, comma 1, cod. civ., con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti»);

5) sull'interesse ad agire del finanziato («Anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia al momento dell'accordo; una volta verificatosi l'inadempimento ed il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento»);

6) sulla concorrenza con la disciplina consumeristica («Nei contratti conclusi con un consumatore, concorre la tutela prevista dagli artt. 33, comma 2, lett. f), e 36, comma 1, codice del consumo di cui al d.lgs. n. 206/2005, già artt. 1469 *bis* e 1469-*quinquies* cod. civ.»);

7) sull'onere probatorio («L'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., si atteggia nel senso che, da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento; dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto»).



La sequenza dei principi di diritto delle Sezioni Unite contiene l'affermazione della rilevanza usuraria degli interessi moratori ma delinea un itinerario, teso a dare corpo a tale rilevanza, che si presenta alternativo rispetto al dato normativo ricavabile dalla legislazione anti-usura.

In luogo dell'orientamento verso l'istanza di tutela del debitore sovvenuto, con la quale la Corte si sarebbe dovuta piuttosto misurare, l'impressione è che, nell'individuare le ragioni sottese alla legislazione del 1996, il *favor debitoris* dichiarato dalla Suprema Corte rimanga tradito da una maggiore attenzione alle ben note logiche del primato del credito, inclini in verità a preservare i soggetti forti del mercato creditizio in luogo degli originari destinatari della tutela.

La percezione di un «fine (che) non giustifica i mezzi» [4] e la disillusione che «*in medio stat virtus*» [5] insinuano allora il dubbio che la fiducia riposta nell'opera chiarificatrice della Cassazione non sia stata ripagata da un arresto in grado di porre fine alla tormentata saga e che, come accade per le soluzioni di compromesso, abbia semmai destato ulteriori incertezze.

2. – La controversia che ha dato origine alla sentenza in commento ruota attorno all'inadempimento di un contratto di credito al consumo, a fronte del quale una società finanziaria aveva ottenuto un decreto ingiuntivo per il pagamento delle rate scadute, nonché degli interessi moratori al tasso del 17,57% annuo e di due penali pattuite per l'inadempimento del consumatore.

All'esito del giudizio di opposizione al decreto, il Tribunale di Genova ha riscontrato l'abusività delle clausole contenute nelle condizioni generali di contratto relative alle conseguenze dell'inadempimento e ha riconosciuto anche l'usurarietà degli interessi moratori, revocando su tali premesse il provvedimento in parziale accoglimento delle ragioni del consumatore. La decisione veniva condivisa dalla Corte di appello di Genova, sulle base delle medesime ragioni, e da ciò il rigetto delle impugnazioni promosse contro la pronuncia di primo grado.

In seguito alla proposizione del ricorso per Cassazione ad opera della società finanziaria, la Prima sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza interlocutoria del 22 ottobre 2019, n. 26946, ha rimesso al Primo Presidente la questione di particolare impor-

[4] F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, cit., 5 ss.

[5] L. MORISI, *Usura e interessi di mora*: in medio stat virtus*?*, cit., 113 ss.



tanza, prospettata nel ricorso fra i motivi di impugnazione e incentrata sull'applicabilità o meno della disciplina anti-usura agli interessi moratori e sulle conseguenze dell'avvenuto superamento del tasso soglia [6].

E segnatamente, l'ordinanza ventila che la rilevanza usuraria degli interessi moratori potrebbe risultare preclusa dall'esclusione degli interessi moratori tra le voci di costo rilevate trimestralmente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze al fine di determinare il tasso effettivo globale medio (TEGM) e ciò in ossequio al principio di c.d. "simmetria" tra le voci di costo adoperate nella rilevazione media e quelle prese concretamente in considerazione dal giudice per il computo del tasso effettivo globale (TEG).

Nell'eventualità della rilevanza usuraria degli interessi moratori, l'ordinanza solleva l'ulteriore questione se il superamento del tasso soglia implichi o meno il venir meno degli interessi, dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento, e, dunque, «la questione se sia corretta, in presenza di riscontrata nullità o inefficacia della clausola sugli interessi moratori, la statuizione di un residuo obbligo di pagamento della sola sorte capitale per le rate scadute e a scadere, nonché se esista una motivazione al riguardo» (punto 4 della sentenza delle Sezioni Unite).

Rimesse le questioni alle Sezioni Unite, il Supremo consesso le ha dunque affrontate e ha concluso, elaborando i principi di diritto evocati in premessa.

3. – La risposta positiva alla questione prodromica della compatibilità tra la legislazione anti-usura e gli interessi moratori non costituisce di certo un punto di novità nella giurisprudenza di legittimità (rispetto alle più controverse questioni relative al *quomodo* di tale rilevanza).

Già in precedenza la Suprema corte aveva ricavato la rilevanza usuraria degli interessi moratori da una sostanziale identità di funzione tra interessi corrispettivi e moratori, da cui discende l'irragionevolezza di un trattamento differenziato ai fini del rilievo dell'usura [7].

---

[6] Cass., sez. I, 22 ottobre 2019, n. 26946, cit., che ha rimesso al Primo Presidente l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite delle due seguenti questioni: «a) se alla stregua del tenore letterale degli artt. 644 c.p. e 2 l. n. 108/1996, nonché dalle indicazioni emergenti dai lavori preparatori di quest'ultima legge, sia consentito escludere l'assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del TEGM; b) in caso contrario, se, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia determinato in base alla rilevazione del TEGM di cui all'art. 2, comma 1, l. n. 108/1996, oppure se la mera rilevazione del relativo tasso medio imponga di verificarne l'avvenuto superamento nel caso concreto e con quali modalità».

[7] Cass., sez. I, 30 ottobre 2018, n. 27442, in *Giur. it.*, 2019, 2616 ss., con nota di A. BARENGHI, *Interessi*



Una considerazione "troppo angusta" di corrispettività [8] avrebbe occultato, già per troppo tempo [9], l'affinità funzionale degli interessi moratori agli interessi corrispettivi, entrambi preordinati a tenere indenne il creditore della perduta possibilità di impiegare il capitale dovutogli, in linea con il principio della naturale fecondità del denaro.

In dottrina si sottolinea che la redditività della fase fisiologica del rapporto pecuniario viene impiegata, in seguito all'inadempimento, in funzione di reazione alla violazione del vincolo obbligatorio, attraverso la tecnica della maggiorazione dell'interesse, la quale tuttavia non snatura quest'ultimo, preservandone l'essenza di strumento di remunerazione del finanziamento ora esteso all'intera durata del ritardo nell'adempimento [10].

Né le inevitabili distinzioni operanti tra le due *species* sotto altri profili (come la diversità di causazione e la conseguente natura volontaria o meno della remunerazione del capitale che esse rappresentano o, ancora, il diverso fondamento normativo [11]) riuscirebbero a privare gli interessi moratori di rilievo usurario. D'altronde, laddove così non fosse il creditore beneficerebbe di una retribuzione usuraria della mora, che lo alletterebbe in misura maggiore di quanto non facciano gli interessi corrispettivi, assoggettati alle cautele contro gli approfittamenti usurari del creditore.

---

moratori e usura: una presa di posizione enciclopedica della Cassazione; in *Foro it.*, 2019, I, c. 2134 ss., con nota di B. NAZERAJ, *Gli sviluppi dell'acceso dibattito sulla rilevanza degli interessi moratori ai fini della disciplina dell'usura*; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, 1 ss., con nota di P.L. FAUSTI, *Luci e ombre sugli interessi moratori: tra decisioni e novità normative*; *ivi*, 43 ss., con nota di L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte*; in *Dir. civ. cont.*, 21 dicembre 2018, con nota di A. PURPURA, *Interessi moratori e usura. Considerazioni a margine di Cassazione 30 ottobre 2018, n. 27442*; in *Corr. giur.*, 153 ss., con nota di G. GUIZZI, *La cassazione e l'usura... per fatto del debitore*.

[8] Così N. RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 3, 359 ss.

[9] Specie laddove si avvalori l'assunto, portato avanti da Cass., sez. I, 30 ottobre 2018, n. 27442, cit., secondo cui il discrimine tra interessi corrispettivi e moratori costituisca un «falso storico», che la Cassazione denuncia essersi affermato per fini circoscritti, tramandato per «pigrizia esegetica» e privo in epoca attuale di una giustificazione teorica. Già nel diritto romano classico le *usurae moratoriae*, non diversamente da altri interessi dovuti per diritto pretorio (c.d. *ex officio iudicis*), remuneravano egualmente il capitale e quel limite dettato per l'usura pattizia, oltre il quale gli interessi erano illegittimi, si applicava anche all'usura originata da mora. Cfr. A. ARNESE, *Usura e modus. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari, 2013, 1 ss.; A. CHERCHI, *Ricerche sulle "*usurae*" convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012, 1 ss.

[10] Cfr. in proposito F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia*, cit., 141 ss.

[11] A ben vedere il distinto fondamento normativo attuale dei due tipi di interessi costituisce soltanto il retaggio dell'unificazione del codice civile e di commercio sotto il medesimo codice del 1942: l'art. 1282 cod. civ., quale trasposizione dell'art. 40 cod. comm. del 1882, estesa a tutti i crediti, e l'art. 1224 cod. civ., quale derivato dell'art. 1831 cod. civ. del 1865.



Diversa, semmai, è la logica sottesa all'art. 1284 cod. civ., che – aggiunto dall'art. 17, comma 1, del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162 – prevede che, in assenza di convenzione di interessi di mora, il saggio degli interessi legali per i crediti *sub iudice* opera dal momento in cui è proposta la domanda giudiziale, in una misura pari «a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali». In questo caso, l'elevato tasso di interesse avrebbe cura di dissuadere i debitori inadempienti a stare in giudizio speculativamente permanendo il loro inadempimento, palesando un'intenzione normativa che è quella di deflazione del contenzioso [12].

La soluzione adottata della sentenza in commento sottrae, quindi, gli interessi moratori convenuti in una misura sproporzionata al rimedio della riduzione equitativa *ex* art. 1384 cod. civ. [13]: previsione normativa applicabile sulla scorta di una (pur discussa) equiparazione tra gli interessi moratori e la clausola penale [14] (che la Corte ripropone), con conseguente difformità applicativa sul piano nazionale (come espresso al punto 6 della sentenza).

---

[12] S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un* idolum fori*: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284 c.c.*, in *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, a cura di G. D'Amico, 2ª ed., Torino, 2017, 65 ss., spec. 71.

[13] Come di recente sancito da Cass, sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286, favorevole all'applicazione dell'art. 1384 cod. civ. agli interessi convenzionali di mora.

[14] Sull'equiparazione tra gli interessi moratori al tasso convenzionale e la clausola penale, *ex multis*, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 303; ID., *Diritto civile*, vol. 4, *L'obbligazione*, cit., 240; T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, *sub* Artt. 1277-1284, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1959, 564; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, vol. IV, Milano, 1964, 136; M. FRAGALI, *Del mutuo*, *sub* Artt. 1813-1822, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 2ª ed., 1966, 360; M. LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 129; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. IX, Torino, 1984, 563; O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, cit., 112; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, *sub* Artt. 1382-1384, cit., 133 ss.; *contra* N. MUCCIOLI, *Clausole abusive e nullità di protezione: il caso degli interessi moratori eccessivi*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 501, che esclude alla clausola penale l'applicazione dell'art. 1224, comma 1, cod. civ. Cfr. F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in *Gli interessi usurari*, cit., 158.

In giurisprudenza, si vedano Cass. civ., sez. II, 17 marzo 1994, n. 2538, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Interessi*, n. 4.; Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2001, n. 8481; Cass. civ., sez. III, 18 novembre 2010, n. 23273, che ha applicato l'art. 1384 cod. civ. agli interessi moratori, come assai di recente, altresì, Cass. civ., sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286, che ha sancito che «nei rapporti bancari, gli interessi corrispettivi e quelli moratori contrattualmente previsti vengono percepiti ricorrendo presupposti diversi ed antitetici, giacché i primi costituiscono la controprestazione del mutuante e i secondi hanno natura di clausola penale, in quanto costituiscono una determinazione convenzionale preventiva del danno da inadempimento»; nella giurisprudenza ABF, *ex multis*, ABF, Coll. coord., 23 maggio 2014, n. 3412; ABF Napoli, 3 maggio 2016, n. 4046.



Rispetto all'alternativa di includere gli interessi moratori nella fattispecie di usura in concreto [15], conformemente a un certo orientamento dell'ABF [16], la pronuncia in commento è contraria, propendendo per la loro collocazione nell'alveo dell'usura in astratto [17] sulla scorta di ragioni che attingono sia all'argomento letterale sia a quello teleologico.

In primo luogo, una diversa indicazione non sarebbe riscontrabile dal combinato disposto degli artt. 644, commi 1, 2 e 4, cod. pen., e 1815, comma 2, cod. civ., nonché dall'art. 2 della l. n. 108/1996, e dall'art. 1 del d.l. n. 394/2000. Quest'ultima previsione offre un argomento decisivo per ritenere che l'usurarietà vada valutata al momento della pattuizione e «a qualsiasi titolo», essendo dunque irrilevante la qualità giuridica della fonte dell'obbligazione da interessi per l'assoggettamento alle norme anti-usura, come comprovato dai lavori preparatori della stessa legge [18].

Ma è dalle *rationes* della disciplina richiamata che la Cassazione trae un argomento dirimente a sostegno della soluzione "inclusiva": le istanze di repressione della criminalità economica, di direzione del mercato creditizio e di stabilità del sistema bancario so-

---

[15] In favore della quale E. QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.*, 1999, 894; ID., voce *Usura (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, agg. VIII, Roma, 2000, 1 ss.; ID., *Interessi moratori e usura: i nodi che le Sezioni Unite dovranno sciogliere*, cit., 657; U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori:* ratio legis *e disapplicazione del tasso-soglia*, in *Gli interessi usurari*, cit., 123 ss., spec. 126 ss.; G. CARRIERO, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2016, 1, 104 ss.; L. MORISI, *Usura e interessi di mora:* in medio stat virtus*?*, cit., par. 3.

[16] Tra le tante, ABF, Coll. coord., 28 marzo 2014, n. 1875, in *Foro it.*, 2014, I, 1130 ss., che prevede che «il soddisfacimento delle ragioni creditorie non è più affidato alla fisiologica esecuzione del contratto, ma ai rimedi che assistono il debitore deluso, il quale può anche rimanere tale per sempre. Da ciò deriva la necessità logica di differenziare i due tipi di interessi»; in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, 928 ss., con nota di M.N. MIZZAU, *La riduzione equitativa degli interessi moratori sproporzionati nell'attuale mercato del credito*; ABF Roma, 17 gennaio 2014, n. 260, e ABF, Coll. coord., 30 aprile 2014, n. 2666, entrambe in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 482 ss., con nota di F. VOLPE, *Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro bancario e finanziario*; ABF Roma, 23 maggio 2014, in *Contratti*, 2014, 737 ss., con nota di F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*; ABF, Coll. coord., 24 giugno 2014, n. 3955, in *Contratti*, 2015, 257 ss., con nota di G. COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte UE, Corte costituzionale e Corte di Cassazione*.

[17] In tal senso, di recente, F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in *Gli interessi usurari*, cit., 151 ss., spec. 192 ss.; ID., *Gli interessi moratori usurari ma* contra legem, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 196 ss.; ID., *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, in *Contratti*, 2021, 5 ss.; L. PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali*, Torino, 2019, 51 ss. G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in *Gli interessi usurari*, cit., 30 ss.; A. PURPURA, *Autonomia privata, responsabilità e attuazione coattiva del credito*, Torino, 2020, 103 ss.; E. LABELLA, *Interessi di mora e applicabilità della normativa antiusura*, in *Contratti*, 2017, 2, 133 ss.

[18] In tal senso, la Relativa relazione di accompagnamento in aula (al punto 4 del d.d.l. S-4941) confermava l'intento legislativo di chiarire che l'accertamento di usurarietà attenesse a qualunque tipo di tasso di interesse «sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio».



no considerate recessive rispetto alla «esigenza primaria di non lasciare il debitore alla mercé del finanziatore: il quale, se è subordinato al rispetto del limite della soglia usuraria quando pattuisce i costi complessivi del credito, non può dirsi immune dal controllo quando, scaduta la rata o decorso il termine pattuito per la restituzione della somma, il denaro non venga restituito e siano applicati gli interessi di mora, alla cui misura l'ordinamento (cfr. art. 41 Cost.) e la disciplina *ad hoc* dettata dal legislatore ordinario non restano indifferenti» (punto 6 della pronuncia in commento).

La soluzione accolta dalla Corte su questo primo punto non spazza, tuttavia, ogni perplessità. In senso contrario all'argomento letterale addotto, potrebbe invece argomentarsi che la locuzione «a qualunque titolo» è collocata dopo le parole «promessi o comunque convenuti», e non immediatamente dopo il termine «interessi» [19]: il che potrebbe costituire indice del riferimento dell'inciso ai soli costi accessori del credito di fonte negoziale, e non anche ai costi della mora.

Quanto all'argomento sistematico, quella dichiarata prevalenza della tutela del fruitore del finanziamento tra le varie ragioni sottese alla repressione degli interessi usurari è ben presto deposta dalla stessa Corte, più avanti nel corpo della motivazione, quando si scende sul terreno dell'accertamento dell'usurarietà degli interessi moratori e si adotta una modalità diversa rispetto a quella dei corrispettivi. E oltretutto, lo stesso computo del tasso di usura per il tramite di un tasso-soglia ricavato dalla media di mercato dei costi delle diverse categorie di finanziamento (TEGM), com'è noto funzionale a calmierare i costi dei finanziamenti, è un vistoso indice di come l'esigenza di direzione del mercato del credito non sia obiettivo che possa essere facilmente dismesso, se non in difformità del dato normativo [20].

4. – Pronunziatesi in senso favorevole all'inclusione degli interessi di mora nella fattispecie di usura in astratto, le Sezioni Unite giungono poi alla questione ulteriore delle modalità di accertamento dell'usurarietà di tale *species* di interessi.

---

[19] Cfr. L. MORISI, *Usura e interessi di mora:* in medio stat virtus*?*, cit., par. 2; F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, cit., 9.

[20] Come osservato da G. D'AMICO, *Postilla (2017). Sul c.d. "principio di simmetria" tra elementi che concorrono alla determinazione del T.E.G. (ai fini del giudizio di "usurarietà") ed elementi oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del T.E.G.M.*, in *Gli interessi usurari*, cit., 63 e F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, cit., 9 e, di recente, anche da VALENZA-CINQUE, *Interessi moratori e usura. Riflessioni a margine di Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597*, cit., 644 e 645.



È noto che la soluzione di un confronto puro e semplice del saggio di interesse pattuito nel contratto con il tasso soglia calcolato con riferimento a quel tipo di contratto, senza tenere in conto alcuna maggiorazione o incremento, abbia attratto le obiezioni di quanti osservano che la rilevazione media che dà origine al tasso soglia debba necessariamente adeguarsi alle diverse vicende del rapporto di obbligazione, così da conformare il giudizio di usurarietà in modo coerente [21].

Si sostiene, quindi, che la funzione di contenimento dei costi del credito, svolta dalla soglia di usura, richieda il raffronto tra entità omogenee.

Tra le voci di costo oggetto di rilevazione trimestrale non rientra la maggiorazione media degli interessi corrispettivi dovuta alla previsione di clausole sul tasso convenzionale degli interessi moratori: la ragione dell'esclusione è usualmente individuata, anche dalla Banca d'Italia nelle proprie Istruzioni, nell'esigenza di contenere l'innalzamento del tasso soglia che deriverebbe dalla presa in considerazione anche della misura media degli interessi moratori e di scongiurare, così, che sotto il vessillo della maggior tutela del debitore-sovvenuto si consumi un'eterogenesi dei fini.

E tuttavia, in dottrina e in giurisprudenza si suole appigliarsi ai decreti trimestrali del Ministero dell'Economia e delle Finanze che, a partire dal d.m. 25 marzo 2003, riportano i risultati di un'indagine di mercato secondo cui, nei casi di ritardato pagamento, la maggiorazione stabilita contrattualmente è mediamente pari a 2,1 punti percentuali.

A dispetto della sua mera finalità conoscitiva e della mancata cadenza trimestrale, tale dato percentuale viene talvolta adoperato per calibrare una soglia di usura *ad hoc* per gli interessi moratori, come, d'altro canto, è suggerito addirittura dall'art. 4, comma 4, dei "*Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura*" resi dalla Banca d'Italia il 3 luglio 2013 [22].

Dal d.m. 21 dicembre 2017, inoltre, si è cominciato a distinguere all'interno di tale tasso, in base alla diversità di operazione, tra mutuo ipotecario ultraquinquennale (mag-

---

[21] Tra i tanti, cfr. G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in *Gli interessi usurari*, cit., 30 ss. e U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori:* ratio legis *e disapplicazione del tasso-soglia*, in *Gli interessi usurari*, cit., 141 ss.

[22] Si osserva d'altronde che le indicazioni della Banca d'Italia costituiscono una "norma tecnica autorizzata", che non viola il potere del legislatore in materia penale, ma riflette, semmai, un riconoscimento alla posizione di garanzia ricoperta dall'autorità di vigilanza, espressione di un raccordo tra la politica e la tecnica, nel quale la prima evita di ingerirsi negli spazi di regolazione riservati alla seconda. Cfr. A. PURPURA, *Autonomia privata, responsabilità e attuazione coattiva del credito*, cit., 110; F. CAPRIGLIONE, *Il rapporto tra politica e tecnica. Le Autorità di vertice*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2016, 117 ss.



giorazione media pari a 1,9 %), *leasing* (maggiorazione media pari a 4,1 %) e il complesso degli altri prestiti (maggiorazione media pari a 3,1 %).

Di contro, però, una parte della dottrina ha osservato che il raffronto tra TEGM e TEG sarebbe di per sé asimmetrico, in quanto i due tassi assolvono a funzioni diverse, alle quali tecnicamente non possono che corrispondere calcoli e modalità di inclusione differenti: il tasso-soglia, che assume a sua base il TEGM, include esclusivamente i costi fisiologici, effettuando una stima statistica attraverso modelli mutevoli nel tempo che accompagnano l'evoluzione del mercato e rappresentando, dunque, un dato storico e generale; il TEG invece costituisce un dato concreto, di portata prescrittiva, coincidente con le commissioni, le remunerazioni a qualsiasi titolo e le spese previste dal contratto per l'erogazione del credito (art. 644, comma 4, cod. pen.) [23].

Le differenze contenutistiche tra i due tassi avrebbero peraltro il pregio di conferire una certa elasticità all'accertamento dell'usurarietà degli interessi, in modo da consentire che il singolo contratto di finanziamento possa contemplare anche remunerazioni o vantaggi ulteriori, c.d. "atipici", senza la necessità di ricorrere a una maggiorazione aggiuntiva [24].

Imporre invece l'omogeneità, laddove il raffronto operi fisiologicamente tra due elementi asimmetrici, comporterebbe il rischio di concedere agli istituti di credito impunità per l'inclusione di tutti quei costi estranei alla rilevazione trimestrale, che pertanto sfuggirebbero al sindacato giudiziale di usura fintantoché le istruzioni della Banca d'Italia non ne diano conto. E risulta ulteriormente discutibile che l'introduzione di un tasso soglia *ad hoc*, sprovvisto di un supporto normativo – e dunque *contra legem* – serva per giustificare eventuali approfittamenti degli istituti di credito, lesivi proprio di quell'istanza di tutela del finanziato.

Orbene, le Sezioni Unite – nonostante in altre occasioni le sezioni semplici abbiano disapprovato quella prassi seguita dalla Banca d'Italia [25] – si orientano dapprima per l'affermazione del principio di simmetria (punto 7, ii.3 della sentenza), mostrandosi favorevoli all'applicazione di quella maggiorazione media prevista per gli interessi moratori laddove i decreti ministeriali la rilevino (e, così facendo, si pongono sulla stessa scia del precedente sulla commissione di massimo scoperto [26]), per poi negare lo stesso prin-

---

[23] F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia*, cit., 147.

[24] F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, cit., 11.

[25] Così Cass., sez. I, 30 ottobre 2018, n. 27442, cit., che in assenza di una previsione normativa ha definito «fantomatico» quel tasso di "mora-soglia" ottenuto dall'incremento praticato conformemente alla rilevazione contenuta nei decreti ministeriali.

[26] Così Cass., sez. un., 20 giugno 2018, n. 16303, cit., che ha stabilito che le commissioni di massimo



cipio in caso di assenza di una rilevazione media ministeriale, come avveniva prima del d.m. 25 marzo 2003 (punto 7, iii della sentenza), in nome di quella logica "compromissoria" che pervade la pronuncia. In questo caso quel margine, previsto nella legge antiusura, di tolleranza sino al raggiungimento della soglia, offrirebbe – secondo le Sezioni Unite – uno spazio di manovra per l'applicazione di un interesse moratorio lecito. Eppure, una siffatta deroga non sarebbe possibile ammetterla nei confronti di un principio, come quello di simmetria, ricavato per via di "astrazione generalizzatrice" dal complesso delle norme sull'usura [27], come tale immune da ipotesi in cui esso non operi, che ne inficerebbero la portata [28].

Ne consegue che la soluzione adottata – dunque una terza via tra quella della rilevazione autonoma dell'usurarietà dei moratori e quella opposta, più ossequiosa al dato normativo – sottende alla duplicità dell'accertamento di usura un profilo di contraddittorietà, che oltretutto giungerebbe a discriminare il cliente di un'operazione assistita da rilevazione trimestrale, rispetto a quel cliente che, assunte le vesti di parte di un'operazione sprovvista di rilevazione trimestrale, sarebbe beneficiato dal più facile esubero dalla soglia.

5. – Individuata la modalità di accertamento dell'usura degli interessi di mora, le Sezioni Unite si pronunciano sulle controverse conseguenze della nullità dell'interesse di mora usurario sul rapporto obbligatorio [29], determinandosi in senso favorevole all'applicazione della sanzione della gratuità del contratto agli interessi usurari moratori, come previsto dall'art. 1815, comma 2, cod. civ.

---

scoperto devono essere oggetto di una comparazione separata rispetto a quella riguardante il TEG, prevedendo il raffronto con un apposito tasso soglia per le commissioni, c.d. "CMS soglia", ottenuto dall'aumento della media delle commissioni sino alla metà del loro valore, indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 108 del 1996. In questo caso, tuttavia, l'eventuale eccedenza della commissione in concreto applicata sulla "CMS soglia" non basta a desumerne l'usurarietà, potendo essere compensata dal "margine" corrispondente alla differenza tra il tasso soglia di usura e il tasso d'interesse praticato in concreto. Per il caso in cui la commissione superi il relativo limite ma gli interessi si attestino sotto soglia, la Corte rileva che «qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla "CMS soglia" sia inferiore a tale "margine" è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge».

[27] Cfr., tra tutti, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 10 ss., ora in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi, Milano, 2011, 165 ss.

[28] Così F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, cit., 12.

[29] Per una ricognizione del dibattito sulle conseguenze dell'usurarietà degli interessi moratori, tra i tanti, cfr. A. PURPURA, *Autonomia privata, responsabilità e attuazione coattiva del credito*, Torino, 2020, 111-122.



La Cassazione osserva che, se in altri ordinamenti europei il legislatore ha scelto diversamente – ad esempio prevedendo la mera restituzione del *surplus* rispetto alla soglia – il legislatore italiano ha invece optato in senso contrario, avallando una pacifica "transtipicità" della previsione normativa, che risponde all'esigenza di preservare il prezzo del denaro.

Il Collegio reputa però che, in caso di superamento del tasso soglia – peraltro opportunamente modificato, come si è già chiarito – per effetto della clausola di determinazione del tasso convenzionale degli interessi moratori la "sanzione" della caducazione integrale riguardi soltanto gli interessi moratori, senza estendersi agli interessi corrispettivi e agli altri costi e remunerazioni.

In altri termini, le Sezioni Unite istituiscono – anche in questo caso in difformità rispetto al dato normativo – un sindacato individualizzato degli interessi moratori in forza del quale, ove l'interesse corrispettivo sia di per sé considerato lecito e solo la misura degli interessi moratori applicati comporti il superamento della predetta soglia usuraria, solo questi ultimi vanno considerati illeciti e preclusi, mentre continueranno a essere dovuti gli interessi corrispettivi ai quali, in quanto leciti, si potranno commisurare gli interessi moratori azzerati dalla nullità *ex* art. 1815, comma 2, cod. civ., in applicazione dell'art. 1224, comma 1, secondo periodo, cod. civ. In tal modo, la Suprema corte ritiene di scongiurare l'esito odioso di lasciare l'inadempimento del debitore sovvenuto sprovvisto di conseguenze sul fronte risarcitorio [30], tenuto conto che la natura usuraria degli interessi moratori al tasso convenzionale non cancella il fatto che un inadempimento del contratto di finanziamento da parte del sovvenuto vi è comunque stato.

Riproponendo sinteticamente in questa sede il dibattito antecedente alla pronuncia in commento, la soluzione di applicare agli interessi moratori usurari la sanzione civilistica prevista per gli interessi corrispettivi dall'art. 1815, comma 2, cod. civ. sconta una serie di obiezioni che peraltro si ripropongono anche al cospetto della decisione in commento.

Una prima obiezione è di ordine sistematico: nel suo riferirsi all'obbligo di corrispondere interessi nel mutuo, l'art. 1815, comma 1, cod. civ. guarda ai soli interessi convenzionali corrispettivi e, pertanto, il comma successivo non può avere una portata applicativa più ampia, estendendosi anche agli interessi moratori [31]. Nonostante l'affinità strutturale e funzionale in precedenza evidenziata, non può essere trascurata l'incontestabile

[30] Così invece Cass. civ., 17 ottobre 2019, n. 26286, che ha esteso la regola della "gratuità" anche all'inadempimento.

[31] Cfr. E. LABELLA, *Interessi di mora e applicabilità della normativa anti-usura*, cit., 133 ss.



diversità della causa delle due tipologie di interessi. A ciò si aggiunga un argomento pragmatico, legato alla giustezza della soluzione applicativa: l'estensione dell'art. 1815, comma 2, cod. civ. agli interessi moratori rischierebbe di premiare con la gratuità del mutuo la mora del debitore, la quale rimarrebbe senza effetto nell'economia del rapporto a scapito del creditore che ha subìto l'altrui inadempimento.

In questa direzione già la Relazione del Ministro Grandi al vigente codice civile giustificava – al par. 594 – la mancata riproduzione nel codice del 1942 dell'art. 1831, comma 4, del codice previgente, che comminava il divieto di pattuire in forma orale interessi oltre la misura legale, con l'esigenza di evitare il vantaggio ingiusto del debitore, che «poteva sentirsi incoraggiato a promettere spontaneamente un interesse usuraio per non corrispondere poi nemmeno quello legale».

Alla medesima conclusione si giungerebbe valorizzando la predicata natura "eccezionale" dell'art. 1815, comma 2, cod. civ.[32]: *a*) sia nella misura in cui consenta l'eccezionale sopravvivenza del negozio nullo (in tale direzione opererebbe la regola posta dall'art. 1423 cod. civ., secondo cui la convalida del negozio nullo non è ammessa che nelle sole ipotesi previste dalla legge); *b*) sia nella misura in cui deroghi alla regola sancita dall'art. 1424 cod. civ., secondo cui la conversione del negozio nullo opera qualora le parti, ove fossero state consapevoli della nullità, avrebbero concluso il diverso negozio, avuto riguardo allo scopo perseguito. L'eccezionalità della conversione, imposta alle parti, sarebbe dunque insuscettibile di un'applicazione analogica, alla quale osterebbe l'art. 14 delle Preleggi.

Ad ogni modo, si potrebbe ovviare all'inapplicabilità dell'art. 1815, comma 2, cod. civ. agli interessi moratori, facendo ricorso per la pattuizione usuraia del tasso degli interessi moratori alla nullità *ex* art. 1418 cod. civ. (ma a condizione che manchi altra previsione normativa applicabile, come si desume dalla clausola di esclusione «salvo che la legge disponga diversamente»); anche tale soluzione, tuttavia, non mette al riparo dal rischio di sollecitare gli approfittamenti del debitore connessi alla mancata repressione della mora.

Già da tempo risalente rispetto alla decisione del giudice di legittimità, la ricerca di soluzioni alternative da applicare ai moratori, in luogo dell'art. 1815, comma 2, cod. civ., si era orientata: *a*) alla riduzione equitativa della liquidazione sottesa ai moratori *ex* art.

---

[32] Come già in A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 370 ss.; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, in *I contratti per l'impresa*, II, *Banca, mercati, società*, a cura di G. Gitti-M. Maugeri-M. Notari, Bologna, 2012, 33; G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, in *Contratti*, 1996, 226.



1384 cod. civ. (come si è anticipato, dando per scontato una equiparazione degli interessi moratori alla penale e con il rischio di soluzioni non omogenee); *b*) alla nullità del negozio in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 cod. civ. per elusione della disciplina anti-usura, specie nella giurisprudenza ABF [33], laddove il creditore avesse posto al debitore un termine per l'adempimento di immediata scadenza, in modo da accrescere gli interessi moratori da corrispondere in luogo dei corrispettivi (essendo solo questi ultimi travolti dalla "mannaia" dell'art. 1815, comma 2, cod. civ.; *c*) alla nullità parziale ai sensi dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., della sola porzione di interesse eccedente la soglia, soluzione che avrebbe lasciato impregiudicata l'onerosità del contratto [34], applicando agli interessi convenzionali moratori le norme generali che vogliono che essi vengano ricalcolati al tasso legale come previsto dall'art. 1224 cod. civ. [35].

Vero è che anche l'applicazione di quest'ultima previsione normativa agli interessi moratori usurari, per consentirne un ricalcolo nella misura legale, non è andata esente da critiche. Si è infatti osservato che la corresponsione degli interessi nella loro misura legale genererebbe un prezzo imposto, sviando l'originaria connotazione funzionale della legislazione anti-usura [36].

Tornando alla pronuncia in commento, occorre evidenziare un'ulteriore contraddizione: a prescindere dal rimedio utilizzabile, il sindacato di usurarietà degli interessi moratori distinto rispetto a tutte le altre voci di costo e di remunerazione comporta che la loro eventuale sporgenza rispetto al tasso soglia non si riverbera sull'eventuale interesse corrispettivo, il quale resta lecito nella misura originariamente pattuita senza subire alcuna conseguenza.

Ne discende che il loro ricalcolo nella misura dei corrispettivi leciti *ex* art. 1224, comma 1, cod. civ. potrebbe operare anche nel caso in cui si ricorra, in luogo dell'art. 1815, comma 2, cod. civ. alla nullità parziale *ex* art. 1419 cod. civ. È evidente, allora,

---

[33] In tal senso ABF, Coll. coord., 28 marzo 2014, n. 1875, cit.; cfr. ABF, Coll. coord., 23 maggio 2014, n. 3412; ABF Napoli, 3 maggio 2016, 4046; conforme, sul punto, Trib. pen. Roma, 3 giugno 2014, n. 9577; Trib. civ. Roma, 7 maggio 2015.

[34] Così S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un* idolum fori*: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284 c.c.*, cit., 77, spec. nt. 31, che ravvisa nell'art. 1419, comma 1, cod. civ. una «specificità connotativa» dei moratori.

[35] Il principale precedente giurisprudenziale in proposito è Cass., sez. I, 30 ottobre 2018, n. 27442, cit.; ma in tal senso anche G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale e interpretazione "autentica"*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, 60 ss.; F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in *Gli interessi usurari*, cit., 212, spec. 217; S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un* idolum fori*: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284 c.c.*, cit., 75 ss.

[36] Cfr. N. RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, cit., 388 ss.



che la premessa, costituita dall'estensione dell'art. 1815, comma 2, cod. civ. agli interessi moratori e dalla conseguente applicazione dell'effetto "sanzionatorio" della gratuità del finanziamento anche sotto il profilo delle conseguenze dell'inadempimento, finisce per essere smentita sul piano delle conseguenze concrete, visto che gli interessi moratori vengono considerati comunque dovuti e, per di più, non al tasso legale, ma nella ben più elevata misura del tasso convenzionale degli interessi corrispettivi leciti.

Una soluzione, questa, che, anche a voler sorvolare sulla contraddizione, svela la *ratio decidendi* inespressa della pronuncia in esame: quella di censurare la pratica della maggiorazione eccessiva degli interessi moratori e, in pari tempo, garantire alle banche un adeguato risarcimento da ritardo nella restituzione della somma finanziata, nonostante la consumata usura in astratto.

Nella logica della deterrenza dell'inadempimento del sovvenuto, in luogo degli interessi moratori usurari, un qualche interesse va corrisposto. D'altronde, spesso la legislazione quanto l'autonomia privata fissano soglie di inadempimento rilevante (come negli artt. 40, comma 2, e 120-*quinquiesdecies* Tub) senza il cui esubero la mora non scatterebbe.

Nel nome allora di una tutela del creditore dai ritardati pagamenti, piuttosto che la tanto declamata tutela del debitore, si mette capo a una diversità di trattamento tra le conseguenze dell'usura di un interesse corrispettivo e quelle dell'usura di un interesse moratorio.

Una differenziazione, peraltro, già caldeggiata dalle Sezioni Unite laddove esse avevano diversificato le modalità di accertamento dell'usura dei due tipi di interessi con la creazione di una soglia *ad hoc*, sia pur *contra legem*. Ecco allora che la Corte, nell'individuazione del costo dell'inadempimento pur in presenza di usura, piuttosto che ridurre gli interessi moratori usurari nella misura conseguente all'applicazione del tasso legale – del tutto ineffettiva sul piano della reazione all'inadempimento – stabilisce una loro decurtazione alla misura degli interessi corrispettivi dichiarati nulli.

È difficilmente contestabile che la soluzione, anche in questo caso, cerchi con un certo affanno di realizzare un compromesso, già sotteso all'arbitraria sottoposizione degli interessi moratori a un vaglio distinto da quello dei corrispettivi.

Il bilanciamento degli interessi contrapposti finisce però per pendere a favore della preservazione dell'istituto di credito sotto le spoglie dell'esigenza di riduzione del contenzioso, perseguita disincentivando la contestazione del carattere usurario dei contratti di finanziamento, alla luce della circostanza che il debitore dovrebbe comunque corrispondere gli interessi nella misura dei corrispettivi leciti. Una deflazione che è ben mag-



giore rispetto a quanto lo sia nella prospettiva dell'abbattimento degli interessi moratori alla sola misura legale [37].

Conseguentemente, il risultato è tutt'altro che confortante per il debitore, in quanto ci si allontana da quella funzione di repressione dell'usura, perseguita con lo strumento della drastica riduzione della redditività del contratto di finanziamento a tutela del finanziato.

Tuttavia – come le Sezioni Unite ricordano al punto 5, vii della pronuncia in commento – resterebbe parimenti salda, in capo al debitore, la possibilità di ricorrere alla nullità prevista dall'art. 33, comma 2, lett. f), cod. cons., nei soli contratti conclusi tra professionisti e consumatori, qualificando l'interesse moratorio usurario come una clausola abusiva (e fino a prova contraria) e conseguendone l'inefficacia della sola clausola vessatoria, fermo restando che il contratto possa continuare a produrre effetti per le sue previsioni lecite.

Una siffatta facoltà risulta consentita dall'art. 6 direttiva 93/13/CEE, che prevede che il contratto, una volta che la clausola abusiva sia stata disapplicata, «resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive». Una tale previsione normativa, come nell'interpretazione compiuta dalla Corte di Giustizia [38], è stata tradizionalmente considerata di ostacolo all'integrazione giudiziale del contratto, che sostituisca alla clausola abusiva una disposizione suppletiva, tale da infliggere al creditore la perdita di un rimedio effettivo contro l'inadempimento del consumatore [39].

---

[37] Così F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, cit., 14.

[38] Così CGUE, 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. J. Calderón Camino*, in *Contratti*, 2013, 16 ss., con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e «massimo effetto utile per il consumatore»: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*; CGUE, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek Brusse e de Man Garabito c. Jahani BV*, in *Foro it.*, 2014, IV, 3, e in questa *Rivista*, 2013, 388 ss., con nota di R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*; CGUE, 30 aprile 2014, n. 26, causa C-26/13, *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, in *Contratti*, 2014, 854 ss., con nota di S. 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., e in *Dir. civ. cont.*, 25 giugno 2014, con nota di A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*; CGUE 21 gennaio 2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, *Unicaja Banco, SA e Caixabank SA c. José Hidalgo Rueda e a.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 417 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Il* restatement *della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*; più di recente CGUE, 7 agosto 2018, cause riunite C 96/16, *Banco Santander SA*, e C-94/17, *Rafael Ramon Escobedo Cortes*, punto 73.

[39] Così S. PAGLIANTINI, *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia*, *Profili sull'integra-*



Ed anche di recente, la Corte di Giustizia ha chiarito che la direttiva non è scalfita da una prescrizione nazionale (nella specie, dovuta ai precedenti giurisprudenziali della Corte Suprema spagnola) secondo cui, pur caduta la clausola sugli interessi moratori, continuano ad essere dovuti quelli corrispettivi, e ciò in quanto la direttiva 93/13/CEE non osta a che si giunga alla soppressione integrale di questi interessi, pur continuando a maturare gli interessi corrispettivi previsti da detto contratto.

Orbene, la constatazione che la tutela consumeristica ammetta la repressione della pattuizione usuraria senza svincolare il consumatore inadempiente dall'obbligo di risarcire, e dunque consentendo l'operatività delle parti lecite della convenzione tra professionista e consumatore, costituisce per le Sezioni Unite ulteriore argomento per potere avvalorare la perdurante vincolatività per il "non consumatore" delle clausole contrattuali relative alla misura degli interessi corrispettivi leciti. Viceversa, il trattamento del debitore "non consumatore" in mora, se fosse del tutto svincolato dalla corresponsione dei corrispettivi leciti (come accadrebbe applicando la sanzione della conversione del finanziamento da oneroso in gratuito) sarebbe addirittura migliore di quello del consumatore moroso, il quale resta tenuto a corrispondere gli interessi dovuti in forza del contratto epurato della pattuizione abusiva [40].

Dinanzi al debitore consumatore opererebbe, allora, un cumulo di rimedi, il cui concorso però pone un'altra questione [41], che le Sezioni Unite rinviano alla decisione delle sezioni semplici.

6. – A questo punto, le Sezioni Unite affrontano il nodo della possibilità per il debitore di agire per l'accertamento del carattere usurario degli interessi anche prima che si sia

---

zione del contratto abusivo parzialmente nullo, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 110 ss.; S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, *ivi*, 110 ss.; *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di giustizia*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto-L. Nivarra, Torino, 2016, 98; S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, 57, nt. 68, lett. *b*; U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori:* ratio legis *e disapplicazione del tasso-soglia*, cit., 137 ss.

[40] Sul punto, cfr. F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia*, cit., 158.

[41] Si tratta della questione sollecitata dalla mancata declaratoria giudiziale di inefficacia della clausola per vessatorietà della pattuizione: a seguito dell'accertamento del carattere vessatorio della clausola che stabiliva il tasso degli interessi moratori, la sentenza impugnata non si sarebbe limitata a dichiararne l'inefficacia, donde la conseguente applicazione del tasso degli interessi corrispettivi stabilito nel contratto, ma ne ha previsto la più rigorosa sanzione della nullità ai sensi dell'art. 1815, comma 2, cod. civ.



verificato l'inadempimento presupposto per la decorrenza degli interessi di mora: questione che sta alla base del contrasto tra la tesi della potenzialità e quella della effettività [42]. La prima replica alla seconda che non occorre la sussistenza effettiva dell'inadempimento, stante la potenzialità del superamento del tasso soglia, costituendo l'usura d'altronde un reato di pericolo, con la conseguenza che per tutte le voci di costo e di remunerazione, incluse quelle eventuali, bisogna fare riferimento al momento della pattuizione e non a quello della dazione.

Le Sezioni Unite prospettano allora (al punto 7, vi della sentenza) la possibilità per il debitore cliente di agire per l'accertamento del carattere usurario degli interessi moratori anche prima che si sia verificato l'inadempimento che li rende dovuti. E, dunque, anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia al momento dell'accordo.

Ma in questo caso la pronunzia di nullità avrà contenuto di mero accertamento in astratto, senza determinare la liberazione dall'obbligo di corrispondere gli interessi moratori né l'immediata rideterminazione del loro ammontare. Solo una volta che si sia verificato l'inadempimento, la valutazione di usurarietà atterrà all'interesse in concreto applicato, consentendo l'applicazione del criterio dell'effettività in luogo di quello della potenzialità.

E allora la liberazione dall'obbligo di corrispondere interessi si avrà soltanto a condizione che l'istituto di credito, in caso di inadempimento, proceda all'applicazione degli interessi moratori al tasso usurario accertato in sentenza; mentre, qualora il creditore bancario si determini ad applicare in concreto un tasso più basso, gli interessi moratori saranno dovuti nella misura determinata da questo tasso minore e, se contenuto entro il tasso soglia, ne discenderà la preclusione della loro caducazione.

Una tale evenienza potrebbe ricorrere dinanzi a una c.d. "clausola di salvaguardia" [43], adoperata dapprima dalle banche nei confronti dell'usura sopravvenuta e praticabile anche per gli interessi moratori, che consentirebbe di rendere variabile il tasso, in modo da evitare l'esubero del tasso soglia. Ma in assenza di una clausola di salvaguardia o di qualunque altro fondamento pattizio, la soluzione delle Sezioni Unite si rivela di ardua applicazione [44], perché la banca non sarebbe legittimata a domandare il pagamento di inte-

---

[42] Cfr. L. PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali*, cit., 29 ss.

[43] Sul punto cfr. A. STILO, *Usura e interessi di mora: secondo le Sezioni Unite è questione di simmetria*, cit., 664 ss.

[44] Concordi U. SALANITRO, *Il disincanto del Giudice. Gli interessi moratori usurari nel prisma delle Sezioni Unite*, cit., par. 4; G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, cit., 1311 ss.; F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, cit., 16.



ressi moratori a un tasso più basso di quello pattuito ma superiore a quello degli interessi corrispettivi, purché sotto la soglia.

Eppure, in questo modo le Sezioni Unite, senza alcun fondamento normativo, disgiungono l'accertamento dell'usurarietà dall'inefficacia, generando una figura ibrida, caratterizzata da una sorta di nullità parziale condizionata all'applicazione di quel tasso usurario da parte della banca [45], che in tal modo andrebbe a convalidare la nullità già accertata dal giudice, in palese contrasto con la tipicità delle ipotesi di convalida del negozio nullo (art. 1423 cod. civ.) [46].

È estremamente significativo che la Cassazione, tornata da ultimo a pronunziarsi sul carattere usurario degli interessi moratori, ha confermato la decisione delle Sezioni Unite, discostandosene però proprio sul punto dell'applicazione del principio di effettiva dazione degli interessi moratori usurari ai fini della loro caducazione [47].

7. – In conclusione, la soluzione delle Sezioni Unite, sotto i profili esaminati, va reputata inidonea a realizzare quell'auspicata solidità dell'esito interpretativo che è consustanziale alla funzione di nomofilachia, sia perché il quadro ricomposto dalle Cassazione non appare puntualmente supportato dal sistema delle regole legislative, che peraltro sono di rilevanza penale, sia perché esso è afflitto da non poche aporie, frutto del tentativo non riuscito di conciliare interessi contrapposti anche a discapito della coerenza:

– il proclamato fine di tutela del debitore sovvenuto è stato più volte disatteso a favore della tenuta del sistema creditizio: sia nel prevedere un tasso ad hoc, che senza fondamento normativo renda più difficile l'esubero della soglia di usura a vantaggio del creditore, sia nel prevedere che il debitore beneficiato dall'inefficacia degli interessi moratori usurari debba comunque corrispondere gli interessi nella misura dei corrispettivi leciti;

---

[45] Così A. STILO, *Usura e interessi di mora: secondo le Sezioni Unite è questione di simmetria*, cit., 663.

[46] Conforme F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia*, cit., 16.

[47] Cass., 13 maggio 2021, n. 12964, in *Giur. it.*, 2021, 2064 ss., con nota di A. BARENGHI, *Ancora sull'usura automatica degli interessi moratori*, la quale chiarisce che «la regola della usura vale dunque anche per gli interessi di mora. Inoltre, essa vale sol che gli interessi vengano pattuiti, in quanto l'articolo 644 c.p. qualifica come illecita la condotta di chi si fa dare, sì, ma anche semplicemente promettere, interessi a tasso usuraio; senza considerare che la sanzione della nullità mira a tutelare il debitore, e sarebbe vanificata se costui potesse agire per la nullità della clausola solo dopo aver corrisposto gli interessi e, dunque dopo averla attuata adempiendovi. Cò detto, e dunque affermato che anche la mera pattuizione di interessi moratori a tasso di usura è nulla, è infondato il motivo nella parte in cui asserisce che tale nullità si estende agli interessi corrispettivi».



– l'omogeneità funzionale tra le due categorie di interessi non è tale da fare sbiadire la distinzione in punto di accertamento e di conseguenza della usurarietà;

– il principio di simmetria nella rilevazione dell'usura per gli interessi moratori è stato per un verso affermato, scegliendo la via della maggiorazione media, laddove prevista dai decreti ministeriali, e al contempo è stato disatteso, nel caso in cui i decreti ministeriali non abbiano riportato alcuna rilevazione media;

– l'art. 1815, comma 2, cod. civ. viene esteso anche agli interessi moratori ma poi, per fronteggiare la mora ed evitare approfittamenti debitori, la gratuità non viene in rilievo;

– l'usura in astratto sembra in punto di fatto disapplicata per gli interessi moratori, giusta il metodo dell'effettività della maturazione ai fini della loro caducazione, più consono alla fattispecie dell'usura in concreto (art. 644, comma 4, cod. pen.), ma poi con riguardo all'interesse ad agire l'usura in astratto torna ad operare anche nei confronti degli interessi moratori;

– l'interesse ad agire per il debitore è stato previsto anche prima dell'inadempimento, a sostegno di un'azione di accertamento dell'inefficacia dell'interesse pattuito, ma poi è con l'applicazione in concreto del tasso usurario in seguito all'inadempimento che si determinano gli effetti di quell'inefficacia accertata in precedenza, quando c'era solo potenzialità usuraria, smentendo il principio consolidato per cui l'inefficacia della clausola o del contratto nulli preesiste alla pronuncia del giudice, tesa soltanto ad accertarne la sussistenza.



CASS. CIV., SEZ. II, SENT. 14 GIUGNO 2019, N. 16059

Ai fini dell'usucapione, il requisito della non clandestinità va riferito non agli espedienti che il possessore potrebbe attuare per apparire proprietario, ma al fatto che il possesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile ed indistinta generalità di soggetti e non solo dal precedente possessore o da una limitata cerchia di persone che abbiano la possibilità di conoscere la situazione di fatto soltanto grazie al proprio particolare rapporto con quest'ultimo.

Non pare seriamente dubitabile che per le opere d'arte solo l'esposizione a mostre o l'inserimento in pubblicazioni specializzate consente la loro conoscibilità e, quindi, l'integrazione del requisito della non clandestinità del possesso contemplato dall'art. 1163 c.c.

...Omissis...

FATTI DI CAUSA

1. Oggetto del ricorso per cassazione è la sentenza della Corte d'Appello di Milano, resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 13 novembre 2014, che ha rigettato l'appello principale proposto dall'avv. F.V. e gli appelli incidentali proposti da W.M., *Omissis* avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 13406 del 2013

Omissis

1.2. Costituitosi in giudizio W.M. propose domanda di accertamento della proprietà dei dipinti per intervenuta usucapione *Omissis*

1.7. Il Tribunale rigettò le domande dell'avv. F. e di W.M.; *Omissis*

2. La decisione è stata confermata in appello.

2.1. Ribadito che l'applicazione della normativa austriaca sull'usucapione era stata richiesta senza la tempestiva allegazione degli elementi di fatto necessari ad individuare i criteri di collegamento, la Corte territoriale ha escluso il possesso di buona fede in capo a W.W., genitore e dante causa di W.M., con conseguente rigetto della domanda di accertamento dell'acquisto della proprietà dei dipinti per usucapione ai sensi dell'art. 1161



c.c., comma 1, ed ha escluso altresì che l'acquisto si fosse perfezionato ai sensi dell'art. 1161 c.c., comma 2, in quanto il possesso non era stato esercitato pubblicamente. I dipinti erano stati esposti per molti anni nella scala del palazzo situato a (OMISSIS), adibito a residenza della famiglia W., il cui atrio fungeva anche da reception dell'azienda farmaceutica Etapharm di proprietà della famiglia, ma tale modalità di esposizione non era sufficiente ad integrare la pubblicità del possesso.

3. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso l'avv. F.V.

Omissis

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso principale e quello incidentale, per larga parte sovrapponibili, sono entrambi infondati.

1.1. Con il primo motivo del ricorso principale è denunciata violazione e falsa applicazione degli artt. 1147, 2727 e 2728 c.c., art. 115 c.p.c. nonché omesso esame di fatti decisivi oggetto di discussione tra le parti, e si contesta la ritenuta mancanza di buona fede di W.W. al momento dell'acquisto dei dipinti.

La presunzione di buona fede in capo all'acquirente non poteva dirsi superata dal mero sospetto della conoscenza o conoscibilità, al momento dell'acquisto, della lesione dell'altrui diritto. Nella specie la Corte d'Appello avrebbe dato per scontato che negli anni '50 fosse notorio che vi erano stati spossessamenti di opere d'arte in Italia, senza tenere conto che W.W., ufficiale dell'esercito tedesco che dopo la sconfitta dell'(OMISSIS), nel (OMISSIS), aveva trovato riparo in (OMISSIS), fino alla fine della Seconda Guerra Mondiale, non aveva partecipato alle razzie di opere d'arte e non vi era prova che fosse a conoscenza di quanto accaduto in Italia. Inoltre, la certezza che il dipinto S. appartenesse alla Collezione L.– C., e che fosse stato "preso in prestito" dalle truppe naziste nell'aprile del 1944 presso (OMISSIS), risaliva al 1995, anno di pubblicazione de (OMISSIS). Repertorio del patrimonio artistico italiano disperso all'epoca della seconda guerra mondiale, ma a quel tempo sia il sig. W. sia la moglie, unica erede, erano deceduti. In ogni caso, l'impossibilità di ricostruire le modalità di acquisto dei dipinti a oltre 70 anni di distanza non giustificava la ritenuta colpa grave in capo all'acquirente, tanto più a fronte di mancanza di prove da parte dei soggetti che reclamavano la titolarità dei dipinti.

2. Con il secondo motivo del ricorso principale è denunciata violazione e falsa applicazione degli artt. 1161, 1163, 2727 e 2729 c.c., artt. 115 e 116 c.p.c., nonché omesso esame di fatti decisivi oggetto di discussione tra le parti. La Corte d'Appello sarebbe caduta in contraddizione per avere affermato, per un verso, che era impossibile rico-



struire modalità e canali dell'acquisto, e, per altro verso, che l'acquisto sarebbe avvenuto in modo violento o clandestino, ed avrebbe ampliato erroneamente la nozione di clandestinità del possesso fino a ritenere che per aversi possesso pubblico i dipinti avrebbero dovuto essere esposti in mostre, ovvero inseriti in pubblicazioni di settore. Si tratterebbe di interpretazione contrastante con la volontà del legislatore – quale si esprime nella ratio dell'istituto dell'usucapione, di dare certezza alle situazioni giuridiche anche al fine di non ostacolare la circolazione dei beni –, e in definitiva, incompatibile con l'art. 42 Cost., comma 2. Ancora, la Corte d'Appello avrebbe omesso di considerare che era stato provato a mezzo dei testi escussi nel procedimento penale, che i dipinti erano sempre stati visibili ad una pluralità indeterminata di persone, e cioè a tutti coloro i quali potevano avere rapporti con l'azienda farmaceutica e non solo, tenuto conto dell'utilizzo del salone della reception aziendale per feste anche dei dipendenti dell'azienda, che vedevano la partecipazione di persone non selezionate dalla famiglia W. Sul punto, peraltro, il ricorrente lamenta la mancata ammissione delle prove testimoniali richieste dal sig. W.

Omissis

4. Con il primo motivo del ricorso incidentale è denunciata violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1147,2727 e 2728 c.c., art. 115 c.p.c. nonché omesso esame di fatti decisivi oggetto di discussione tra le parti, e si contesta la ritenuta mancanza di buona fede di W.W. al momento dell'acquisto dei dipinti. Nel motivo, che coincide con il primo motivo del ricorso principale, si segnala che all'epoca dell'acquisto dei dipinti W.W. non era il collezionista, esperto d'arte che sarebbe diventato nel corso degli anni, e che pertanto non era in grado di apprezzare il pregio dei dipinti, nel mentre la circostanza che si erano verificati sequestri e sottrazioni di opere d'arte nel periodo finale del conflitto mondiale è nota solo oggi, dopo anni di ricostruzioni e indagini storiche, e certamente non lo era nell'immediato dopoguerra, anche in ragione dei tentativi di insabbiamento dei crimini compiuti dall'esercito tedesco.

5. Con il secondo motivo è denunciata violazione e falsa applicazione degli artt. 1161,1163,2727 e 2729 c.c., artt. 115 e 116 c.p.c. e si contesta che W.W. avesse acquisito ed esercitato il possesso dei dipinti in modo clandestino o violento, come affermato dalla Corte d'Appello. Il motivo coincide con il secondo motivo del ricorso principale.

Omissis

9. Il primo motivo del ricorso principale e l'omologo del ricorso incidentale sono infondati nella parte in cui denunciano violazione di legge, inammissibili nella parte in cui denunciano vizio di motivazione.



9.1. La Corte d'Appello ha fatto corretta applicazione dei principi di diritto in tema di possesso e, in particolare, di presunzione della buona fede *ex* art. 1147 c.c.

La norma indicata, nel dichiarare possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto, ha impresso al concetto di buona fede una nozione di carattere psicologico, che prescinde da ogni elemento oggettivo e richiede soltanto nel possessore il ragionevole convincimento di poter esercitare sulla cosa il diritto di proprietà o altro diritto reale, il che vuol dire che l'errore di valutazione in cui lo stesso possessore è incorso non sia stato determinato da colpa grave. Si tratta di presunzione iuris tantum che non è vinta dall'allegazione del mero sospetto di una situazione illegittima, essendo invece necessario che l'esistenza del dubbio promani da circostanze serie, concrete e non meramente ipotetiche, anche di carattere presuntivo (*ex plurimis*, 21387 del 18/09/2013; Cass. 16/12/2009, n. 26400; Cass. 22/05/2000, n. 6648).

La sentenza impugnata dà conto degli elementi dai quali ha tratto il convincimento che W.W. non fosse in buona fede evidenziando, in particolare, che l'epoca dell'asserito acquisto dei dipinti – gli anni '50, quando era in circolazione, anche in Europa, un numero considerevole di opere d'arte sottratte ai legittimi proprietari in particolare nella fase finale della Seconda Guerra Mondiale – e l'assenza di qualsiasi indicazione in ordine alle circostanze in cui sarebbe avvenuto l'acquisto – tassello mancante nella ricostruzione dell'intera vicenda – facevano escludere la buona fede dell'acquirente quanto meno per non essersi curato di accertare la provenienza dei due dipinti antichi, uno dei quali tra l'altro di notevole e riconoscibile pregio.

Tale conclusione, frutto di apprezzamento del giudice del merito circa il ricorso a presunzioni e circa l'idoneità delle stesse a dimostrare i fatti rilevanti ai fini della decisione della lite, non è censurabile in sede di legittimità sotto il profilo della violazione di legge (*ex plurimis*, Cass. 31/10/2011, n. 22656; Cass. 01/08/2007, n. 16993), risolvendosi le obiezioni dei ricorrenti nella prospettazione di una diversa valutazione, fondata su elementi diversi ma non tali da dimostrare che quella fatta propria dai giudici di merito sia parziale o contraddittoria.

Una volta esclusa, con argomentazione plausibile, la buona fede di W.W., correttamente i giudici di merito hanno rilevato che il possesso proseguito tal quale negli eredi ha impedito l'usucapione in capo a W.M., succeduto alla madre nel (OMISSIS).

Il vizio di motivazione, dedotto come omesso esame di fatti decisivi, è inammissibile ai sensi dell'art. 348-*ter* c.p.c., comma 5, (*ex plurimis*, Cass. Sez. U 07/04/2014, n. 8053).

10. Il secondo motivo del ricorso principale e l'omologo del ricorso incidentale sono parimenti infondati.



10.1. La Corte d'Appello ha ritenuto che il possesso dei dipinti fosse stato esercitato in modo clandestino, sul rilievo che il luogo di esposizione, quale risultava dalle testimonianze, non fosse sufficiente a garantire a chiunque, fuori dalla cerchia familiare e sociale del possessore, di prenderne atto per eventualmente contestarlo.

Anche in questo caso si tratta di valutazione conforme alla giurisprudenza consolidata di questa Corte regolatrice.

Ai fini dell'usucapione, il requisito della non clandestinità va riferito non agli espedienti che il possessore potrebbe attuare per apparire proprietario, ma al fatto che il possesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile ed indistinta generalità di soggetti e non solo dal precedente possessore o da una limitata cerchia di persone che abbiano la possibilità di conoscere la situazione di fatto soltanto grazie al proprio particolare rapporto con quest'ultimo (cfr. Cass. 23/07/2013, n. 17881; Cass. 17/07/1998, n. 6997).

La peculiarità della fattispecie risiede nel fatto che il luogo in cui erano collocati i dipinti non era soltanto la residenza privata della famiglia W., in quanto l'immobile era parzialmente adibito a recezione dell'azienda farmaceutica, ciò che indubbiamente allargava la cerchia dei potenziali frequentatori, ancor più se si ammette che il luogo in oggetto fosse utilizzato per feste e manifestazioni, come allegato dai ricorrenti (i quali si dolgono della mancata ammissione delle prove sul punto). E tuttavia, rimane vero che tale modalità di esercizio del possesso non era sufficiente a garantire, nella prospettiva della ratio dell'art. 1163 c.c., che "chiunque" potesse acquisire conoscenza che i dipinti erano nel possesso di W. ed eventualmente contestare tale possesso, né pare seriamente dubitabile che in ambito di opere d'arte solo l'esposizione a mostre, ovvero l'inserimento in pubblicazioni specializzate, consenta la conoscibilità delle stesse.

10.2. Risulta di conseguenza manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'interpretazione suddetta con l'art. 42 Cost., comma 2, mentre semmai è l'istituto dell'usucapione in generale, e la sua compatibilità con i parametri sovranazionali che tutelano il diritto fondamentale di proprietà, ad essere da diversi anni al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale (cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, Sentenza 30.8.2007, J.A. Pye (Oxford) Ltd & J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. United Kingdom).

Omissis



CASS. CIV., SEZ. II, ORD. 30 APRILE 2021, N. 11465

Ai fini dell'usucapione, il requisito della non clandestinità, richiesto dall'art. 1163 c.c., va riferito al fatto che il possesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile e non occulto, così da palesare l'animo del possessore di voler assoggettare la cosa al proprio potere senza che sia necessaria l'effettiva conoscenza da parte del preteso danneggiato. In altri termini, ai fini dell'accertamento della mancanza di clandestinità, è necessario che il possesso sia acquistato ed esercitato pubblicamente in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile ed indistinta generalità di soggetti e non solo al precedente possessore o ad una limitata cerchia di persone che abbiano la possibilità di conoscere la situazione di fatto soltanto grazie al proprio particolare rapporto col possessore.

Con riferimento al possesso di opere d'arte, solo l'esposizione a mostre o l'inserimento in pubblicazioni specializzate consente la loro conoscibilità e, quindi, l'integrazione del requisito della non clandestinità del possesso contemplato dall'art. 1163 c.c.

...Omissis...

FATTI DI CAUSA

1. M.E. agiva in giudizio per ottenere l'accertamento dell'acquisto del diritto di proprietà per usucapione di un dipinto di H.F. intitolato "(OMISSIS)" compendio del delitto di furto commesso in (OMISSIS) presso l'abitazione di L.C. L'attrice a sostegno della domanda deduceva di aver ricevuto il dipinto in donazione nell'anno 1965 (anno poi corretto nel 1966) da G.C.A. con il quale aveva avuto una relazione da cui erano nati due figli, affinché se ne potesse servire per le esigenze della famiglia. Lei nel 2004 aveva deciso di vendere il dipinto avvalendosi della casa d'aste P. e, in tale occasione, ne aveva appreso la provenienza illecita. Il quadro era sottoposto a sequestro penale e la stessa era stata anche indagata per il reato di ricettazione.

Nel corso del giudizio l'attrice integrava la domanda chiedendo l'accertamento dell'acquisto del diritto di proprietà per donazione o e in subordine ai sensi dell'art. 1153 c.c. o per usucapione.



Si costituiva in giudizio J.P., erede di L.C., chiedendo in via riconvenzionale l'accertamento della proprietà del dipinto e chiedendone anche la restituzione.

2. Il Tribunale di Verona rigettava la domanda dell'attrice e accoglieva la domanda riconvenzionale del convenuto.

3. M.E. proponeva appello avverso la suddetta sentenza.

4. La Corte d'Appello di Venezia accoglieva l'impugnazione e in riforma della sentenza del Tribunale di Verona accertava che l'appellante M.E. aveva acquistato per usucapione il diritto di proprietà sul dipinto di Francesco H. intitolato "(OMISSIS)".

Secondo il collegio giudicante dall'istruttoria era emerso che il dipinto, una volta ricevuto dalla M. da parte di G., fino al 2004 era sempre stato appeso nel salotto dell'abitazione di costei la quale ne aveva avuto pertanto il possesso in modo continuo, pacifico e pubblico. A tal proposito la Corte non condivideva l'apprezzamento del Tribunale secondo il quale il quadro, pur collocato in modo conforme alla sua destinazione tipica, non era stato oggetto di un possesso pubblico, perché destinato ad essere visibile solo da una ristretta cerchia di persone che frequentavano la casa. A parere della Corte d'Appello la destinazione del quadro era del tutto consona alla sua natura e determinava che il possesso dovesse considerarsi pubblico in conformità con alcuni orientamenti della Corte di Cassazione.

5. J.P. ha proposto ricorso per cassazione avverso la suddetta sentenza sulla base di due motivi e con memoria depositata in prossimità dell'udienza ha insistito nella richiesta di accoglimento del ricorso.

6. M.E. non si è costituita.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso è così rubricato: violazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 in relazione all'insufficiente incongrua e contraddittoria motivazione circa fatti controversi e decisivi per il giudizio.

A parere del ricorrente la Corte d'Appello avrebbe ritenuto con motivazione del tutto insoddisfacente che la M. avesse dato al dipinto in oggetto una destinazione del tutto consona alla sua natura avendolo appeso ad una ad una parete del salotto della sua abitazione privata. E tuttavia la Corte d'Appello non avrebbe chiarito quale fosse la destinazione consona alla natura di un quadro oggetto di furto e non avrebbe spiegato perché la mera presenza in una casa privata integrasse tale requisito. Infatti, trattandosi di un quadro oggetto di furto non si poteva ritenere che la mera esposizione del bene in un luogo privato, inaccessibile a soggetti esperti del campo, non divulgata all'esterno con nessun



mezzo, fosse di per sé un fatto idoneo a raggiungere la reale destinazione del bene. Infatti, non appena il dipinto era stato portato al difuori della stretta cerchia di conoscenze e la sua esistenza era stata effettivamente resa pubblica ne era subito emersa la provenienza illecita. In altri termini appena eliminata la clandestinità il possesso era stato immediatamente interrotto.

2. Il secondo motivo di ricorso è così rubricato: violazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 inrelazione alla violazione o falsa applicazione dell'art. 1161 c.c., art. 1163 c.c. e ss.

La censura ha ad oggetto il requisito della pubblicità e della non clandestinità del possesso, ai fini dell'acquisto della proprietà per usucapione. A parere della ricorrente la sentenza impugnata sarebbe erronea nella parte in cui ha affermato che il fatto che il dipinto (OMISSIS) fosse sempre appeso nel salotto dell'abitazione della signora M. conformemente alla sua destinazione tipica e che ciò integrasse il requisito del possesso pubblico richiesto dall'art. 1163 c.c.

In tal modo vi sarebbe stata una non corretta applicazione degli articoli dal 1161 al 1163 c.c. che non avrebbe tenuto in considerazione l'evoluzione giurisprudenziale in tema di pubblicità e non clandestinità del possesso ai fini dell'usucapione.

Omissis

2.1 Il secondo motivo è fondato e il suo accoglimento determina l'assorbimento del primo.

Questa Corte con indirizzo oramai consolidato ha affermato il seguente principio di diritto cui il collegio intende dare continuità: Ai fini dell'usucapione, il requisito della non clandestinità va riferito non agli espedienti che il possessore potrebbe attuare per apparire proprietario, ma al fatto che il possesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile ed indistinta generalità di soggetti e non solo dal precedente possessore o da una limitata cerchia di persone che abbiano la possibilità di conoscere la situazione di fatto soltanto grazie al proprio particolare rapporto con quest'ultimo (Sez. 2, Sent. n. 16059 del 2019, Sez. Sez. 2, Sent. n. 17881 del 2013 e Sez. 2, Sent. n. 11624 del 2008).

In particolare, come è stato già affermato da questa Corte, il requisito della non clandestinità, richiesto dall'art. 1163 c.c., va riferito al fatto che il possesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile e non occulto, così da palesare l'animo del possessore di voler assoggettare la cosa al proprio potere senza che sia necessaria l'effettiva conoscenza da parte del preteso danneggiato (v. Cass. 17-7-1998 n. 6997; Cass. 14-5-1979 n. 2800; Cass.10-4-1973 n. 1021; Cass. 9-10-1970 n. 1910). In altri termini, ai fini dell'accertamento della mancanza di clandestinità, è necessario che il



possesso sia acquistato ed esercitato pubblicamente in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile ed indistinta generalità di soggetti e non solo al precedente possessore o ad una limitata cerchia di persone che abbiano la possibilità di conoscere la situazione di fatto soltanto grazie al proprio particolare rapporto col possessore (Nel caso di specie, la Corte ha cassato la sentenza di secondo grado che aveva ritenuto pubblico il possesso di un vano accessibile solo mediante una botola d'ingresso, situata in un retrobottega, visibile solo a chi avesse la possibilità di entrare nel locale) (Cass. 9-5-2008 n. 11624).

Il suddetto principio è stato applicato da questa Corte anche in una fattispecie analoga a quella in esame, ovvero riferita al possesso di un dipinto esercitato mediante una modalità di esercizio non sufficiente a garantire, nella prospettiva della ratio dell'art. 1163 c.c., che "chiunque" potesse acquisire conoscenza che i dipinti erano nella materiale disponibilità del possessore ed eventualmente contestare tale possesso. In tale occasione si è anche affermato che in ambito di opere d'arte solo l'esposizione a mostre, ovvero l'inserimento in pubblicazioni specializzate, consenta la conoscibilità delle stesse (Sez. 2, Sent. n. 16059 del 2019).

La Corte d'Appello, pertanto, nel riformare la sentenza di primo grado che si era uniformata ai suddetti principi, ha erroneamente ritenuto che la circostanza che il quadro fosse rimasto appeso alla parte del salotto di M.E. rappresentasse una modalità idonea ad integrare un possesso pubblico e non clandestino.

3. In conclusione la Corte accoglie il secondo motivo di ricorso, dichiara assorbito il primo, cassa e rinvia alla Corte d'Appello di Venezia in diversa composizione che provvederà anche alla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

JUS CIVILE



ANDREA MONTANARI

Professore associato – Università delle Camere di commercio "Mercatorum"

POSSESSO «NON CLANDESTINO» E POSSESSO «OCCULTO» NELL'USUCAPIONE DI OPERA D'ARTE: QUALCHE RIFLESSIONE DI ARTE E DIRITTO A MARGINE DI UN RECENTE ORIENTAMENTO DELLA CORTE DI CASSAZIONE

SOMMARIO: *1. Premessa: per una "cultura del diritto dell'arte". – 2. L'esclusione dell'usucapione da parte della Corte di Cassazione n. 11465/2021 e n. 16059/2019. – 3. Diritto dell'arte e regole sull'interpretazione: possesso «non clandestino» e contesto sociale di riferimento. – 4.* Segue*. Sull'equivalenza tra la non clandestinità del possesso di un'opera d'arte e la sua esposizione a mostre e in pubblicazioni specializzate. – 5. Possesso «non clandestino» e possesso «occulto» nelle vicende oggetto delle pronunce della Cassazione n. 11465/2021 e n. 16059/2019. – 6.* Segue*. – 7. Conclusioni.*

1. – Il "diritto dell'arte" nasce come un settore scientifico di "nicchia", riservato a un gruppo ristretto di studiosi e professionisti, solitamente appassionati d'arte e collezionisti. Negli ultimi anni, invece, il diritto dell'arte ha attratto l'attenzione di molti studiosi e professionisti, è entrato nelle aule universitarie e si è inserito anche nel mercato finanziario. Tale aumento di attenzione è stato motivato anche dalla crescita esponenziale del mercato dell'arte e quindi dall'emersione maggiore di interessi economici legati all'arte [1].

[1] La crescita dell'interesse per il mercato dell'arte ha comportato anche l'aumento progressivo della letteratura sul tema, cfr., tra i contributi con taglio generale e senza alcuna pretesa di esaustività, AA.VV., *I diritti dell'arte contemporanea*, a cura di G. Ajani e A. Donati, Torino-Londra-Venezia-New York, Umberto Allemandi & C., 2011; DONATI, *Law and Art*, cit.; Id., *Autenticità, Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte,* cit., 987 ss.; AA.VV., *Il diritto dell'arte*, 1. *L'arte, il diritto e il mercato*, a cura di G. Negri-Clementi, Ginevra-Milano, Skira, 2012; AA.VV., *Il diritto dell'arte*, 2. *La circolazione delle opere d'arte*, a cura di G. Negri-Clementi-S. Stabile, Ginevra-Milano, Skira, 2013; AA.VV., *Il diritto dell'arte*, 3, cit.; Zorloni, *L'economia dell'arte contemporanea*, cit.; AA.VV., *Economia dell'arte*, cit.; AA.VV., *Il mercato dell'arte*, cit.; AA.VV., *Artists' archives and estates*, cit.; D. DI MICCO-M. FRANCA FILHO-G. MAGRI, *Circolazione, cessione, riciclaggio. Alcuni profili giuridici dell'arte e del suo mercato*, Torino, Università degli Studi di Torino, 2020; AA.VV., *Conversazioni in arte e diritto*, a cura di L. Castelli-S. Giudici, Torino,



Il giurista che studia l'arte mette nella corretta forma giuridica le vicende che la caratterizzano. Questo è il fine "immediato" della ricerca giuridica nell'ambito artistico; a questo se ne affianca un altro, che potremmo definire "sociale", giacché è rappresentato dalla creazione nella società di quella che mi piace chiamare "cultura del diritto dell'arte". Si tratta di un fine che risulta "mediato", sì, dal lavoro del giurista, ma che è al contempo alimentato dal dialogo del giurista stesso con gli operatori del mondo dell'arte. Se, da un lato questi ultimi apprendono gli strumenti offerti dal diritto per fare fronte alle esigenze di tutela emergenti; dall'altro lato, gli studiosi del diritto accrescono il loro bagaglio giuridico-culturale, poiché risultano incentivati alla ricerca e alla modulazione degli istituti giuridici per meglio adattarli alle istanze provenienti dal mondo dell'arte.

La "cultura del diritto dell'arte" è il risultato, dunque, del processo cognitivo bilaterale ora decritto, e prende corpo nel diffondersi della consapevolezza sociale dell'esistenza di un ordine giuridico specificamente votato al governo delle vicende artistiche. Ne segue la necessità, sul fronte della professione giuridica, di una specializzazione dei soggetti coinvolti.

Da questo punto di vista, desidero soffermarmi in queste pagine su due decisioni della Corte di Cassazione, le quali hanno qualificato come «clandestino» il possesso dei dipinti cui si riferiscono le due vicende giudiziarie: si tratta delle pronunce n. 11465/2021 [2] e n. 16059/2019 [3]. La prima è resa nella forma dell'ordinanza e riguarda un dipinto di cui era stato chiesto l'accertamento della proprietà per avvenuta usucapione. La domanda è stata rigettata dal Tribunale e accolta dalla Corte d'Appello, ma successivamente respinta dalla Corte di Cassazione, con rinvio alla Corte d'Appello medesima. La seconda riveste la forma della sentenza e si pone anch'essa all'epilogo della domanda di accertamento della proprietà di due dipinti per intervenuta usucapione. Usucapione che in questo caso non è stata riconosciuta in nessun grado di giudizio.

Le trait d'union delle vicende giudiziali ora menzionate è rappresentato dalla statuizione della natura clandestina del possesso esercitato, basata sull'assunto secondo cui solo l'esposizione a mostre o l'inserimento in pubblicazioni specializzate consente la conoscibilità del possesso delle opere d'arte e permette, quindi, di qualificarlo come «non

---

Giappichelli, 2021; AA.VV., *Arte e diritto privato. Teoria generale e problemi operativi*, a cura di F. Bosetti, Pisa, Pacini Giuridica, 2021.

[2] Cfr. Cass., ord. 30 aprile 2021, n. 11465, in *De Jure*.

[3] Cfr. Cass. 14 giugno 2019, n. 16059, in *Aedon*, 1/2020, con nota di G. MAGRI, *Buona fede, clandestinità del possesso e opere d'arte rubate: riflessioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione*.



clandestino»[4]. Ed è su quest'affermazione che si soffermerà il presente contributo, giacché, lo si anticipa, la stessa trascura oltremodo le specificità del possesso di un'opera d'arte.

2. – L'usucapione di beni mobili costituisce com'è noto un modo di acquisto a titolo originario della proprietà, che viene portato a compimento, in mancanza di titolo idoneo[5], dal possesso conseguito in buona fede[6] ed esercitato in maniera continuata per dieci anni (art. 1161, comma 1, cod. civ.). Diversamente, quando il possessore è di mala fede, la durata richiesta è di venti anni (art. 1161, comma 2, cod. civ.)[7]. A entrambe le ipotesi va applicata, poi, la regola per cui il possesso può sortire l'usucapione soltanto qualora lo stesso non venga conseguito con violenza o clandestinità. Il tempo utile per il compimento dell'usucapione decorre dal momento in cui cessi la violenza[8] o la clandestinità (art. 1163 cod. civ.).

Il caso deciso dall'ordinanza n. 11465/2021 della Corte di Cassazione conclude l'*iter* giudiziale innescato dalla domanda, tra le altre, di accertamento dell'avvenuta usucapione di un dipinto posseduto all'interno di un appartamento privato. Il centro della controversia giuridica è rappresentato dalla verifica della «non clandestinità» del possesso in tal modo esercitato. Non clandestinità la cui presenza viene negata dal Tribunale e, successivamente, affermata dalla Corte d'Appello, con conseguente disconoscimento, nel primo caso, e riconoscimento, nel secondo, della proprietà del dipinto in capo all'attrice, prima, e appellante, dopo. Successivamente, la Corte di Cassazione n. 11465/2021 ha cassato con rinvio, invece, la sentenza della Corte d'Appello, motivando che per qualificare come «non clandestino» il possesso è necessario che lo stesso venga acquistato ed esercitato pubblicamente «in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile ed indi-

[4] Così Cass. 14 giugno 2019, n. 16059, cit., § 10.1. L'assunto viene ripreso testualmente da Cass., ord. 30 aprile 2021, n. 11465, cit., § 2.1. Per la ricognizione integrale dei motivi di ricorso e dei vari aspetti affrontati da Cass. 14 giugno 2019, n. 16059, cfr. MAGRI, *Buona fede, clandestinità*, cit., §§ 2 e 3.

[5] La regola dell'art. 1161, comma 1, cod. civ. completa quella sull'acquisto *a non domino* di cui all'art. 1153 cod. civ.

[6] Sulla rilevanza della buona fede soggettiva al momento dell'apprensione materiale del bene posseduto, v. *ex multis* A. GALATI, *Dell'usucapione*, Artt. 1158-1167, in *Comm. Schlesinger*, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2013, 194.

[7] Sulla collocazione sistematica delle diverse figure di usucapione v. R. SACCO-R. CATERINA, *Il possesso*[3], in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2014, 460 ss.

[8] Sull'interpretazione offerta dalla giurisprudenza del requisito della violenza di cui all'art. 1163 cod. civ. cfr. part. SACCO-CATERINA, *Il possesso*, cit., 470-471.



stinta generalità di soggetti e non solo al precedente possessore o ad una limitata cerchia di persone che abbiano la possibilità di conoscere la situazione di fatto soltanto grazie al proprio particolare rapporto col possessore»[9]. Con riferimento alle opere d'arte, precisano gli stessi giudici di legittimità, questo requisito risulta soddisfatto soltanto dalla loro esposizione a mostre o il loro inserimento in pubblicazioni specializzate[10].

In questo modo i giudici si allineano a quanto già stabilito dalla Cassazione n. 16059/2019, la quale, confermando le statuizioni dei giudizi di merito, ha negato l'usucapione di due dipinti antichi. In particolare, la Corte in parola è approdata a tale esito, in primo luogo, negando la possibilità di ritenere il possessore ignaro di ledere l'altrui diritto al momento dell'acquisto del possesso, e quindi di integrare il requisito della buona fede nel possesso. Una conclusione che viene motivata da tre constatazioni riprese dai giudici di merito: *i)* il possesso dei dipinti era iniziato durante gli anni '50 del secolo scorso, epoca in cui risultavano in circolazione, anche al di fuori dell'Italia, varie opere d'arte sottratte ai legittimi proprietari durante la fase conclusiva della Seconda Guerra Mondiale; *ii)* il possessore non ha offerto alcuna indicazione circa le circostanze in cui è avvenuto il sostenuto, ma non dimostrato, acquisto dei dipinti; *iii)* il possessore non si è neppure curato di accertare, quanto meno, la provenienza dei dipinti[11]. In secondo luogo, la stessa Corte ha sancito l'impossibilità di qualificare il possesso come «non clandestino», e ciò in quanto le opere non risultavano esposte a mostre e le loro immagini non erano neppure inserite in pubblicazioni specializzate: solo la ricorrenza di uno questi due elementi avrebbe consentito infatti, conformemente alla giurisprudenza in materia di possesso, la conoscibilità del possesso anche al di fuori della cerchia familiare e sociale del possessore e, quindi, la possibilità da parte di chiunque di contestarlo[12]. In quest'orizzonte concettuale, i giudici hanno negato rilevanza, invece, al fatto che i dipinti

---

[9] Cass., ord. 30 aprile 2021, n. 11465, cit., § 2.1. Si tratta di un'affermazione costante dalla giurisprudenza in materia di possesso: cfr. Cass. 14 giugno 2019, n. 16059; Cass. 23 luglio 2013, n. 17881; Cass. 9 maggio 2008, n. 11624; Cass. 17 luglio 1998, n. 6997.

[10] Così Cass., ord. 30 aprile 2021, n. 11465, cit., § 2.1 delle "Ragioni della decisione".

[11] In questo senso, viene data continuità all'orientamento, diffuso in dottrina e in giurisprudenza, incline a far coincidere la mala fede di cui all'art. 1161, comma 2, con l'errore di valutazione compiuto dal possessore e determinato da colpa grave: cfr. SACCO-CATERINA, *Il possesso*, cit., 476; GALATI, *Dell'usucapione*, cit., 194, i quali richiamano, al riguardo, Cass. 8 gennaio 1979, n. 80. Sul punto cfr. anche L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*[3], Milano, Giuffrè, rist. inalt. 1994, 319 ss., il quale differenzia la buona fede, contemplata dall'art. 1147 cod. civ., che allude alla generica ignoranza di ledere il diritto altrui e che trova applicazione nell'art. 1161, dalla buona fede di cui all'art. 1153 cod. civ., che ha invece un contenuto specificamente relativo alla non consapevolezza dell'idoneità del titolo sul quale si fonda l'acquisto.

[12] Così Cass. 14 giugno 2019, n. 16059, cit., § 10.1.



fossero stati esposti all'interno dell'immobile adibito anche a sede di ricevimento della clientela dell'azienda del possessore, il che li rendeva visibili, quindi, anche in occasione di feste e manifestazioni.

3. – Le pronunce n. 11465/2021 e n. 16059/2019 segnalano il formarsi di un orientamento che fa dipendere la natura non clandestina del possesso di opere d'arte «mobili» dalla loro esposizione a mostre o dalla loro visibilità in pubblicazioni specializzate. L'indirizzo in parola non appare tuttavia convincente. Quell'assunto risulta, infatti, riduttivo, perché non offre la giusta considerazione alle caratteristiche specifiche del possesso delle opere d'arte. Diversamente, occorre muovere da queste ultime, per verificare la possibilità di giungere ad un esito diverso, prestando attenzione alla sinergia che s'instaura tra quelle caratteristiche e le regole sull'interpretazione.

Leggendo le pronunce della Corte di Cassazione si ha l'impressione che l'applicazione della regola sulla clandestinità del possesso venga effettuata dai giudici senza valorizzare appieno il "contesto artistico" in cui la stessa deve trovare applicazione. Sul punto, va rammentato, infatti, che la soluzione del problema posto dal caso concreto postula un'operazione che trascende la mera ricognizione della regola presa in considerazione e che mira a rintracciarne il significato rispetto alla vicenda sociale che è chiamata a disciplinare [13]. La disposizione viene conosciuta per realizzare la sua normatività nello speci-

[13] Al riguardo è doveroso il richiamo all'insegnamento di Ascarelli, il quale descrive l'attività interpretativa come il processo di *ricostruzione tipologica della realtà in funzione normativa*: cfr. T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. econ*., 1955, 1179 ss., nonché in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 69 ss. (cui si farà esclusivo riferimento nelle successive citazioni). Su quest'aspetto e, più in generale, sulla teoria dell'interpretazione di Ascarelli v. il prezioso contributo di C. CAMARDI, *Creatività, storicità e continuità nella teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 69 ss. Che l'interpretazione non possa identificarsi con la mera ricognizione del dato positivo viene affermato, attraverso diversi itinerari argomentativi e approdando talvolta a conclusioni differenti, da J. ESSER, *Metodo e tecnica d'interpretazione nella giurisprudenza*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1954, 244 ss.; S. PUGLIATTI, *Coscienza e diritto*, Milano, Giuffrè, 1961, 54 ss.; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, a cura di G. Crifò, II, Milano, Giuffrè, 1965 rist. corr. e ampl. 1990, 801 ss., il quale segnala che l'interpretazione giuridica rappresenta una specie della più generale «interpretazione in funzione normativa» (sull'interpretazione giuridica e sulla sua appartenenza al più ampio genere «interpretazione», v. le puntualizzazioni in chiave critica di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, I, 2, Milano, Giuffrè, 1980, 5 ss.); L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica* [in *Jus*, 1988, 476 s.], in L. MENGONI-F. MODUGNO-F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*[2], Torino, 2017, 117 s., 127 s.; G. ZACCARIA, *La comprensione narrativa nell'interpretazione giuridica, storica, letteraria*, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, 122 ss., 137 ss.; ID., *Sul concetto di positività del diritto*, *ivi*, 207 ss., 219 ss.; A. BELVEDERE, *Testi e discorso nel diritto privato* [in *Ars interpretandi*, 1997, 137 ss.], in *Scritti giuridici*, I. *Linguaggio e metodo giuridico*,



fico della fattispecie oggetto di studio: «l'interprete deve – come dovette già chi emanò la norma o la pronuncia di carattere precettivo – raffigurarsi nelle reazioni e ripercussioni pratiche, e in questo senso drammatizzarsi ("realize" si direbbe in inglese), l'esito dell'interpretazione che sta per proporre e sostenere» [14]. Detto altrimenti, l'attribuzione di senso al dato normativo prende parte del processo di regolazione dell'ambiente sociale che inizia con il legislatore, sicché l'enucleazione del contenuto regolativo della disposizione va effettuata con lo sguardo necessariamente rivolto al contesto fattuale del problema specifico cui occorre dare soluzione [15]. Il corollario di quest'assunto è che l'interpretazione permette la rigenerazione continua dell'ordinamento, adattando le regole che lo compongono al mutevole divenire della realtà empirica [16]. La dinamicità così attribuita al dato positivo postula un'attività di tipo creativo e discrezionale, la quale deve mantenersi, però, entro il perimetro segnato dalla necessaria coerenza del risultato interpretativo rispetto al sistema [17].

Riportando l'attenzione al tema che ci occupa, l'insegnamento ora richiamato fa emergere la necessità per gli operatori del diritto di acquisire consapevolezza dello specifico atteggiarsi delle vicende artistiche, per approdare alla corretta applicazione ad esse delle regole giuridiche. Questa consapevolezza, sebbene trovi qualche riscontro sul fronte dell'accertamento della buona fede nel possesso effettuato dalla Cassazione n. 16059/2019 [18], risulta del tutto assente, invece, in entrambe le pronunce, là dove viene asserita la clandestinità del possesso esercitato. Con riferimento alla buona fede, i giudici

---

Padova, Cedam, 2016, 456 ss.; F. VIOLA, *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica linguistica e l'ermeneutica*, in *Ars interpretandi*, 1997, 53 ss.; F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti*: *spunti per un'analisi* [in *Trasformazioni della funzione legislativa, II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. Modugno (Milano, 2000), 73 s.], MENGONI-MODUGNO-RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, cit., 179 s.; P. GROSSI, *L'*invenzione *del diritto*, Bari-Roma, 2017, 112 s., 123 s.

[14] BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., 804.

[15] Cfr. in questo senso ancora BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., 804.

[16] Cfr. in questo senso ASCARELLI, *Norma giuridica*, cit., 70 ss.

[17] Sulla concezione del risultato interpretativo come l'esito creativo di un *quid aliud* rispetto alla disposizione, ma che alla stessa rimane ancorato, v. G. ZACCARIA, *La comprensione narrativa nell'interpretazione giuridica, storica, letteraria*, in G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, 122 ss., 137 ss.; ID., *Sul concetto di positività del diritto*, *ivi*, 207 ss., 219 ss.; F. VIOLA, *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica linguistica e l'ermeneutica*, in *Ars interpretandi*, 1997, 53 ss.; ID., *Testo e linguaggi settoriali*, in F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*[5], Roma-Bari, Laterza, 2004, 308 ss.

[18] Ciò anche se la conclusione cui perviene la Corte d'Appello, fatta propria dalla Cassazione n. 16059/2019, non convince affatto i ricorrenti: al riguardo v. quanto riportato da Magri, *Buona fede, clandestinità*, cit., § 2.



valorizzano appieno, infatti, il contesto storico nel quale l'apprensione materiale dei dipinti è avvenuta, nonché il tipo di opera oggetto del possesso, per vincere la presunzione «impropria» [19] di buona fede del possessore (art. 1147, comma 3, cod. civ.). Viceversa, l'accertamento della clandestinità viene effettuato senza considerare adeguatamente la cornice fattuale all'interno della quale il possesso è avvenuto. L'affermazione secondo cui va ritenuto clandestino il possesso di un'opera d'arte che non sia stata esposta a mostre oppure inserita in pubblicazioni specializzate risulta, infatti, riduttiva [20]. E questa mancanza non concerne, si badi, un accertamento di fatto, bensì è frutto della scarsa conformità della decisione dei giudici alle regole sull'interpretazione. La necessità di procedere alla contestualizzazione delle disposizioni legislative, e quindi l'attitudine di queste a giustificare la loro «ricontestualizzazione» in vista dell'applicazione al caso concreto, risulta imposta, infatti, dall'art. 12 disp. l. gen. Quest'ultimo, riferendosi all'intenzione del legislatore, non allude, di certo, alla funzione che la legge aveva nel contesto della sua formazione, ma alle funzioni che la stessa «può svolgere nei diversi contesti in cui è chiamata ad operare» [21].

---

[19] Sul punto cfr. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 353 ss., il quale segnala, con riferimento all'art. 1147, co. 3, cod. civ., che la legge non presume la buona fede del possessore in base a un altro fatto noto, secondo quanto stabilito dall'art. 2727, comma 2, cod. civ., «bensì comanda al giudice di assumere senz'altro l'esistenza della buona fede finché non sia provato il contrario» (*ibidem*, 353-354). Il meccanismo in discorso rappresenta, non tanto un'agevolazione probatoria, quanto piuttosto un'inversione dell'*onus probandi*, la quale incentra il tema di prova sullo speculare contrario del fatto "presunto", trasferendo «l'onere della prova sulla parte opposta a quella cui il fatto *de quo* è destinato a portare utilità» (M. DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del* private antitrust enforcement, in *NLCC*, 2017, 533, che tratta il tema con riferimento alla presunzione introdotta dall'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, sul *private enforcement* nel diritto *antitrust*). Per l'analisi della presunzione impropria da una prospettiva più generale cfr. S. PATTI, *Prove*, Art. 2697-2739, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, Il Foro italiano, 2015, 149 ss.

[20] Critico sul punto anche MAGRI, *Buona fede, clandestinità*, cit., § 3, il quale segnala sia l'intento della Corte di ridurre l'ambito di operatività dell'usucapione nella materia che ci occupa sia il paradosso cui conduce l'assunto della Corte stessa: «secondo quanto affermato dal Supremo collegio, l'esposizione del dipinto in un salone al quale accedono numerose persone, non necessariamente appartenenti alla cerchia del possessore o della sua famiglia, e nel quale vengono addirittura organizzate feste aperte al pubblico deve essere qualificato clandestino. Nel caso in cui, invece, lo stesso dipinto fosse stato concesso per un'esposizione, magari in un piccolo museo di provincia e in occasione di una mostra che raccoglie soltanto una manciata di visitatori, della quale viene redatto un catalogo, che non viene sfogliato neppure dal bibliotecario della biblioteca comunale in fase di catalogazione, il possesso sarebbe stato alla luce del sole».

[21] BELVEDERE, *Testi e discorso nel diritto privato*, cit., 458. Sull'impossibilità di prescindere dall'individuazione dell'intenzione del legislatore quale componente necessaria del processo di significazione degli enunciati legislativi, cfr. anche ID., *Pragmatica e semantica nell'art. 12 preleggi* (in *Linguistica giuridica italiana e tedesca*, a cura di D. VERONESI, Padova, Unipress, 2000, 49 ss.), in *Scritti giuridici*, I. *Linguaggio e metodo giuridico*, 490-491; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei*



4. – La corretta percezione e la contestualizzazione della regola secondo cui il possesso *ad usucapionem* deve essere conseguito e mantenuto in maniera «non clandestina» (art. 1163 cod. civ.) consentono di stigmatizzare la riduttività dell'equivalenza posta tra la non clandestinità del possesso di un'opera d'arte e la sua esposizione a mostre o il suo inserimento in pubblicazioni specializzate.

Per quanto riguarda la corretta percezione della regola ora richiamata, occorre confutare l'idea secondo cui l'art. 1163 cod. civ. richiede per il compimento dell'usucapione l'esercizio del possesso in maniera pubblica. Si tratta di un'affermazione abbastanza diffusa, soprattutto in giurisprudenza [22], e, talvolta, sembra anche ripetuta in maniera acritica, là dove il «possesso pubblico» risulta in sostanza assimilato al «possesso occulto» [23].

D'altra parte, sia la lettera della norma, la quale parla di «clandestinità», sia i casi analizzati in questa sede rendono necessario un chiarimento sul punto, il quale muove dalla messa in risalto dell'errore cognitivo insito nell'equivalenza *non clandestinità-pubblicità* del possesso. In forza dell'art. 1163, infatti, il possesso clandestino non giova all'usucapione, il che significa *a contrario* che l'usucapione può essere portata a compimento dal possesso «non clandestino», ma non vuol dire affatto che il possesso debba essere *anche* «pubblico». Si tratta di una differenza semantica di non poco conto: perché

---

contratti, I. *Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2015, 256. Quella detta nel testo corrisponde all'identificazione, sostenuta dalla dottrina prevalente, dell'intenzione del legislatore di cui all'art. 12 prel. con la *ratio legis*, intesa come il fondamento giustificativo delle norme: cfr. C. LUZZATI, *Teoria del diritto e "scienza della legislazione"*, in *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Contributo al Seminario (Milano, 19 novembre 1991), a cura di P. Di Lucia, Milano, Giuffrè, 1995, 116 ss. Per l'analisi critica delle varie letture del canone ermeneutico della "intenzione del legislatore", cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 1993, 394 ss.; G. ZACCARIA, *Una definizione d'interpretazione*, in VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 120 ss.; ID., *Come interpretare? La buona e la cattiva interpretazione*, *ivi*, 182 ss.; VIOLA, *Intenzione e discorso giuridico*, cit., 64 ss.; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, Edizioni ETS, 2013, 21 ss.; U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti di "teoria generale del diritto"*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019, 384 ss. Per la ricostruzione in chiave storica dell'affermarsi del processo interpretativo teleologico cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966, spec. 38 ss. nt. 117.

[22] Cfr. Cass. 9 maggio 2008, n. 11624, § 1.a.: «Il termine "clandestino", che vizia il possesso ad usucapionem, se non corrisponde a quello del possesso celato (soltanto) al precedente possessore, e che legittima all'azione di spoglio, deve essere pur sempre inteso come l'opposto di "pubblico"». In questo senso v. anche Cass. 22 agosto 2006, n. 18293, § 8, secondo la quale «La legge richiede che il possesso avvenga in modo pubblico (e, cioè, non clandestinamente)»; nonché, tra le più risalenti, v. Cass. 14 maggio 1979, n. 2800.

[23] In dottrina discorre in maniera acritica dell'equivalenza «non clandestino-pubblico» e di quella «clandestino-occulto», A. MONTEL-M. SERTORIO, *Usucapione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1957, 301; per la giurisprudenza si vedano le pronunce richiamate da M.C. PINTO, sub *art. 1163*, in *Codice civile*, I. (Artt. 1-1471), coord. da G.P. Cirillo, V. Cuffaro e F. Roselli, a cura di P. Rescigno, Milano, 2018, 2166-2167, e da GALATI, *Dell'usucapione*, cit., 210-213.



il possesso sia «non clandestino», è sufficiente che non vi siano impedimenti alla sua conoscibilità; perché il possesso sia «pubblico» è necessario, invece, che ricorrano delle pratiche ostentative [24].

Di conseguenza, mentre il «possesso clandestino» equivale al «possesso occulto» [25], il «possesso non clandestino» ben potrebbe non equivalere al «possesso pubblico», sicché per integrare il requisito di cui all'art. 1163 cod. civ. è sufficiente la dimostrazione dell'esercizio del possesso in maniera non occulta e non anche quella della sua pubblicità.

La lettura proposta induce, allora, a segnare il perimetro della «cornice di significato» [26] attribuibile al requisito della «non clandestinità»: quella cornice racchiude la moltitudine di attività mediante le quali può estrinsecarsi l'esercizio del possesso in modo che lo stesso risulti comunque apprezzabile dall'ambiente sociale. Da quest'angolo visuale, l'occulto rappresenta l'"oltre" del «non clandestino», poiché oltrepassa quella cornice di significato.

Muovendo da quest'orizzonte concettuale occorre procedere, quindi, alla contestualizzazione dell'art. 1163 cod. civ., la quale richiede di attribuire rilevanza alla natura del bene posseduto e alla sua destinazione economico-sociale: queste ultime consentono di calare il significato astratto di clandestinità nelle ipotesi in cui la sua operatività viene invocata in concreto [27].

Procedendo in questo senso, bisogna riflettere, allora, sull'assunto sostenuto dai giudici in entrambe le pronunce: il possesso di opere d'arte va qualificato come non clandestino solo se le stesse sono state esposte a mostre oppure in riviste specializzate. La con-

---

[24] Si tratta di una differenza analoga a quella, che nel mondo antico era teoretica ed epistemologica, tra l'*ἀλήθεια* e la *veritas*: basti leggere le bellissime pagine di M. HEIDEGGER, *L'essenza della verità*, a cura di F. Volpi, Milano, Adelphi, 1997, part. 23 ss.; ID., *Essere e tempo*, trad. it. di P. Chiodi, Milano, Loganesi, 1976, 270.

[25] Chiaro al riguardo è F. DE MARTINO, *Del possesso. Della denunzia di nuova opera e di danno temuto*, Art. 1140-1172, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1984, 94: «la clandestinità consiste in un'azione occulta».

[26] Sul punto cfr. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 59, il quale, riprendendo H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1966, cap. VIII, chiama "*cornice* di significato del testo" l'insieme dei possibili significati dello stesso.

[27] Sul punto cfr. DE MARTINO, *Del possesso*, cit., 95, il quale segnala che «Clandestino può essere per sua natura lo scavo di una grotta nel sottosuolo l'apertura di un acquedotto […] Per natura invece altri atti difficilmente possono essere clandestini, come l'apertura di una finestra, la costruzione su suolo altrui […] Ma in questo tema non si possono formulare regole generali, e conviene riconoscere la qualità dell'azione nei singoli casi». Il ragionamento non è diverso, del resto, da quello elaborato in relazione al diverso requisito della «continuità del possesso», là dove si afferma l'irrilevanza della discontinuità materiale del possesso, qualora questa dipenda dalla natura e dalla destinazione economico-sociale della cosa: così MONTELSERTORIO, *Usucapione*, cit., 300.



testualizzazione così effettuata risulta riduttiva, giacché non tiene conto della varietà di situazioni che possono essere incluse nella cornice di significato della «non clandestinità». Questa prospettiva di analisi permette di prestare attenzione al comune comportamento dei collezionisti di opere d'arte: se è vero che il possesso *ad usucapionem* deve essere non clandestino, è altresì vero che l'identificazione del suo contenuto di significato non può prescindere dalla consapevolezza delle abitudini dei proprietari della cosa posseduta. Una consapevolezza cui risulta d'ausilio, sul piano interpretativo, uno dei due elementi di cui si compone la fattispecie del possesso (art. 1140 cod. civ.): *i.e.* l'esercizio di un'attività corrispondente a quella del proprietario [28]. Il che non significa, sia chiaro, confondere il requisito richiesto per integrare il «possesso utile per l'usucapione» con gli «espedienti che il possessore potrebbe attuare per apparire proprietario» [29]. Questi ultimi, di là dell'uso altamente improprio del sostantivo «espediente» [30], identificano uno degli elementi che compongono il mero possesso, il quale, per consentire l'avverarsi dell'usucapione, deve essere acquisito ed esercitato in maniera non clandestina [31]. Sgomberato quindi il campo da possibili equivoci, la considerazione delle condotte abituali dei proprietari di opere d'arte può rappresentare, a livello cognitivo, la base all'interno della quale evidenziare quelle condotte che risultano idonee a qualificare il possesso come «non clandestino».

Il ragionamento ora avanzato permette, in negativo, di sostenere il carattere altamente riduttivo dell'equivalenza tra la non clandestinità del possesso di opere d'arte e l'elemento della presenza in mostre e pubblicazioni specializzate, e, in positivo, di ampliare la gamma delle condotte attendibili dai proprietari di opere d'arte per l'integrazione della non clandestinità del possesso.

Prestando attenzione in questo paragrafo al primo degli aspetti appena considerati,

---

[28] Per la più che condivisibile precisazione secondo cui il requisito del c.d. *animus possidendi* non allude a un elemento soggettivo, bensì all'esercizio da parte del possessore di un potere di fatto obiettivamente corrispondente al contenuto della proprietà v. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., 552 ss., 619 ss.; S. PATTI, *Prescrizione e possesso*, in *Immobili e dir.*, 2005, 80.

[29] Il punto viene rammentato da Cass., ord. 30 aprile 2021, n. 11465, cit., § 2.1, e da Cass. 14 giugno 2019, n. 16059, cit., in linea con un orientamento costante: cfr. Cass. 23 luglio 2013, n. 17881; Cass. 17 luglio 1998, n. 6997.

[30] L'utilizzo di quel sostantivo sembra sottintendere una percezione negativa del soggetto possessore: «espediente» allude a colui che attraverso «marchingegni» oppure «soluzioni disoneste» tenta di comportarsi come proprietario (v. la definizione di «espediente», in *Vocabolario Treccani online*). E, tuttavia, l'art. 1140 cod. civ. richiede la mera corrispondenza dell'attività del possessore a quella del proprietario.

[31] Come rammentano, infatti, SACCO-CATERINA, *Il possesso*, cit., 467, «Perché ci sia usucapione, deve esserci vero possesso».



occorre muovere dall'interrogativo sul comune modo di comportarsi dei collezionisti di opere d'arte, per appurare se l'esposizione delle opere nelle mostre e l'inserimento delle loro immagini in pubblicazioni specializzate possano essere valutati come elementi la cui presenza alternativa risulti necessaria al fine di dimostrare la non clandestinità del possesso.

Sul punto, va anticipato che, se un tale affermazione fosse vera, le conseguenze della sua applicazione in concreto sarebbero paradossali. Le attività in parola non rappresentano, infatti, delle costanti dei collezionisti. E ciò perché, da un punto di vista generale, la pubblicità non appare particolarmente amata dai collezionisti: esistono, di certo, collezionisti che ostentano la proprietà di determinate opere, ma vi sono anche collezionisti che preferiscono l'anonimato, spostando magari l'attenzione più sull'opera, per favorire la diffusione del lavoro dell'artista: il pensiero va ai collezionisti italiani che hanno contribuito a far conoscere gli artisti italiani all'estero mediante anche l'organizzazione di mostre o le donazioni di opere a musei posti fuori dal nostro territorio. Ancora, l'idea di subordinare il soddisfacimento della non clandestinità del possesso unicamente all'esposizione dell'opera a mostre o in pubblicazioni non tiene conto di due aspetti abbastanza dirimenti rispetto a quanto si sta sostenendo: il primo è che tali attività sono subordinate a una richiesta in tal senso, la quale può benissimo non verificarsi; il secondo è che anche là dove tali attività si verifichino, non è affatto scontato che le stesse non avvengano in maniera anonima. Basta, al riguardo, pensare a quante volte nelle mostre o sui cataloghi troviamo la dicitura "collezione privata".

Con specifico riferimento alla dazione delle opere d'arte a un museo o a qualsiasi altra istituzione in occasione di una mostra, vanno sottolineati, poi, degli ulteriori elementi che rafforzano l'impossibilità di qualificare tale attività come una costante e, quindi, come ragionevolmente attendibile da un proprietario di opere d'arte. L'attività in parola comporta, infatti, lo spostamento delle opere e ingenera, pertanto, il rischio di un loro danneggiamento. Un rischio che risulta più o meno elevato in ragione sia dei materiali che compongono l'opera, sia della sua "antichità". Tutto ciò funge da deterrente per i collezionisti verso l'esposizione delle loro opere nelle mostre.

Il contesto di fatto ora evidenziato rivela, dunque, che gli indici selezionati dai giudici per inferire il carattere non clandestino del possesso non rappresentano dei dati costantemente riscontrabili nel comportamento dei proprietari di opere d'arte e, più nello specifico, dei proprietari di un dipinto di epoca non recente. Tutt'al contrario, quei dati ricorrono in maniera assai sporadica: moltissime opere non vengono esposte, tante altre non vengono menzionate nelle pubblicazioni di settore; e in entrambe le ipotesi è più che fre-



quente che il possesso dell'opera riconducibile a un determinato collezionista non venga pubblicizzato. Il che induce a rilevare il paradosso legato all'assunto per cui non «pare seriamente dubitabile che in ambito di opere d'arte *solo* l'esposizione a mostre, ovvero l'inserimento in pubblicazioni specializzate, consenta la conoscibilità delle stesse [cors. agg.]» [32]: se così fosse, gran parte dei collezionisti possiederebbe le opere in maniera clandestina.

In definitiva, la considerazione delle abitudini dei proprietari di opere d'arte se, da un lato, rivela l'inopportunità, quanto meno, di ridurre la cornice di significato del «possesso non clandestino di opere d'arte» alla mera esposizione a mostre o in pubblicazioni specializzate; dall'altro lato, fa volgere l'indagine alla verifica dell'esistenza di ulteriori elementi atti a dimostrare la non clandestinità del possesso di opere d'arte. Il che sostanzia il secondo aspetto del ragionamento più sopra anticipato.

5. – La verifica delle condotte atte a dimostrare il carattere non clandestino del possesso induce all'analisi degli elementi fattuali emergenti dalle vicende oggetto delle decisioni del 2021 e del 2019 della Corte di Cassazione. Appare necessario, però, far precedere tale analisi da un'osservazione che riprende, in parte, quanto si è già detto sulla «cornice di significato» della «non clandestinità del possesso». Ciò che consente di mettere a fuoco il significato esatto della "non clandestinità" del possesso è la sua distinzione dal possesso "occulto". Ne segue che il possesso *non occulto* è un possesso *non clandestino*. Quest'assunto trova conforto nel riferimento normativo che collega espressamente il non realizzarsi dell'usucapione alla dimostrazione positiva della clandestinità del possesso (art. 1163 cod. civ.). E appare significativo, inoltre, che il legislatore non richieda alcun grado particolare di non clandestinità, e quindi di corrispettiva pubblicità, ma semplicemente che la stessa non ricorre là dove emerga il suo contrario: ossia l'occulto.

Ancora, il possesso utile all'usucapione, oltre ad essere «non clandestino», deve essere protratto in maniera continua per un determinato periodo di tempo. In questo senso, non appare inverosimile che la durata richiesta per il possesso, oltre a rispondere alla necessità di politica normativa di circoscrivere lo stato di incertezza tra fatto e diritto [33], concorra anche ad irrobustire il grado di pubblicità. Il che assume particolare rilevanza

[32] Cass. 14 giugno 2019, n. 16059, cit., § 10.1.

[33] Così sul punto MONTEL-SERTORIO, *Usucapione*, cit., 295.



per quei beni rispetto ai quali il livello di esibizione praticabile risulta ontologicamente poco elevato; tra questi beni rientrano, di certo, i beni mobili. Da quest'angolo di analisi, la durata ventennale prevista dal legislatore all'art. 1161, comma 2, cod. civ. non sembra affatto insignificante: è noto che il legislatore codicistico ha agevolato la circolazione dei beni mobili, e l'esempio emblematico è offerto dalla regola di cui all'art. 1153 cod. civ.; ma là dove gli elementi richiesti per l'innesco di quel sistema circolatorio diminuiscano – mancanza del titolo idoneo e della buona fede – il legislatore stesso lo ha irrigidito, equiparando il termine per l'usucapione dei beni mobili a quello richiesto per i beni immobili (art. 1158 cod. civ.).

Venendo alle pronunce esaminate in questa sede, i giudici di legittimità nell'ordinanza n. 11465/2021 hanno qualificato come erronea l'affermazione della Corte d'Appello di Venezia, secondo la quale la collocazione del dipinto all'interno del salotto dell'appartamento del possessore era «del tutto consona alla sua natura e determinava che il possesso dovesse considerarsi pubblico in conformità con alcuni orientamenti della Corte di Cassazione»[34]. La Corte di Cassazione ha ritenuto, infatti, che la non clandestinità del possesso delle opere d'arte sia assicurata, come sostenuto dalla stessa Corte nel 2019 e come ricordato più volte, solo dalla loro esposizione a mostre, ovvero dal loro inserimento in pubblicazioni specializzate.

Di contro, la censura effettuata dai giudici di legittimità, per le ragioni che già si sono esposte, non risulta affatto puntuale e induce, di conseguenza, ad interrogarsi sull'attitudine della condotta del possessore evidenziata dalla Corte d'Appello a soddisfare la non clandestinità del possesso. Un quesito la cui risposta sembra dover essere affermativa. Si tratta, infatti, di un comportamento comune tra i proprietari delle opere d'arte, e concorre quindi a integrare la fattispecie del «possesso». E si tratta di una condotta che, non implicando l'occultamento del bene posseduto, lo rende percepibile dalla comunità e corrisponde, pertanto, all'esercizio del possesso in maniera non clandestina. Tutt'al più si potrebbe replicare che non si tratti di un grado particolarmente elevato di pubblicità, ma resta comunque il rilievo che, e lo si è già segnalato, ciò non viene richiesto dal legislatore. Su questo fronte, l'assunto dei giudici di legittimità, muovendo dall'errore di agguagliare la «non clandestinità» del possesso alla sua «pubblicità», ne esaspera il significato, richiedendo, per il soddisfacimento della «non clandestinità», l'ostentazione del possesso in maniera particolarmente elevata. Il corollario di una tale argomentazione è l'oscuramento della rilevanza di molte condotte che, sebbene non corrispondano a quell'alto gra-

[34] L'affermazione viene riportata da Cass. 2021 § 4 dei "Fatti di causa".



do di pubblicità, non possono qualificarsi come «clandestine». Allora, come sarebbe improponibile costringere il possessore di un dipinto a manifestare il proprio stato nella pubblica via, così appare eccessivo ridurre la cornice di significato della «non clandestinità» all'esposizione dell'opera nelle mostre o in pubblicazioni specializzate. Queste ultime forme di pubblicità possono e non possono ricorrere nel possesso di un'opera d'arte, e ciò anche a prescindere dalla volontà del loro possessore.

Nel caso esaminato dalla Corte, il dipinto non risultava posto, ad esempio, in uno scantinato oppure in una cassetta di sicurezza e, quindi, in qualche modo occultato, bensì era collocato là dove lo avrebbe messo qualunque proprietario di opere d'arte: appeso alla parete dell'appartamento e pertanto visibile da chiunque vi entrasse. E ciò per venti anni, una durata che non appare, come si è anticipato, affatto irrilevante quale elemento funzionale ad irrobustire lo scarso livello di pubblicità oggettivamente attendibile rispetto al possesso dei beni mobili.

D'altronde, che l'impostazione dei giudici di legittimità appaia interamente votata a dare continuità alla sua giurisprudenza, promuovendo peraltro una soluzione non conforme al dato positivo, piuttosto che ad approfondire le specificità del possesso delle opere d'arte, trapela in maniera lampante dal caso richiamato dagli stessi giudici a conferma della sostenuta clandestinità del possesso del dipinto esercitato. Il caso è quello deciso dalla Cassazione n. 11624/2008 [35], il quale concerneva una vicenda in cui era stata rifiutata la qualifica di «pubblico» attribuita al possesso di un vano cantinato accessibile solo mediante una botola d'ingresso, situata in un retrobottega di un locale. In sostanza, la Cassazione del 2021 ha equiparato la sostenuta clandestinità del possesso di un dipinto – bene mobile –, esercitato nel salotto di un appartamento, al possesso di un vano cantinato – bene immobile –, nascosto al di là di una botola sistemata in un retrobottega. Un'equiparazione che manifesta la scarsa sensibilità dei giudici per le peculiarità della questione oggetto del giudizio, giacché postula l'eguaglianza tra la non clandestinità attendibile dal possesso di un dipinto e quella prospettabile rispetto al possesso di un vano cantinato. Un'equiparazione che conferma, inoltre, la tendenza all'innalzamento smisurato e *contra legem* del livello richiesto per qualificare il possesso di un'opera d'arte come «non clandestino», agguagliandolo in sostanza al possesso «palese». L'analogia proposta dai giudici, tra casi in realtà poco analoghi, sottintende, infatti, la similitudine tra il grado di non clandestinità del possesso di un dipinto esposto nel salotto di un appartamento e quello del possesso di un vano accessibile soltanto da una botola collocata in un

[35] Cfr. Cass. 9 maggio 2008, n. 11624, richiamata da Cass., ord. 30 aprile 2021, n. 11465, cit., § 2.1.



retrobottega. E, tuttavia, mentre nel primo caso non è rinvenibile alcun comportamento idoneo ad occultare il possesso del bene, nel secondo caso risulta, invece, maggiormente percepibile l'azione del possessore volta a tenere nascosto il bene. Ne deriva che l'impostazione dei giudici sembra, non tanto incline a qualificare come «clandestino» il possesso «occulto», quanto piuttosto a qualificare come «non clandestino» solo il possesso «palese».

6. – Spostando l'attenzione sulla sentenza che ha ispirato i giudici del 2021, la numero 16059/2019 della Corte di Cassazione, quest'ultima ha fatto propria la qualificazione di «clandestino» attribuita dai giudici di merito al possesso di due dipinti esposti in un immobile parzialmente adibito a luogo di ricevimento dell'azienda. Questa conclusione però non convince, poiché quello esercitato non è, ancora una volta, un possesso occulto. Al contrario: si tratta di «possesso», perché associa al rapporto materiale con il bene la condotta corrispondente alla diffusa abitudine degli imprenditori di esporre le loro opere d'arte nelle sale riunioni dell'azienda; e si tratta di «possesso non clandestino» perché appare esercitato con un alto grado di visibilità da parte dell'ambiente sociale. Il caso in commento mette ancora di più in chiara luce l'estrema riduttività dell'assunto, coniato proprio dalla Cassazione n. 16059/2019, secondo cui solo l'esposizione a mostre o in pubblicazioni specializzate consente di qualificare il possesso delle opere d'arte come «non clandestino».

L'inserimento dell'ipotesi in esame nel contesto culturale di riferimento, segnala che la condotta esercitata dal possessore è conforme al comune uso degli imprenditori di esibire le opere nei luoghi aziendali. La questione è, allora, se quella condotta sia idonea a integrare il requisito della non clandestinità del possesso. Un interrogativo cui va data risposta positiva: se è vero che l'esposizione nei locali dell'azienda offre al possesso un grado di non clandestinità istituzionalmente diverso da quello emergente dall'esposizione a mostre o in pubblicazioni di settore, è altresì vero che, essendo la non clandestinità, in sé considerata, un requisito dipendente dalle caratteristiche di fatto del luogo di una data esibizione, nel caso di specie, appare controfattuale attribuire a tale condotta ostentativa, la qualifica di occulto. È proprio il riscontro di tale "controfattualità" a non rendere, di certo, occulto il possesso, anche se non gli assegna il medesimo grado di non clandestinità dato dall'esposizione dell'opera a mostre o in pubblicazioni.

La considerazione del fatto che la forma di ostentazione "istituzionale" richiesta dai



giudici di legittimità non rappresenta una costante dei proprietari di opere d'arte, rende conseguentemente apprezzabile la notorietà del possesso fornita dalla collocazione dei dipinti in altri luoghi destinati a visite da parte del pubblico. Nel caso in discorso, poi, quella collocazione favorisce la loro visibilità da parte di una cerchia piuttosto ampia di consociati e risponde, quindi, egregiamente alla necessità di evitare che l'usucapione venga compiuta attraverso l'esercizio occulto del possesso del bene.

La ricostruzione offerta delle vicende decise dalle pronunce n. 11465/2021 e n. 16059/2019 della Corte di Cassazione inserisce, dunque, il requisito della non clandestinità del possesso all'interno della cornice di significato che appare ricavabile dal dettato legislativo. Ciò in quanto assicura il rispetto del limite rappresentato dal suo esatto opposto, *i.e.* l'occulto, sicché consente di fugare il pericolo della trasformazione dell'usucapione in un mezzo idoneo a legittimare il furto del bene [36].

Una tale ricostruzione trova un riscontro, infine, nella lettura dell'usucapione, non già quale istituto idoneo a consentire l'acquisto di un bene altrui [37], bensì quale strumento atto ad attribuire sicurezza alla circolazione dei titoli di proprietà, poiché permette la rigenerazione continua dei titoli nel corso del tempo [38]. Una lettura che sembra condivisa anche dalla pronuncia *J.A. Pye Ltd. v. The United Kingdom* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [39], richiamata incidentalmente peraltro proprio dalla Cassazione n. 16059/2019 [40]. I giudici di Strasburgo rifiutano l'equiparazione dell'usucapione a una forma di espropriazione, collocandola nella prospettiva del comma 2 dell'art. 1 Prot. 1

[36] Cfr. sul punto GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 510: «È irrilevante, agli effetti dell'usucapione, che il possesso sia di buona fede o di mala fede […] Questa circostanza può influire solto sulla durata del possesso necessaria per l'usucapione […] Perciò, può acquistare la proprietà per usucapione anche un ladro, se conserva il possesso della cosa rubata per tutto il tempo necessario. Occorre però che il possesso sia goduto alla luce del sole: se è stato conseguito, come nel caso del ladro, in modo violento o clandestino, il tempo utile per l'usucapione comincia a decorrere solo da quando sia cessata la violenza o la clandestinità (art. 1163). Perciò finché il ladro tiene nascosta la refurtiva, l'usucapione non decorre: decorrerà solo dal momento in cui la possederà sotto gli occhi di tutti».

[37] Diversamente, è proprio tale attitudine dell'usucapione che sembra animare la diffidenza della Corte di Cassazione n. 16059/2019 nell'applicare l'usucapione alle opere d'arte: segnala tale diffidenza in part. MAGRI, *Buona fede, clandestinità*, cit., § 4.

[38] Così A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*^{2}, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2017, 555, il quale prosegue, precisando: «e, grazie alla regola del congiungimento dei possessi, i potenziali acquirenti possono limitare le indagini sulla catena dei titoli che sorreggono quello del potenziale venditore ad un periodo massimo di vent'anni».

[39] Cfr. Corte EDU, gr. ch., 30 agosto 2007, *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom*. *(Appl. no. 44302/02)*, consultabile su Internet all'indirizzo: *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-82172%22]}*.

[40] Cfr. Cass. 14 giugno 2019, n. 16059, cit., § 10.2.



della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo [41], il quale abilita gli Stati a «porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale», e non già in quella del comma 1, che sancisce il divieto di espropriazione «se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale» [42]. Affiora, in definitiva, la possibilità di procedere a un'interpretazione di segno estensivo dei comportamenti idonei a integrare il possesso utile ai fini dell'usucapione.

7. – L'occasione di leggere le pronunce n. 11465/2021 e n. 16059/2019 della Corte di Cassazione ha consentito di rimarcare la necessità che l'interesse sempre più diffuso per il "diritto dell'arte" venga accompagnato da una maggiore attenzione alle peculiarità che caratterizzano le vicende artistiche.

L'orientamento secondo cui il possesso non clandestino ricorre *solo* là dove le opere vengano esposte a mostre o risultino inserite in pubblicazioni specializzate manifesta in maniera evidente la mancanza di quella che in esordio ho chiamato "cultura del diritto dell'arte". L'interpretazione così offerta della non clandestinità del possesso di opere d'arte difetta, infatti, dell'integrale considerazione del contesto nel quale quel possesso viene esercitato. La maggiore consapevolezza delle abitudini dai proprietari di opere d'arte apre alla maggiore valorizzazione dei comportamenti potenzialmente idonei a integrare il requisito della non clandestinità del possesso. In questo senso, appare oltremodo riduttivo, e potrebbe sortire esiti paradossali, il condizionamento della soddisfazione di quel requisito all'esposizione dell'opera posseduta a mostre o in pubblicazioni specializzate. La concezione dell'usucapione come mezzo per regolare la circolazione della proprietà, e non già come forma di espropriazione, conduce a individuare tra le condotte idonee a rendere il possesso non clandestino, quelle che assicurano, alla luce della natura bene posseduto e della sua destinazione economico-sociale, un grado sufficientemente elevato di percepibilità del possesso da parte dell'ambiente sociale, precludendone al contempo la qualifica di occulto.

---

[41] Sull'art. 1, prot. 1, Conv. eur. dir. uomo, e per la giurisprudenza al riguardo, cfr. tra gli altri M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Torino, Giappichelli, 2015, 76 ss., 82 ss.

[42] Cfr. Corte EDU, gr. ch., 30 agosto 2007, *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom. (Appl. no. 44302/02)*, cit., spec. §§ 64-66.



CASS. CIV., SEZ. III, 10 MAGGIO 2021, N. 12225

Ai sensi dell'art. 117 del d.lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo), come già previsto dall'art. 5 d.P.R. n. 224/1988, il livello di sicurezza al di sotto del quale il prodotto deve ritenersi difettoso non corrisponde a quello della sua innocuità, dovendo piuttosto farsi riferimento ai requisiti di sicurezza generalmente richiesti dall'utenza in relazione alle circostanze tipizzate dalla suddetta norma, o ad altri elementi valutabili ed in concreto valutati dal giudice di merito, nell'ambito dei quali rientrano anche gli standard di sicurezza eventualmente imposti da normative di settore. In particolare, la responsabilità del produttore non è esclusa dalla prova di avere fornito, tramite il foglietto illustrativo (c.d. bugiardino), un'informazione che si sostanzi in una mera avvertenza generica circa la non sicurezza del prodotto, dovendo piuttosto tale avvertenza consentire al consumatore di effettuare una corretta valutazione dei rischi e dei benefici e di adottare tutte le necessarie precauzioni volte ad evitare l'insorgenza del danno, in modo da esporsi al rischio in maniera volontaria e consapevole.

...Omissis...

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 27/2/2018 la Corte d'Appello di Verona, rigettato quello in via incidentale spiegato dal sig. Roberto Trevisanato, in parziale accoglimento del gravame interposto dalla società Bayer s.p.a. e in conseguente parziale riforma della pronunzia Trib. Venezia n. 64 del 2013, ha rideterminato in diminuzione l'ammontare in favore del primo liquidato dal giudice di prime cure a titolo di risarcimento dei danni dal medesimo sofferti all'esito dell'assunzione del farmaco Lipobay 0,2 – dalla suindicata società immesso sul mercato italiano e dalla medesima successivamente ritirato – che gli aveva provocato la c.d. miopatia dei cingoli.

Avverso la suindicata pronunzia della corte di merito la società Bayer s.p.a. propone ora ricorso per Cassazione, affidato a 3 motivi, illustrati da memoria.

Resiste con controricorso il Trevisanato, che spiega altresì ricorso incidentale sulla



base di unico complesso motivo, illustrato da memoria. Già chiamata all'udienza camerale del 24/1/2020, la causa è stata rinviata alla pubblica udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il 1° motivo la ricorrente in via principale denunzia «violazione e falsa applicazione» degli artt. 114, 117 d.lgs. n. 206 del 2005 (c.d. Codice del consumo), in riferimento all'art. 360, 1° co. n. 3, c.p.c.

Con il 2° motivo denunzia «violazione e falsa applicazione» degli artt. 117, 118, 120 d.lgs. n. 206 del 2005 (c.d. Codice del consumo), in riferimento all'art. 360, 1° co. n. 3, c.p.c.

Con il 3 0 motivo denunzia violazione dell'art. 132 c.p.c., in riferimento all'art. 360, 10 co. n. 4, c.p.c.

Si duole che la corte di merito abbia – con motivazione apparente e con erronea valutazione delle emergenze processuali e in particolare della CTUravvisato la sua responsabilità *ex* artt. 2043 e 2050 cod. civ. laddove, applicando la disciplina speciale del c.d. Codice del consumo, in base alla quale ai fini della qualificazione del prodotto in termini di difettosità assume rilievo non già la relativa innocuità bensì la sicurezza che ci si può ragionevolmente attendere in relazione al modo in cui il prodotto è stato immesso in circolazione, alla sua presentazione, alle sue caratteristiche palesi e alle istruzioni e avvertenze fornite all'uso, nella specie il prodotto farmaceutico in argomento Lipobay, anche «in ragione della ampia informativa fornita», non avrebbe potuto ravvisarsi come difettoso.

Lamenta non essersi dalla corte di merito considerato che «il problema della difettosità non può coincidere con la semplice possibile insorgenza di effetti collaterali nocivi, ma deve invece ricondursi al problema di un corretto bilanciamento del rapporto rischio/beneficio relativo alla somministrazione dello stesso», e che, omettendo di considerare «se il farmaco Lipobay potesse considerarsi agli effetti di legge "difettoso"» tale giudice ha altresì «del tutto omesso di spiegare perché mai … potesse costituire un "risultato anomalo" rispetto alla normalità delle aspettative» la patologia lamentata dalla controparte, essendo essa «perfettamente conosciuta dalla "Classe Medica" come possibile effetto avverso del farmaco, chiaramente segnalata nell'informativa fornita con il prodotto», informativa che «consentiva al paziente e al medico – che peraltro nella fattispecie coincidono nella persona del dott. Trevisanato – di valutare il relativo rapporto rischio beneficio (decidendo se esporsi o meno ai remoti rischi di effetti indesiderati collegati all'uso di tale specialità medicinale a fronte di un evidente e pressoché certo vantag-



gio terapeutico) e di assicurare che attraverso l'attento rispetto di avvertenze, precauzioni d'impiego, dosaggi e modalità d'uso raccomandati fosse possibile prevenire (o quantomeno immediatamente bloccare) l'insorgere di eventuali effetti indesiderati».

Si duole che la corte di merito abbia erroneamente valutato le emergenze processuali, e in particolare della espletata CTU, essendosi limitata ad «aderire passivamente alle valutazioni (erronee) svolte dal giudice di prime cure, circa la presunta esaustività e completezza dell'analisi peritale svolta nel corso del primo grado di giudizio, senza prendere alcun tipo di posizione su nessuno degli specifici rilievi sopra ricordati, e così di fatto omettendo di fornire la ben che minima spiegazione in merito alle ragioni per cui ha ritenuto di rigettare lo specifico motivo di gravame sollevato da Bayer sotto tale profilo».

Con unico motivo il ricorrente in via incidentale denunzia violazione degli artt. 2043, 2059 cod. civ., 11 d.p.r. n. 314/90, in riferimento all'art. 360, 1° co. n. 3, c.p.c.; nonché «omesso esame» di fatto decisivo della controversia, in riferimento all'art. 360, 10co. n. 5, c.p.c.

Si duole che la corte di merito abbia confuso tra danno non patrimoniale e danno patrimoniale, nonché erroneamente escluso il danno patrimoniale da incapacità lavorativa specifica.

I motivi di entrambi i ricorsi, che possono congiuntamente esaminarsi in quanto connessi, sono in parte inammissibili e in parte infondati.

Va anzitutto osservato che il requisito – richiesto a pena di inammissibilità *ex* art. 366, 1° co. n. 6, c.p.c., risulta nel caso dai ricorrenti – principale ed incidentale – non osservato laddove viene dai medesimi rispettivamente operato il riferimento ad atti e documenti del giudizio di merito [in particolare, all'«atto di citazione notificato a mezzo posta in data 17 luglio 2007 (doc. 2 del fascicolo di primo grado)», alle «istruzioni fornite dalla casa produttrice», alle «affermazioni e produzioni documentali di controparte», al «foglietto illustrativo del farmaco in questione», al «ritiro della cerivastatina dal mercato internazionale»; alla «comunicazione inviata da Bayer all'allora Ministero della sanità in data 8 agosto 2001, doc. 5 Bayer del fascicolo di primo grado», al «comunicato n. 329 dell'8 agosto 2001 della Direzione Generale della Valutazione dei Medicinali e della Farmacovigilanza del Ministero della salute, doc. 6 Bayer del fascicolo di primo grado», al «fallito tentativo di conciliazione della causa», all'interrogatorio libero del «Responsabile della Farnnacovigilanza di Bayer dott. Stefano Bonato», alle «memorie *ex* art. 183, VI comma, c.p.c.», alla «prova testimoniale», alla espletata CTU, alla richiesta di «rinnovazione della CTU», alla sentenza del giudice di prime cure, all'atto di «appello notificato in data 7 febbraio 2013 (doc. 3)», alla «relazione tecnica integrativa di "Com-



menti alla CTU a firma del Prof. Gaetano Crepaldi dell'Istituto di Neuroscienze – Sezione di Padova depositata nel corso del giudizio di appello», alla «pag. 24 della CTU svolta nel primo grado di giudizio», alle «pag. 30 e ss. dell'atto di appello», da parte della ricorrente in via principale; al «doc. A/8», al «doc. A/10», al «doc. A/12», al «doc. A/13», al " doc. A/14», al «doc. A/15», al «doc. A/16», all'«atto di citazione notificato in data 17.07.2007», alla propria comparsa di costituzione e risposta del giudizio di 10 grado; alle «memorie *ex* art. 183 c.p.c.», alle «testimonianze», alle «acquisizioni documentali», alla sentenza del giudice di prime cure, all'«atto di appello notificato in data 07.02.2013», al «foglietto illustrativo che accompagnava il farmaco Lipobay», alle «certificazioni delle Commissioni in atti», alla «documentazione clinica in atti», alle «dichiarazioni dei redditi», da parte del ricorrente in via incidentale] limitandosi a meramente richiamarli, senza invero debitamente – per la parte d'interesse in questa sede – riprodurli nel ricorso ovvero, laddove riprodotti (es., della ricorrente in via principale: parti della sentenza di 1° grado, parti della «informativa fornita dalla Casa Farmaceutica», parti della CTU; dal ricorrente in via incidentale: parti della «comparsa di costituzione d'appello», parti della «CTU medico-legale», «pagg. 22/23/24 dell'elaborato peritale», il «parere per la revoca dell'autorizzazione all'immissione in commercio … resa da Comitato Scientifico per le specialità medicinali dell'Emea del marzo 2002», «CTU pag. 24», il "bugiardino"), senza fornire puntuali indicazioni necessarie ai fini della relativa individuazione con riferimento alla sequenza dello svolgimento del processo inerente alla documentazione, come pervenuta presso la Corte Suprema di Cassazione, al fine di renderne possibile l'esame (v. Cass., 16/3/2012, n. 4220), con precisazione (anche) dell'esatta collocazione nel fascicolo d'ufficio o in quello di parte, e se essi siano stati rispettivamente acquisiti o prodotti (anche) in sede di giudizio di legittimità (v. Cass., 23/3/2010, n. 6937; Cass., 12/6/2008, n. 15808; Cass., 25/5/2007, n. 12239, e, da ultimo, Cass., 6/11/2012, n. 19157), la mancanza anche di una sola di tali indicazioni rendendo il ricorso inammissibile (cfr., Cass., sez. un., 27/12/2019, n. 34469; Cass., sez. un., 19/4/2016, n. 7701).

A tale stregua, l'accertamento in fatto e la decisione dalla corte di merito adottata nell'impugnata decisione rimangono invero dagli odierni ricorrenti non idoneamente censurati.

Non sono infatti sufficienti affermazioni – come nel caso – apodittiche, non seguite da alcuna dimostrazione.

È al riguardo appena il caso di osservare che i requisiti di formazione del ricorso per Cassazione *ex* art. 366 c.p.c. vanno indefettibilmente osservati, a pena di inammissibilità del medesimo (v., da ultimo, Cass., 5/7/2019, n. 18046).



Essi rilevano ai fini della giuridica esistenza e conseguente ammissibilità del ricorso, assumendo pregiudiziale e prodromica rilevanza ai fini del vaglio della relativa fondatezza nel merito, che in loro difetto rimane invero al giudice imprescindibilmente precluso (cfr. Cass., 6/7/2015, n. 13827; Cass., 18/3/2015, n. 5424; Cass., 12/11/2014, n. 24135; Cass., 18/10/2014, n. 21519; Cass., 30/9/2014, n. 20594; Cass., 5 19/6/2014, n. 13984; Cass., 20/1/2014, n. 987; Cass., 28/5/2013, n. 13190; Cass., 20/3/2013, n. 6990; Cass., 20/7/2012, n. 12664; Cass., 23/7/2009, n. 17253; Cass., 19/4/2006, n. 9076; Cass., 23/1/2006, n. 1221).

Senza sottacersi, con particolare riferimento al 3° motivo del ricorso principale, come al di là della relativa formale intestazione la ricorrente deduca in realtà doglianze (anche) di vizio di motivazione al di là dei limiti consentiti dalla vigente formulazione dell'art. 360, 10 co. n. 5, c.p.c. (v. Cass., sez. un., 7/4/2014, n. 8053), nel caso ratione temporis applicabile, sostanziantesi nel mero omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che sia stato oggetto di discussione tra le parti, dovendo riguardare un fatto inteso nella sua accezione storico-fenomenica, e non anche come nella specie l'illogicità e l'insufficienza della motivazione ovvero l'omessa e a fortiori l'erronea valutazione delle emergenze processuali (v. pag. 26 del ricorso in via principale) (cfr. Cass., sez. un., 7/4/2014, n. 8053, e, conformemente, Cass., 29/9/2016, n. 19312).

Con riferimento al ricorso in via principale, va sotto altro profilo – quanto al merito – osservato che come questa Corte ha già avuto modo di porre in rilievo (v. in particolare Cass., 20/11/2018, n. 29828) all'art.117 del Codice del Consumo (e già all'art. 5 d.p.r. n. 224 del 1988) viene definito «difettoso» non già ogni prodotto insicuro bensì quel prodotto che non offra la sicurezza che ci si può legittimamente attendere in relazione al modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, alla sua presentazione, alle sue caratteristiche palesi alle istruzioni o alle avvertenze fornite, all'uso per il quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato, ai comportamenti che in relazione ad esso si possono ragionevolmente prevedere, al tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione (v., da ultimo, Cass., 20/11/2018, n. 29828).

Si è al riguardo precisato che il concetto di difetto è sostanzialmente riconducibile al difetto di fabbricazione, ovvero alle ipotesi dell'assenza o carenza di istruzioni, ed è strettamente connesso al concetto di sicurezza.

Non corrisponde pertanto né alla nozione di "vizio" di cui all'art. 1490 cod. civ., in base al quale può trattarsi di un'imperfezione del bene che può anche non comportare un'insicurezza del prodotto, né a quella di difetto di conformità introdotto dalla disciplina sulla vendita dei beni di consumo, postulando invero un pericolo per il soggetto che fa



un uso del prodotto o per coloro che, comunque, si trovano in contatto con esso (v. Cass., 29/5/2013, n. 13458).

Il legislatore ha, inoltre, precisato che il prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio; e che il prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie.

Si è ulteriormente sottolineato che, anche assumendo come parametro integrativo di riferimento la nozione di prodotto "sicuro" contenuta nella disciplina sulla sicurezza generale dei prodotti di cui all'art. 103 Codice del consumo (e già al d.lgs. n. 172 del 2004), il livello di sicurezza prescritto, al di sotto del quale il prodotto deve considerarsi difettoso, non corrisponde a quello della sua più rigorosa innocuità, dovendo farsi riferimento ai requisiti di sicurezza dall'utenza generalmente richiesti in relazione alle circostanze specificamente indicate all'art. 117 Codice del consumo (e già all'art. 5 d.p.r. n. 224 del 1988), o ad altri elementi in concreto valutabili e concretamente valutati dal giudice di merito, nell'ambito dei quali debbono farsi rientrare gli standards di sicurezza eventualmente imposti dalle norme in materia (v. Cass., 20/11/2018, n. 29828; Cass., 29/5/2013, n. 13458).

Si è osservato come la verificazione del danno di per sé non deponga per la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo per una sua più indefinita pericolosità, invero insufficiente a fondare la responsabilità del produttore laddove non venga in concreto accertato che la stessa pone il prodotto al di sotto del livello di garanzia e di affidabilità richiesto dalle leggi in materia o dall'utenza (v. Cass., 29/5/2013, n. 13458; Cass. 13/12/2010, n. 25116).

Quanto all'onere della prova, l'art. 120 del Codice del Consumo (come già l'art. 8 d.p.r. n. 224 del 1988) prevede che il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno; mentre il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità *ex* art. 118 Codice del Consumo.

Spetta allora anzitutto al danneggiato dimostrare che il prodotto ha evidenziato il difetto durante l'uso, che ha subito un danno e che quest'ultimo deriva dal difetto.

Fornita dal danneggiato tale prova, il produttore ha l'onere di dare la prova liberatoria, consistente nella dimostrazione che il difetto non esisteva quando ha posto il prodotto in circolazione, o che all'epoca non era riconoscibile come in base allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche (v. Cass., 29/5/2013, n. 13458).

La responsabilità da prodotto difettoso integra pertanto un'ipotesi di responsabilità presunta (e non già oggettiva), incombendo al danneggiato che chiede il risarcimento



provare gli elementi costitutivi del diritto fatto valere, in particolare l'esistenza del "difetto" del prodotto e il collegamento causale tra difetto e danno (cfr. Cass., 29/5/2013, n. 13458).

La prova della difettosità del prodotto può essere peraltro data anche per presunzioni semplici.

A tale stregua, acquisita tramite fonti materiali di prova (o anche tramite il notorio o a seguito della non contestazione) la conoscenza di un fatto secondario, il giudice può in via indiretta dedurre l'esistenza del fatto principale ignoto (nella specie, il difetto del prodotto), sempre che le presunzioni abbiano il requisito della gravità (il fatto ignoto deve cioè essere desunto con ragionevole certezza, anche probabilistica), della precisione (il fatto noto, da cui muove il ragionamento probabilistico, e l'iter logico seguito non debbono essere vaghi ma ben determinati), della concordanza (la prova deve essere fondata su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto) (v. Cass., 29/5/2013, n. 13458. Cfr. altresì Cass., 26/6/2008, n. 17535; Cass., 2/3/2012, n. 3281), giacché gli elementi che costituiscono la premessa devono avere il carattere della certezza e della concretezza, essendo invero inammissibile la c.d. *praesumptio de praesumpto*, non potendosi valorizzare una presunzione come fatto noto, per derivarne da essa un'altra presunzione (v. Cass., 28/1/2000, n. 988; Cass., 28/1/1995, n. 1044. E già Cass., 3/7/1969, n. 2443; nonché, da ultimo, Cass., 6/7/2018, n. 17720).

Si è altresì sottolineato che in tema di danno da prodotto difettoso le norme di fonte comunitaria, volte a realizzare un'armonizzazione globale – e non già minima (v. Corte Giust., 25/4/2002, C-52/00; Corte Giust., 25/4/2002, C154/00; Corte Giust., 25/4/2002, C-183/00), ma nemmeno completa (v. Corte Giust., 20/11/2014, C-310/13; Corte Giust., 21/12/2011, C-495/10; Corte Giust., 4/6/2009, C-285/10; Corte Giust., Grande Sezione, 10/1/2006, C12 402/03) – , delle legislazioni degli Stati membri del settore della responsabilità per danno da prodotto difettoso (Direttiva 85/374/CEE, in tema di responsabilità da prodotti difettosi, recepita con d.p.r. n. 224 del 1988, poi trasfuso negli artt. 114-127 d.lgs. n. 206 del 2005 "Codice del consumo"; direttiva 2001/95/CE sulla sicurezza dei prodotti, recepita con gli artt. 102-113 d.lgs. n. 206 del 2005 "Codice del consumo"), non trovano invero applicazione in via esclusiva ma vengono ad affiancarsi e non si sostituiscono alla disciplina dettata dall'ordinamento interno (v. Cass., 1°/6/2010, n. 13432; Cass., 29/4/2005, n. 8981. Cfr. anche, da ultimo, Cass., 7/11/2019, n. 28626), non rimanendo pertanto da quella del c.d. Codice del consumo esclusa, stante la diversità di ratio e ambito applicativo, l'operatività (anche) della norma di cui all'art. 2050 cod. civ. (cfr., da ultimo, Cass., 7/3/2019, n. 6587).



Orbene, dei suindicati principi la corte di merito ha nell'impugnata sentenza fatto invero sostanzialmente corretta applicazione. È rimasto in sede di merito accertato che «nella tarda primavera del 1999, in seguito all'assunzione del farmaco Lipobay 0,2 (farmaco fornitogli, essendo … medico di base, dagli informatori farmaceutici della Bayer s.p.a.) per circa due mesi», l'originario attore ed odierno controricorrente «aveva iniziato ad accusare una serie di disturbi quali "astenia, facile irritabilità, affaticamento e dolenzia muscolare"», e che, pur avendo sospeso il trattamento all'esito di accertamenti clinici dai quali era emerso un «"elevato livello di CPK" nel sangue», le «sue condizioni di salute erano … progressivamente peggiorate tanto che nel mese di settembre 1999 veniva ricoverato in clinica con diagnosi di "miopatia con importante interessamento enzimatico"», sicché, a seguito di «ulteriore peggioramento della predetta patologia muscolare», vi fu un nuovo ricovero «nel marzo 2002 … con diagnosi di "miopatia a lenta evoluzione"», con comparsa nel «settembre 2002» di «primi sintomi di coinvolgimento dell'apparato respiratorio», seguito da un ulteriore ricovero «nel maggio 2003 … presso l'Ospedale di Mirano dove fu confermata la pregressa diagnosi di "miopatia ai cingoli a lenta evoluzione e pneumopatia con deficit ventilatorio restrittivo di grado lieve"», e da un ennesimo ricovero «nel mese di ottobre 2003 presso l'Unità Operativa di Fisiopatologia Respiratoria dell'Ospedale di Padova» per «un ulteriore aggravamento».

Atteso che l'autorizzazione al commercio non vale di per sé ad escludere la responsabilità civile del produttore [cfr. art. 39 d.lgs. n. 219 del 2006 recante attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive Direttive di modifica) relativa a un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE: «l'autorizzazione non esclude la responsabilità anche penale del produttore e del titolare dell'AIC»], i requisiti pubblicistici valendo a realizzare solo un minimum di garanzia per il consumatore (v. Corte Giust., 29/5/1997, C-300/95); e considerato, per altro verso, che la valutazione di pericolosità non attiene ai meri dati scientifici ma coinvolge anche la percezione e le aspettative dei consumatori (v. Corte Giust., 11/4/2001, C477/00; Corte Giust., 28/10/1992, C-219/91), ad escludere la responsabilità del produttore di farmaci non essendo invero sufficiente la mera prova dello "stato dell'arte", va osservato che nel rigettare la censura mossa dall'allora appellante ed odierna ricorrente in via principale secondo cui «un prodotto "difettoso" è tale solo quando risulta totalmente inadatto al commercio, e non quando si verifica il rischio di possibili effetti indesiderati, peraltro debitamente segnalati nelle avvertenze come nel caso di specie», sulla scorta delle risultanze dell'espletata CTU, e in considerazione altresì «dei fattori estrinseci (quali obesità e ipertensione) che potevano aver aggravato il quadro clinico», nonché delle modalità di



assunzione del farmaco … giudicate corrette dal collegio peritale», la corte di merito ha ribadito la sussistenza nella specie del nesso di causalità tra l'assunzione del farmaco in argomento e la riscontrata «miopatia dei cingoli con dispnee notturne» già ravvisata dal giudice di prime cure, in ragione della «tossicità neuromuscolare della Cerivastatina, principio attivo contenuto anche nel Lipobay … in linea con i riconosciuti rilievi della comunità scientifica».

Ha al riguardo ulteriormente sottolineato come all'accertamento della sussistenza nella specie «del nesso di causa tra l'assunzione del Lipobay e la patologia contratta dal Trevisanato» non ostano le «eventuali (e opinabili) sviste del giudice di primo grado nell'esposizione del caso quanto al nomen della patologia di cui si discute», invero «non … significative né idonee ad invalidare il convincimento» al riguardo; e, per altro verso, come risulti del tutto irrilevante la dedotta «mancata coincidenza» tra la patologia sviluppata dall'odierno controricorrente e l'effettuato ritiro volontario dal commercio del «farmaco in questione» per «le problematiche legate alla rischiosità di un'eventuale insorgenza di rabdomiolisi esclusivamente in due specifiche circostanze: a) ove il Lipobay fosse stato somministrato insieme ad un farmaco contenente un diverso principio attivo (il Gemfibrozil); b) ove il Lipobay fosse stato somministrato a dosaggi iniziali assai elevati quali lo 0,8 mg (dose mai assunta dal Trevisanato)», nonché, del pari, l'«affermata relazione con le patologie indicate come possibili [effetti] indesiderati nelle avvertenze d'uso», in quanto «al fine di accertare la civile responsabilità del produttore del farmaco nel caso di specie» va «preso in considerazione il giudizio espresso dal CTU sulla relazione tra l'assunzione del Lipobay prodotto dalla S.p.A. Bayer e la patologia concretamente sviluppata dall'attore».

Orbene, diversamente da quanto del tutto apoditticamente censurato dall'odierna ricorrente [la quale in violazione – come detto – del requisito a pena d'inammissibilità richiesto all'art. 366, 1° co. n. 6, c.p.c. si limita a genericamente dolersi della omessa considerazione «di alcuni degli indici di fatto emersi dall'istruttoria svolta nel corso del giudizio (in particolare, la rischiosità insita in qualsiasi farmaco a base di statine di portare all'insorgenza di mialgie e il chiaro contenuto dell'informativa fornita assieme al prodotto Lipobay in rapporto alla natura dei malesseri sofferti dal dott. Trevisanato)»], dalla pur sintetica motivazione dell'impugnata sentenza – resa (anche) a fronte di analoghe censure dall'odierna ricorrente e allora appellante anche in quella sede proposte – emerge come in sostanziale applicazione della disciplina comunitaria nonché del Codice del consumo nell'impugnata sentenza la corte di merito abbia invero ravvisato l'esistenza nella specie della difettosità del farmaco in argomento al momento della relativa com-



mercializzazione a cagione del principio attivo (cerivastatina) in esso contenuto, determinante l'accentuato rischio di malattie del muscolo rispetto a dosi equipollenti di altre statine, e, pertanto, una minore sicurezza del medesimo rispetto ad altri farmaci della stessa categoria (ipocolesterolemizzanti) evidenziata nell'espletata CTU.

Farmaco di cui è stata accertata la decisiva rilevanza causale nella determinazione della «malattia dei cingoli con dispnee notturne» sofferta dall'odierno controricorrente e ricorrente in via incidentale, siffatta «patologia concretamente sviluppata» avendo invero nello specifico caso *de quo* costituito sintomatica ipotesi di concretizzazione di uno dei paventati rischi che hanno indotto l'odierna ricorrente al relativo ritiro dal commercio (che, pur se volontario, depone invero per la violazione del principio di precauzione anteriormente all'immissione in commercio) al fine di evitare, attesa la riconosciuta tossicità neuromuscolare, la causazione di patologie (quale in particolare la rabdonniolisi) dei muscoli ai relativi assuntori.

In altri termini, il farmaco difettoso di cui trattasi ha nello specifico caso concreto in esame assunto carattere anche dannoso.

Considerato, sotto altro profilo, che ad escludere la responsabilità del produttore di farmaci non è invero sufficiente nemmeno la mera prova di aver fornito – tramite il foglietto illustrativo (c.d. "bugiardino") – un'informazione che si sostanzi in una mera avvertenza generica circa la non sicurezza del prodotto (cfr. Cass., 15/3/2007, n. 6007), essendo necessaria un'avvertenza idonea a consentire al consumatore di acquisire non già una generica consapevolezza in ordine al possibile verificarsi dell'indicato pericolo in conseguenza dell'utilizzazione del prodotto bensì di effettuare una corretta valutazione (in considerazione delle peculiari condizioni personali, della particolarità e gravità della patologia nonché del tipo di rimedi esistenti) dei rischi e dei benefici al riguardo, nonché di adottare tutte le necessarie precauzioni volte ad evitare l'insorgenza del danno, e pertanto di volontariamente e consapevolmente esporsi al rischio (con eventuale suo concorso di colpa *ex* art. 1227 cod. civ. in caso di relativa sottovalutazione o di abuso del farmaco), non può infine sottacersi che, a fronte di specifica censura dall'odierna ricorrente e allora appellante mossa (anche) in sede di gravame («La compagnia farmaceutica … precisa che … non poteva esservi alcun nesso causale tra l'assunzione del farmaco e l'insorgenza della malattia invalidante denunciata dall'attore, il cui rischio era del resto segnalato anche nel foglio delle avvertenze inserito nelle confezioni in vendita»), la corte di merito ha ritenuto le indicazioni recate nel foglio delle avvertenze (c.d. "bugiardino") nella specie invero inidonee ad escluderne la responsabilità (in argomento cfr. Cass., 7/3/2019, n. 6587. Con riferimento all'obbligo del consenso informato del paziente quale



legittimazione e fondamento del trattamento sanitario cfr. altresì, da ultimo, Cass., 10/12/2019, n. 32124) alla stregua delle risultanze dell'espletata CTU sulla base di una valutazione, effettuata secondo il criterio della prognosi postuma *ex ante* (avuto cioè riguardo alle circostanze esistenti al momento dell'esercizio dell'attività).

La corte di merito ha pertanto confermato la decisione del giudice di prime cure sul punto sulla base di una valutazione, implicante accertamenti di fatto, spettante al giudice del merito e non sindacabile in sede di legittimità in presenza come nella specie di motivazione (più sopra riportata) congrua (cfr. Cass., 19/7/2018, n. 19180, Cfr. altresì, con riferimento a differenti fattispecie, Cass., 15/2/2019, n. 4545; Cass. 20/5/2015, n. 10268; Cass. 19/1/2007, n. 1195), e in ogni caso non meramente apparente – e pertanto inesistente – (cfr. Cass., 30/6/2020, n. 13248; Cass., sez. un., 27/12/2019, n. 34476; Cass., 30/5/2019, n. 14754; Cass., sez. un., 7/4/2014, n. 8053).

Emerge evidente, a tale stregua, come lungi dal denunziare vizi della sentenza gravata rilevanti sotto i ricordati profili, le deduzioni del ricorrente, oltre a risultare formulate secondo un modello difforme da quello delineato all'art. 366, 1° co. n. 6, c.p.c., in realtà si risolvono nella mera doglianza circa la dedotta erronea attribuzione da parte del giudice del merito agli elementi valutati di un valore ed un significato difformi dalle sue aspettative (v. Cass., 20/10/2005, n. 20322), e nell'inammissibile pretesa di una lettura dell'asserto probatorio diversa da quella nel caso operata dai giudici di merito (cfr. Cass., 18/4/2006, n. 8932).

Per tale via, infatti, come sì è sopra osservato, lungi dal censurare la sentenza per uno dei tassativi motivi indicati nell'art. 360 c.p.c., in realtà sollecita, cercando di superare i limiti istituzionali del giudizio di legittimità, un nuovo giudizio di merito, in contrasto con il fermo principio di questa Corte secondo cui il giudizio di legittimità non è un giudizio di merito di terzo grado nel quale possano sottoporsi alla attenzione dei giudici della Corte Suprema di Cassazione elementi di fatto già considerati dai giudici del merito, al fine di pervenire ad un diverso apprezzamento dei medesimi (cfr. Cass., 14/3/2006, n. 5443).

All'inammissibilità e infondatezza dei motivi consegue il rigetto dei ricorsi, principale e incidentale.

Stante la reciproca soccombenza, va disposta la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta i ricorsi.

Compensa tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

JUS CIVILE



MARIA CIMMINO

Ricercatore di Diritto privato – Università Parthenope di Napoli

PERICOLOSITÀ DEI FARMACI, DANNO DA PRODOTTO DIFETTOSO E RISCHI PER LA SALUTE DEL CONSUMATORE TRA REGOLAZIONE DEL MERCATO E TUTELA DELLA PERSONA. NOTE IN MARGINE A CASS., 10 MAGGIO 2021, N. 12225

SOMMARIO: *1. Il caso concreto e le questioni emerse. – 2. Diritto alla salute e libertà di iniziativa economica: la composizione di un rapporto dialettico alla luce della normativa consumeristica. – 3. La disciplina della qualità e sicurezza dei prodotti nel nuovo approccio: sua applicabilità ai farmaci. – 4.* Segue. *La disciplina dei farmaci come prodotti secondo il codice comunitario relativo ai medicinali ad uso umano. – 5. La responsabilità del produttore di farmaci nel quadro del sistema della responsabilità civile: la rilevanza del c.d. rischio di sviluppo ai fini della configurazione di un'ipotesi di* strict liability. *– 6. La soluzione offerta dalla Corte: la natura giuridica della responsabilità del produttore tra codice civile e codice del consumo; oneri probatori, rilevanza degli standard di sicurezza e adempimento degli obblighi di informazione. – 7. Osservazioni conclusive. Informazione ed educazione del consumatore: il ruolo del professionista sanitario e dei corpi intermedi alla luce della sussidiarietà orizzontale.*

1. – La controversia riguarda un consumatore, nel caso di specie un medico, che aveva adito gli organi di giustizia per il risarcimento dei gravi danni alla propria integrità psico-fisica, riportati a seguito dell'insorgenza di una miopatia dei cingoli, riconducibili, secondo l'istante, all'assunzione di un farmaco, prodotto da una nota casa farmaceutica e poi da questa stessa successivamente ritirato.

Dopo aver ottenuto vittoria di lite nel primo grado del merito, l'attore vedeva ridotto il quantum del risarcimento in seconde cure.

Giunta al vaglio di legittimità, a seguito di ricorso della casa produttrice, il Giudice viene chiamato a stabilire se addurre la patologia lamentata dal consumatore ad una intrinseca difettosità del prodotto, oppure, al contrario, ascriverla al normale rapporto rischio-benefici connesso all'assunzione di farmaci, noto alla classe medica e di cui il paziente doveva comunque ritenersi edotto, sulla base delle indicazioni fornite dalla casa farmaceutica di produzione riportate nel foglietto illustrativo.



Confermando la riconduzione della fattispecie concreta alla figura della responsabilità del produttore, come regolata nel codice del consumo, la Suprema Corte si sofferma sugli obblighi di informazione posti a carico del cosiddetto professionista, cioè la casa produttrice, puntualmente regolati in detto codice, osservando che il c.d. bugiardino deve riportare "avvertenza idonea a consentire al consumatore di acquisire non già una generica consapevolezza in ordine al possibile verificarsi dell'indicato pericolo in conseguenza dell'utilizzazione del prodotto, bensì di effettuare una corretta valutazione (in considerazione delle peculiari condizioni personali, della particolarità e gravità della patologia nonché del tipo di rimedi esistenti) dei rischi e dei benefici al riguardo, nonché di adottare tutte le necessarie precauzioni volte ad evitare l'insorgenza del danno, e pertanto di volontariamente e consapevolmente esporsi al rischio (con eventuale suo concorso di colpa *ex* art. 1227 cod. civ., in caso di relativa sottovalutazione o di abuso del farmaco)".

Con specifico riguardo ai limiti della responsabilità del produttore di farmaci, ritenendo il danneggiato gravato del relativo onere probatorio, conformemente all'orientamento secondo il quale si verte in tema di una figura speciale e aggravata di responsabilità, (qualificata come presunta in questo caso dalla Corte, alimentando un dibattito, non sopito, di cui ci si appresta a dar conto in questa sede), che può essere, cioè, esclusa assolvendo agli oneri probatori disciplinati dalla legge, ed, in particolare, solo in presenza di specifiche circostanze che dimostrino il difetto del nesso di causalità, il giudice nomofilattico osserva che, in linea di principio, non vi è intima connessione *ex se* tra danno e pericolosità del prodotto, dovendo provarsi la connessione causale tra difetto e danno, secondo quanto previsto dal codice del consumo.

Sulla base di tali premesse, però, la Suprema Corte ritiene soddisfatta la prova della sussistenza del nesso causale tra assunzione del farmaco e conseguenze dannose nel caso concreto, valutando insufficienti le informazioni fornite nel foglietto illustrativo, inconferente il successivo ritiro del farmaco e non rilevante l'intervenuta autorizzazione all'immissione in commercio del prodotto.

La responsabilità della ricorrente viene ravvisata nel fatto di aver messo in circolazione un farmaco che, al momento della commercializzazione, era "difettoso e dannoso", poiché conteneva un principio attivo (cerivastatina), che, in base alle risultanze scientifiche, doveva ritenersi idoneo ad esporre il muscolo ad un rischio di malattia più elevato rispetto ad altri farmaci della stessa categoria (ipocolesterolemizzanti) e dunque meno sicuro.

A decenni di distanza dai noti leading cases, che, in Italia ed all'estero, hanno messo sul tappeto l'urgenza di affrontare la questione della responsabilità del produttore di far-



maci, i quesiti cui rimane difficile dare una risposta, nonostante gli indirizzi più volte forniti dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, permangono, alimentati, forse anche involontariamente, dalla copiosa ed eterogenea normativa che si è susseguita in questo lasso di tempo, necessaria per le esigenze della produzione di massa, alle quali l'industria farmaceutica non può certamente sottarsi, e la cui terminologia non è certamente di aiuto per l'interprete [1] .

È possibile considerare il farmaco come un prodotto *tout court*? Che cosa si intende per farmaco difettoso e quale rapporto sussiste tra mancanza del requisito della sicurezza e difetto? Il farmaco la cui immissione in commercio sia stata autorizzata è certamente un prodotto non pericoloso a norma di legge? Che ruolo ha il regime autorizzatorio ai fini dell'esclusione della responsabilità civile (contrattuale ed extracontrattuale) del produttore di farmaci? È possibile applicare tout court alle case farmaceutiche il regime della responsabilità del produttore dettato dal codice del consumo? Ed in che rapporto si pongono dette regole con la norma generale del *neminem laedere* e con quella dell'art. 2050 cod. civ.?

Questi interrogativi si ripropongono puntualmente quando, come nel caso di specie, all'attenzione della giurisprudenza si pone la questione dei danni da uso di farmaci rivelatisi successivamente all'impiego nocivi per la salute umana, tanto da imporne il ritiro dal commercio.

La sicurezza dei farmaci, dal punto di vista della tutela della salute e dell'integrità psicofisica del consumatore, impone, in tal senso, una rinnovata riflessione sul rapporto tra norme del codice civile e regole di settore, segnatamente quelle del codice del consumo e del codice dei medicinali per uso umano, tanto sul piano della disciplina del diritto dei contratti, avuto riguardo alla vendita di prodotti difettosi, quanto su quello della responsabilità civile, richiamando, non da ultimo, l'attenzione dell'interprete sulle interrelazioni tra discipline multilivello, orientate alla tutela di interessi non sempre convergenti, quali, ad esempio, regolazione del mercato e tutela della persona [2], anche in considerazione del dibattito circa l'efficacia orizzontale delle norme sovranazionali poste a tutela dei diritti fondamentali [3].

---

[1] D. VETRI-G. ALPA, *Profili della responsabilità del produttore negli Stati Uniti*, in *Foro it*., 1978, IV, 77 ss.

[2] S. RODOTÀ, *Persona-consumatore*, in P. STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1999, 19 ss.

[3] G. ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuove leg. civ. comm*., 2016, 1, 108 ss.; A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sull'efficacia orizzontale della Convenzione europea sui diritti umani*, *ivi*, 183 ss.; C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e «*status*» della persona*, in *Riv. crit. dir.*



2. – La produzione e l'uso di farmaci per curare la persona sono sicuramente più antichi delle norme che ne hanno governato e ne governano oggi la fabbricazione, l'immissione in commercio e la somministrazione [4].

Peraltro, se il progresso scientifico e tecnologico ha indubitabilmente consentito di mettere a disposizione del genere umano nuovi ritrovati e dispositivi medici sempre più efficaci nella lotta alle malattie, non per questo tuttavia la scienza è oggi in grado di liberarsi da quella imprescindibile valutazione del rapporto costi/benefici, attraverso la ricerca della c.d. legge scientifica di copertura, che regola la causalità materiale, ma che rileva anche nell'apprezzamento di quella giuridica, e che è posta alla base della fase di sperimentazione dei farmaci quale condicio sine qua non della successiva autorizzazione ed immissione in commercio del prodotto secondo le normative vigenti [5].

Questo particolare settore, come altri nell'economia di mercato globalizzata contemporanea, vede accentuato il rapporto dialettico, e talvolta conflittuale, tra due diritti di rango costituzionale, come dimostra la stessa casistica giurisprudenziale in tema di responsabilità civile per danni da farmaco [6].

Da un lato, si pone il diritto alla salute, che il legislatore costituente ha qualificato fondamentale, pur non annoverandolo espressamente nell'ambito dei diritti inviolabili [7]. L'art. 32 Cost., inizialmente ritenuto di natura meramente programmatica, e solo dopo

---

priv., 2015, 1, 7 ss.; in una prospettiva comparata, si rimanda a G. ALPA-G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali. Saggi e ricerche*, Torino, 2018.

[4] Sul punto, M. CARAI, *La ricerca di nuovi farmaci*, in AA.VV., *La regolazione del ciclo e dei prezzi dei prodotti farmaceutici e il sostegno dell'innovazione e della ricerca. Confronti europei e proposte di riforma*, in *astridonline*, luglio 2007, il quale ricollega il progresso nella terapia farmacologica all'evoluzione delle conoscenze scientifiche di base che hanno permesso alcune scoperte," generate dai precedenti progressi nel campo della chimica che ha fornito le tecnologie utilizzate per estrarre e identificare i principi attivi dalle piante medicinali, la conoscenza degli effetti delle quali orienta il lavoro dei ricercatori, che volgono la loro attenzione a quelle di esse che sono note per la loro specificità di effetti, potenza ed efficacia. Successivamente si crea l'interazione di queste discipline con quelle legate alla ricerca clinica: anatomia, fisiologia ed istologia, che consentono di identificare i nuovi bersagli terapeutici, attraverso lo studio dell'organismo che manifesta la malattia".

[5] G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *AIC*, 2013, 4, 1 ss.

[6] *Ex multis*, Cass. 7 marzo 2019 n. 6587, in *Foro it*., 2019, 11, I, 3698, con nota di J. DE ROSA, *Sul paradosso del farmaco sicuro che fa danno impunemente*; Cass. 31 marzo 2011 n 7441, in *Resp. civ*. prev., 2012, 1, II, 149 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Farmaci difettosi e autorizzazione ministeriale*; Cass. 2 luglio 2010 n. 15734, in *Resp. civ. prev*., 2011, 3, II, 601 ss., con nota di G. MUSOLINO, *La responsabilità del farmacista nella dispensazione dei farmaci*;

[7] G. FERRANDO, *Diritto alla salute ed autodeterminazione tra diritto europeo e costituzione*, in *Politica del diritto*, 2012, 1, 3 s.; M.C. CHERUBINI, *Diritto alla salute*, *in Digesto discipline privatistiche, Sez. civ*., Utet, Torino, 1990, VI, 77 ss.; G. ALPA, *Salute (diritto alla*), in *Noviss. dig*., *App*. 1986, 914 ss.



immediatamente a carattere precettivo, non è norma definitoria, in quanto, pur riconducendo la salute ai diritti soggettivi, tecnicamente, come spesso accade in diritto, non dice tuttavia cosa si debba intendere come stato di salute. A tal fine, soccorre il significato attribuitovi dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, quale complesso stato di benessere, fisico, sociale, psicologico, da determinarsi in ragione di una serie di variabili, personali ed ambientali, comprese le opportunità di vita del soggetto, accostando salute e qualità della vita.

Si tratta di un concetto "in divenire", ovvero una "formula sintetica", come è stata definita dalla dottrina [8], che esprime, cioè, la garanzia offerta dal sistema ad una pluralità di situazioni in cui il diritto alla salute si compendia, la cui rilevanza giuridica si può, pertanto, cogliere tanto con riguardo alla sua dimensione individuale, alla luce del principio personalista, quanto in relazione alla sua dimensione collettiva; sicché, la qualificazione in termini di diritto fondamentale, e non già inviolabile, ne confermerebbe la natura ibrida, ora di diritto di libertà, ora di diritto sociale di prestazione [9], ovvero "conformato" nell'interesse pubblico da un complesso di regole, le quali governano l'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, preposto, in una visione solidaristica, alle prestazioni di cura e di assistenza, erogate nel rispetto di protocolli e somministrando farmaci autorizzati secondo le procedure di legge.

La cura fornita in questi termini rappresenta la "terapia fatta propria dall'ordinamento", il quale rimette in capo ad una sua precipua articolazione organizzatoria (fatta di persone, mezzi e di organi) la scelta del trattamento sanitario praticabile; in altre parole, il SSN rappresenta il limite, i confini della terapia erogabile al paziente.

Ecco perché il diritto alla salute può esser definito come "diritto ad essere curati secondo i canoni della scienza e dell'arte medica", ma si manifesta altresì nel suo duplice

---

[8] Così, R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. ec.*, diretto da Galgano, 2017, 28 ss.

[9] In argomento, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2021; R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, cit., 29 ss.; la quale rileva, infatti, che le situazioni soggettive a cui l'ordinamento riconosce tutela conferendo rilievo alla nozione, "a seconda degli approcci vengono ricondotte all'interno della dicotomia "diritti di libertà/diritti sociali» in un'ottica di contrapposizione, ovvero analizzate in chiave unitaria, al di là della contrapposizione, accordando prevalenza ora all'uno ora all'altro di quei dati strutturali e/o funzionali che rispettivamente caratterizzano "i diritti sociali nelle differenti articolazioni di volta in volta assunte come diritti di libertà ovvero come diritti a prestazioni positive»". Per una riflessione critica sulla configurabilità di una categoria ad hoc dei diritti sociali, si rinvia a G. PINO, *Diritti sociali. Analisi teorica di alcuni luoghi comuni*, in N. RIVA (a cura di), *I diritti sociali. Un dialogo multidisciplinare*, Torino, 2016, 17 ss.; F. PASQUALI, *Diritti in senso proprio: diritti civili vs diritti sociali*, *ivi*, 39 ss.



contenuto di libertà: come libertà negativa, si esprime nel rifiuto di terapia mentre, come libertà positiva, diventa scelta della cura, legandosi all'autodeterminazione del singolo mediante il consenso [10] ed ancor più al concetto di dignità della persona umana.

Da quanto detto emerge che "libertà di cura" e "libertà di terapia" sono due aspetti di una medesima realtà, concorrendo entrambi all'effettività del diritto alla salute; la cura è del paziente, la terapia è del medico. Il medico, (se ed) in quanto soggetto inserito nella complessa organizzazione statale preposta alla tutela della salute, è il soggetto destinato e deputato ad entrare in "contatto" diretto con il paziente, competendogli diagnosi e terapia.

Il rapporto che si instaura tra il paziente ed il medico è, tuttavia, e sempre, di natura privatistica, (laddove, nel caso di medico dipendente da una struttura sanitaria, la prestazione medico-sanitaria si inserisce nel più ampio adempimento degli obblighi nascenti dal cosiddetto contratto di spedalità del cittadino con l'ente [11]) ed è "governato" dalla diligenza professionale, regola codificata nell'art. 1176 cod. civ. per la quale il medico opera secondo le *leges artis* e applica le conoscenze scientifiche [12].

---

[10] In argomento, M. GUASTADISEGNI, *L'autodeterminazione terapeutica tra tautologie e finzioni*, in *Danno resp.,* 2021, 2, 231 ss.; E. BATTELLI, *Fine vita e consenso informato*, in *Riv. dir. priv*., 2020, 4, 561 ss.; E. BILOTTI, *La Corte Costituzionale ripristina il confine all'autodeterminazione terapeutica, ma… lascia solo ai medici il compito di presidiarlo. A proposito della sentenza n. 242 del 2019*, in *Corr. giur*., 2020, 485 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, *passim*; S. RODOTÀ, *Consenso informato e principio di autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, *Critica del diritto privato*. *Editoriali e saggi della Rivista critica di diritto privato raccolti da G. Alpa e M.R. Marella*, Napoli, 2017, 3 ss., ove si richiama la sentenza della Corte Costituzionale 23 dicembre 2008, n. 438 con cui si è statuito che se la salute è un fondamentale diritto dell'individuo, l'autodeterminazione è un diritto autonomo, parimenti fondamentale, ed è parametro per valutare la legittimità di una serie di norme, e per interpretare e ricostruire il sistema.

[11] La Suprema Corte di Cassazione, con sent. 31 ottobre 2017, n. 25844, ha stabilito che il contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità, prevede una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche), ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle "*lato sensu*" alberghiere. A. PARZIALE, *Contratto di spedalità, lavoro d'"equipe", responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e responsabilità dei componenti l'"equipe",* in *Riv. it. med. leg. dir. san.,* 2013, 1, 419 ss.; F. GOZZO, *La responsabilità da contatto sociale del medico dipendente da una struttura sanitaria*, in *Studium iuris,* 2013, 4, 512 ss.

[12] Sulla rilevanza del contatto sociale nella responsabilità civile, v. M. FRANZONI, *Il danno ingiusto fra il giudice e la legge*, in *Quest. giust*., 2018, 1, 90 ss., il quale ricorda "l'emersione della figura del contatto sociale nell'opera creatrice della giurisprudenza proprio nel settore della responsabilità medica, osservando che "sul finire del II millennio si è delineato un orientamento che apparentemente ha portato fuori dalla responsabilità civile ciò che in precedenza era dentro. Alludo a quella figura, di chiara invenzione giurisprudenziale, andata sotto il nome di "contatto sociale", che ha fatto discutere moltissimo e che ha provocato



anche la reazione del legislatore (alludendo alla recente riforma Gelli Bianco, emanata nel 2017 ed ai correlati tentativi di innovare la materia della responsabilità civile nel campo sanitario)". Si deve rilevare, tuttavia, che la ricostruzione in termini di contatto sociale del rapporto medico paziente nella struttura sanitaria è stata messa in dubbio dalla c.d. legge Gelli-Bianco, ma sul punto vi sono molti contrasti. Sul punto, P. CORRIAS, *I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco*, in *Riv. dir. priv*., 2019, 1, 113 ss.; l'A., riferendosi alla disciplina in questione, osserva: «... essa è stata emanata con lo scopo specifico di contrastare la medicina difensiva, ossia una pratica che ostacola la sicurezza delle cure (e, quindi, il diritto alla salute) non solo in quanto aggrava i costi della sanità, ma soprattutto perché pregiudica gravemente il paziente dal momento che impedisce al medico di svolgere la sua attività serenamente e, quindi, nel modo più efficace possibile; in argomento si veda anche F. BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, in *Contr. impr*., 2018, 4, 1284 ss., secondo cui si tratta di una normativa che "promette molto e concede poco, anzi toglie qualcosa ai pazienti", in particolare, 1299, ove si rileva che "Il problema della responsabilità civile sanitaria è da tempo vissuto, nella normazione positiva, attraverso l'intricato intreccio tra azione delle strutture e attività degli operatori. Questa duplice tipologia di intervento ha sollecitato un percorso tormentato di diritto vivente dove si confondono e si distanziano testi normativi e percorsi giurisprudenziali che hanno enucleato, dapprima un doppio binario di responsabilità (contrattuale della struttura e extracontrattuale dell'operatore) e poi un modello unitario di responsabilità contrattuale (della struttura per inadempimento del contratto di spedalità; degli operatori per inadempimento di obbligazione nascente da contatto sociale qualificato). Con l'aggravante che, più evolvono le ricerche e le tecnologie di diagnosi e terapia, maggiormente accrescono le occasioni di errore e diventano più complessi i criteri di verifica della condotta". Si veda, pure, C. COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. civ. prev*., 2018, 1448 ss., nonché, M. FACCIOLI, *La responsabilità sanitaria tra tradizione e rinnovamento*, in *Jus civile*, 2018, 3, il quale osserva che l'operazione intrapresa non può non suscitare l'interrogativo in merito a quali possano essere le sorti future di quella elaborazione teorica in tutti gli altri numerosi ambiti, diversi da quello qui considerato, in cui la giurisprudenza ha ritenuto di farvi ricorso: ambiti che spaziano, per ricordarne solo alcuni, dalla responsabilità dell'insegnante per i danni cagionati dall'alunno a se stesso a quella del notaio verso l'istituto di credito mutuante in caso di visura eseguita in modo negligente su incarico dell'aspirante mutuatario, passando per la responsabilità del mediatore per violazione dell'obbligo d'informazione nei confronti delle parti *ex* art. 1759 cod. civ., la responsabilità della banca per aver consentito ad un soggetto non legittimato l'incasso di un assegno non trasferibile e quella di colui che abbia violato il dovere di correttezza previsto dall'art. 1337 cod. civ. con riguardo alla fase delle trattative contrattuali; Si consideri che l'art. 7 della citata legge prevede un doppio regime di responsabilità civile, assoggettando alla responsabilità contrattuale *"ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile"* soltanto le strutture sanitarie e sociosanitarie (pubbliche o private) ed i medici liberi professionisti, ed alla responsabilità *ex* art. 2043 cod. civ. i medici in qualità di dipendenti, non escludendo tuttavia la responsabilità contrattuale del medico specialista privato e ove sia possibile allegare un contratto da parte del professionista. In argomento, si rimanda anche a C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur*., 2017, 741 ss.; G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr*., 2017, 729; R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leg. civ. comm*., 2017, 465 ss.; G. COMANDÉ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e ... no-blame giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2016, 1, 1 ss., il quale ripercorre le ragioni delle innumerevoli novità giurisprudenziali che hanno interessato nel corso degli anni la materia della responsabilità civile in ambito sanitario, ravvisandole, in particolar modo, nella "maggiore sensibilità all'applicazione dei principi costituzionali volti ad una tutela in concreto della salute individuale e collettiva", nelle "innovazioni organizzative che hanno interessato l'erogazione di prestazioni sanitarie dagli anni 1970 in poi" e "nel ruolo crescente del consenso informato quale momento legittimante l'attività di cura"; l'A., inoltre, a proposito del ricorso al contatto sociale, osserva che "la stessa allusione al "contatto sociale" per fondare



Detto profilo consente poi di dar conto della complessità della relazione che si viene ad instaurare tra i diversi soggetti protagonisti delle prestazioni di cura, struttura sanitaria, medico e paziente; si tratta di una relazione alla quale si viene sempre più prestando una attenzione dedicata non più sotto un profilo autoritativo e statico, ma dinamico e paritario, tale che si privilegia, in una rinnovata visione di stampo negoziale, la posizione del destinatario del servizio, valorizzandone la partecipazione al momento costitutivo del rapporto stesso, che è finalizzato a soddisfarne in ultima analisi i bisogni personali [13].

Lungo questa evoluzione si può collocare, inoltre, quel percorso giurisprudenziale che ha fatto della responsabilità civile uno strumento di tutela della salute dei cittadini, volto, in buona sostanza, a colmare un vuoto normativo, su cui è da ultimo intervenuto, fra critiche e consensi, il legislatore della riforma c.d. Gelli-Bianco (che di recente, con la pandemia in atto, è oggetto di iniziative per avanzarne una proposta di riforma [14]), che, come rilevato in dottrina, ne ha mantenuto i profili favorevoli per il paziente danneggiato, confermando la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria *ex* art.1218 cod. civ., mentre ha (*rectius*: avrebbe?) ricondotto all'aleveo extracontrattuale la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, "tradizionalmente più ostica per la persona che cerca il risarcimento" [15].

---

l'obbligo risarcitorio, abbondantemente usata in giurisprudenza, non faceva altro che entrare nel gioco delle facilitazioni probatorie fondamentalmente presuntive, per il danneggiato sul presupposto che a rispondere finanziariamente del danno alla fine fosse una entità giuridica dalla tasca profonda (assicurazione, azienda sanitaria pubblica o privata) piuttosto che un individuo singolo dalla dubbia capacità economica per danni già di media entità; v., pure, M. MAGGIOLO, *La (de)contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *Jus civile*, 2015, 1, 21. In giurisprudenza, sulla responsabilità da contatto sociale, si rinvia a Cass., ord. 29 dicembre 2020, n. 29711, in *www.cortedicassazione.it*; nonché, a Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, (in *Resp. civ. prev*., 2016, 6, 1950 ss. con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale e "contatto sociale qualificato"*), secondo cui "La dottrina italiana si è posta consapevolmente sulla stessa scia, fin dai primi anni '90 del secolo scorso, prefigurando una forma di responsabilità che si colloca 'ai confini tra contratto e torto', in quanto radicata in un 'contatto sociale' tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è 'qualificato' dall'obbligo di 'buona fede' e dai correlati 'obblighi di informazione e di protezione', del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 cod. civ. Viene, per tale via, ad esistenza la figura di un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poiché ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall'art. 1173 c.c.".

[13] Così, R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, cit., 90.

[14] Si tratta del tavolo tecnico promosso da Federsanità-ANCI, in collaborazione con l'Istituto Dirpolis.

[15] Così G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da covid*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 5, 1 ss., il quale precisa che "L'intento evidente è quello di spingere le eventuali controversie verso la struttura (attraverso un meccanismo di c.d. "canalizzazione della responsabilità"), quale soggetto



Del pari di natura privatistica è il rapporto tra consumatore acquirente di medicinali e farmacista, trattandosi di un contratto di scambio di diritto comune, ovvero riconducibile ad una vendita di bene di consumo, cioè tra un professionista ed un consumatore, nel quadro di una rapporto che si connota per una stretta correlazione tra diritti ed obblighi e per la significativa condizione di asimmetria informativa del cliente, stando all'orientamento volto ad applicare alle case produttrici la responsabilità del produttore come regolata in detto codice.

Sebbene entrambi i rapporti mettano capo ad un'articolata disciplina, che presiede alla produzione, distribuzione e dispensazione dei farmaci, nel quadro del servizio sanitario e con funzione sociale, come si vedrà, la protezione effettiva della salute umana dipende anche dal corretto funzionamento del complesso di norme che governano i profili della tutela dei diritti dei consumatori, e, nella specie, il diritto alla qualità e alla sicurezza e il diritto all'informazione ed all'educazione, i quali svolgono un ruolo altrettanto di primordine nell'ambito di questi atti e rapporti [16].

Del resto, il diritto alla salute quale diritto soggettivo perfetto della persona, funziona da limite a quelle attività, pubbliche e private, che ne compromettano l'effettività nella vita umana; emergendo, sotto questo profilo, l'importanza del bilanciamento tra la tutela di tale bene e quella di eventuali interessi (economici) contrapposti, quali, ad esempio, quelli della produzione industriale di massa.

Dall'altro lato del citato rapporto dialettico, si pone, infatti, un diritto che la Costituzione annovera tra quelli qualificati con enfasi definitoria in termini di libertà, cioè l'iniziativa economica [17].

---

nelle condizioni di meglio organizzare lo svolgimento dell'attività e anche più protetto". In più, in dottrina, si è anche osservato che "da tempo la dottrina e la giurisprudenza civilistiche riconoscono che sulle strutture sanitarie incombe una diretta e autonoma responsabilità per "difetto di organizzazione" che si concretizza quando l'evento avverso occorso al paziente è riconducibile a inadeguatezze e disfunzioni del complesso apparato di strumenti, mezzi, uomini e risorse a disposizione dell'ospedale e pertanto discende dall'inadempimento dell'obbligo, scaturente dal contratto di spedalità intercorrente con i malati, che ha per oggetto la predisposizione di un contesto organizzativo e strutturale di livello adeguato nel quale accogliere gli assistiti ". In tal senso, M. FACCIOLI, *Covid-19, linee guida e (difetto di)organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Corti Supreme e Salute*, 2020, 3, 1 ss.

[16] D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra),* in *Dig dis. priv., Sez. civ.*, *Agg.*, Torino, 2014, 94 ss.; A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2013, 515 ss.; P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 171 ss.

[17] Si è plasticamente sottolineato che "Le attività farmaceutiche *lato sensu* offrono un esempio molto chiaro di regolamentazione in applicazione dell'art. 41 Cost. e in particolare dei commi secondo e terzo.



La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), al contrario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), contempla tra i suoi principi fondamentali la libertà d'impresa e la tutela dei consumatori, ed, infatti, a seguito Trattato di Lisbona, il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea stabilisce che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, riconoscendole lo stesso valore giuridico dei Trattati"; quindi, i diritti fondamentali, intesi ed identificati nei termini di cui sopra e in una prospettiva innovativa rispetto a quella adottata dalla Convenzione dei diritti dell'uomo, entrano a pieno titolo a far parte dei valori fondanti dell'Unione stessa.

Questo nuovo approccio ha indotto gli studiosi ad una rinnovata visione della dialettica tra tutela della persona e regolazione del mercato, per trovare, ove possibile, un punto di equilibrio anche grazie ad una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 2 e 3 della Costituzione repubblicana.

In tal senso, si è proposto di guardare al mercato non solo come un luogo materiale od immateriale di scambio di beni e servizi, ma come una formazione sociale in cui le persone si incontrano si confrontano e in cui, attraverso i contratti di scambio e le prestazioni di servizi, si possa attuare al soddisfazione dei loro bisogni, anche di quelli preordinati alla realizzazione della persona stessa.

Ne deriva che quell'apparente contrasto tra diritti della persona e libertà di iniziativa economica assume diversi contorni, se il funzionamento del mercato non è più improntato ad una pura logica di profitto, ma è attento alla tutela della dignità umana, in omaggio al concetto di utilità sociale indicato dall'art. 41 Cost. che si presta perfettamente a fondare la tutela della sicurezza dei farmaci di cui a breve di dirà.

La mediazione tra istanze che sembravano in una visione liberale assolutamente incompatibili, al punto che per decenni quella che era la Comunità europea ha guardato solo alla regolamentazione della concorrenza, trova un punto di forza, come ci si appresta a verificare, nella legislazione consumeristica, in particolare in alcuni strumenti da questa introdotti a tutela dei consumatori, sebbene inizialmente concepiti in una visione giuseconomica, soprattutto a fini di correzione delle distorsioni del mercato [18]

Infatti la legge: a) individua limiti (negativi) all'iniziativa privata in materia, per evitare o almeno contrastare possibili effetti antisociali, tra i quali, in particolare, quelli di messa a rischio della salute individuale e collettiva; b) indirizza e programma l'azione degli operatori economici verso fini sociali, quali l'assistenza farmaceutica di tipo solidaristico, l'equità e l'universalità dell'accesso alle terapie farmacologiche". In tal senso, P. LOGROSCINO-M. SALERNO, *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, *in federalismi*, 2019, 7, 2 ss.

[18] L. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contr. impr./Europa*, 2008, 3,



3. – Considerato che il mercato del farmaco e dei dispositivi medici, "per il diretto collegamento che esso ha con la tutela della salute pubblica e con il diritto alla salute", è "fortemente regolamentato" [19], il tema della sicurezza dei farmaci, se inquadrato in quello della sicurezza generale dei prodotti, con il conforto della giurisprudenza, come quella relativa al caso in esame, sul piano dei principi generali e del riconoscimento della sicurezza come un diritto fondamentale della persona (consumatore), può esser letto ed interpretato alla luce delle politiche legislative e delle strategie poste in essere, non solo in ambito nazionale ma soprattutto sovranazionale, a tutela della salute delle persone, in un'ottica di tutela preventiva [20], senza naturalmente rinunciare a riconoscere la specialità della disciplina che governa la produzione ed immissione in commercio di tali prodotti.

In questi termini, si può plausibilmente disporre di un quadro normativo ampio ed adeguato per affrontare la spinosa questione della responsabilità per danni da farmaci c.d. difettosi che, nell'ordinamento italiano, pare ricondursi oltre che alla figura ad hoc della responsabilità del produttore, di derivazione europea, anche al regime giuridico dell'esercizio di attività pericolose nell'ambito della responsabilità aquiliana [21] .

Detta impostazione presuppone, tuttavia, che si aderisca alla tesi che il farmaco sia

---

618; ID., *La responsabilità del produttore tra tutela del consumatore e razionalizzazione del mercato*, in *Il diritto dei consumi,* a cura di P. Perlingieri-E. Caterini, Rende, 2007, 437 ss. la quale osserva plasticamente che: "gli interessi dei consumatori sono sicuramente contrastanti con quelli della singola impresa che offre in massa beni o servizi: quest'ultima si trova in una posizione di maggior potere contrattuale, anche grazie alle c.d. "asimmetrie informative" che l'avvantaggiano, in quanto solo essa ha approfondita conoscenza dei meccanismi produttivi, della qualità dei prodotti e dei servizi, dei rischi connessi al loro uso; e può introdurre formulari contrattuali attentamente studiati per massimizzare i suoi vantaggi, in modi e misure di cui non sempre i consumatori riescono a rendersi conto. Ma l'Unione europea ritiene che il contrasto possa trovare una composizione se la prospettiva si allarga all'intero mercato e alla necessità di garantire il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale".

[19] F. CAROCCIA, *Tra diritto alla salute e tutela della concorrenza: parallel trade e diritto di accesso ai farmaci nel contesto emergenziali*, in *Dir. sal*., *riv. san. resp. medica*, 2020, 2, 1 ss., la quale sottolinea come si richieda di assicurare la tutela della salute, garantendo la qualità delle cure e la loro diffusione a tutta la collettività, contenendo la spesa pubblica e tenendo comunque conto della posizione di distributori, produttori e venditori.

[20] A. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Eur. dir. priv*., 2005, 4, 977 ss.

[21] A. QUERCI, *Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute?*, in *Danno e resp*., 2012, 4, 353 ss., secondo cui " In questi casi, il problema non è solo quello di fornire (*ex post*) un'adeguata tutela al soggetto danneggiato, ma anche quello di predisporre strumenti che possano intervenire (*ex ante*) per evitare il prodursi del danno o, comunque, per contenerlo il più possibile"; in argomento si rimanda anche a G. ALPA, *La responsabilità del produttore di farmac*i, in *Rass. dir. farm*., 1984, 349 ss. Per un'analisi comparatistica si rinvia a G. PRIEST-G. PONZANELLI-F. COSENTINO, *La controrivoluzione nel diritto della responsabilità dei prodotti negli Stati Uniti d'America*, nota a Corte Suprema della California, 31 marzo 1988, Giudice Mosk, in *Foro. it*., 1989, IV, 119 ss.



suscettibile di esser considerato alla stregua di un prodotto e che l'acquirente sia qualificabile come un consumatore, in modo da estendere al primo, se ed in quanto prodotto su scala industriale e quindi a seguito di un processo di fabbricazione, le misure atte a garantirne la qualità e la sicurezza, ed al secondo gli strumenti di tutela tipici della legislazione consumeristica attenta, cioè, non solo alla fase post-vendita, ma anche a fornire all'acquirente mezzi di tutela prima e durante, oltre che dopo, l'atto di consumo, considerandolo come un rapporto che si sviluppa nel tempo.

Se questa opzione ricostruttiva trova conferma nel riconoscimento del diritto alla salute, alla qualità ed alla sicurezza dei prodotti, in uno con quello ad una corretta informazione, quali diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti [22], è anche vero che, come si è osservato, il mercato dei prodotti farmaceutici ed il loro impiego risponde a logiche diverse che vedono porsi, talvolta, in rapporto dialettico, se non conflittuale, le esigenze della scienza giuridica – che sono quelle della certezza e della tutela dei diritti fondamentali, peraltro, considerando che fra questi in ambito europeo si pongono anche i diritti economici di cui sono titolari gli attori del mercato e cioè gli imprenditori – e quelle della scienza medica, consapevole che non è possibile somministrare una farmaco oggettivamente sicuro, portatrice, al contempo, della superiore esigenza di far progredire la conoscenza per mettere a disposizione dell'umanità dispositivi e ritrovati sempre più benefici [23].

Si tratta di un profilo assai delicato, sempre più carico di implicazioni per le frequenti e complesse interrelazioni tra diritto e tecnica, o meglio tra diritto e scienza, che sono chiamati a cooperare in vista della tutela della persona e della promozione del benessere umano [24] .

In via preliminare, va ricordato che a partire dalla seconda metà del secolo scorso, in concomitanza più o meno con l'accentuarsi del fenomeno della grande produzione e di-

---

[22] G. ALPA, *Art. 2 diritti dei consumatori*, in G. ALPA-L. ROSSI CARLEO, (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 31 ss.

[23] F. CAROCCIA, *Danni da prodotti medicali e responsabilità civile*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Pisa, 2017, 329 ss.; ID, *La responsabilità per danno da prodotto farmaceutico*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2, 2013, 1 ss.

[24] R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, 2012, passim; A. MANTELERO, *I danni di massa da farmaci,* in A. BELVEDERE-S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 497, secondo cui "il danno da farmaci pare rientrare a pieno titolo nella più generale categoria dei danni di massa". Si veda, pure, F. STELLA, *Il rischio da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*, in G. ALPA (a cura di), *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 3 ss. Il dibattito sul rapporto tra diritto e scienza abbraccia anche quello sul cosiddetto nichilismo giuridico, circa e difficoltà di tradurre in norme giuridiche certe le verità scientifiche. Sul punto, N. IRTI, *Diritti senza verità*, Roma-Bari, 2011.



stribuzione di massa, prima, e con l'avvento della globalizzazione, poi, le fonti in materia hanno progressivamente evidenziato una crescente attenzione dei legislatori e delle Istituzioni in ambito nazionale e sovranazionale al profilo della tutela cosiddetta preventiva dei diritti fondamentali della persona; e, sotto questo punto di vista, un notevole contributo è senza dubbio stato apportato, nei limiti di quanto si dirà, dalla legislazione consumeristica, che ha accolto i principi del Nuovo approccio comunitario di cui alla risoluzione del Consiglio EU 85 C-136-1 del 7 maggio 1985, che ha costituito e costituisce a tutt'oggi il fulcro del diritto dei consumi [25].

Essa ha introdotto una nuova strategia basata sull'obiettivo principale di armonizzare i requisiti fondamentali dei prodotti che circolano nel mercato comune europeo applicando il «rinvio alle norme» e il principio di riconoscimento reciproco, per abolire gli ostacoli tecnici alla libera circolazione delle merci; a tal fine si è delineato l'approccio volto ad introdurre disposizioni regolamentari generali applicabili a settori o famiglie di prodotti nonché a tipi di rischio [26].

Quest'ultima direttiva, allo scopo di rimuovere gli ostacoli tecnici agli scambi nel mercato interno, ha stabilito che le direttive destinate a disciplinare la commercializzazione dei prodotti dovessero prevedere solo i requisiti essenziali di sicurezza fissati negli allegati delle direttive (o di altre esigenze di interesse collettivo), rimettendo alla cosiddetta normazione tecnica armonizzata la fissazione delle specifiche tecniche dei prodotti.

Secondo il sistema introdotto dal nuovo approccio, i prodotti possono essere immessi nel mercato e messi in servizio solo se sono conformi ai requisiti essenziali, ciò in base al principio per il quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie a garantire che i prodotti siano commercializzati solo se non rappresentano un pericolo per la sicurezza e la salute delle persone o per altri interessi pubblici.

---

[25] Sul punto, diffusamente, E. BELLISARIO, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Milano, 2011, *passim*.

[26] E. AL MURDEN, *Il danno da "prodotto conforme": le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del Transatlantic Trade and Investment Partnership (T.T.I.P.)*, in *Rev. Jur da FA7*, 2016, 2, 165 ss., il quale, in senso critico, osserva che "a trent'anni dall'adozione della dir. 85/374/CEE, che ha introdotto nei Paesi dell'Unione europea una disciplina armonizzata della responsabilità del produttore, e a trentadue dall'avvio del c.d. "nuovo approccio" (dir. 83/189/CEE), mediante il quale è stato avviato quel processo di armonizzazione degli *standards* di sicurezza attualmente oggetto di un processo di un'ulteriore implementazione e razionalizzazione (*New Legislative Fra– mework*) di cui dà ampio conto *The Blu Guide on the Implementation of EU Product Rules*, pubblicata dalla Commissione Europea nel 2014, il tema della sicurezza dei prodotti e della responsabilità del fabbricante non sembrano aver conosciuto negli ordinamenti europei e, in particolare in quello italiano, quella rilevanza che, da ormai cinque decenni caratterizza l'esperienza giuridica nordamericana". Si rimanda anche alle osservazioni di A. QUERCI, *Responsabilità da prodotto negli USA e in Europa. Le ragioni di un* revirement *globale*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2011, 115 ss.



Superandosi l'impostazione di stampo pubblicistico, che voleva rimessi necessariamente alla fonte eteronoma i complessi compiti di indicazione dei requisiti di sicurezza dei prodotti, anche in considerazione delle oggettive difficoltà di assolvere ad un compito del genere in un mercato diversificato e complesso, e per assicurare la libera circolazione delle merci, si è avviata una nuova stagione, che ha visto la collaborazione tra enti di normalizzazione e istituzioni, laddove i primi sono stati, in buona sostanza, chiamati, su mandato della Commissione e sulla base di specifici accordi, ad un'attività di produzione di regole destinate ad integrare mediante la tecnica del rinvio il contenuto di disposizioni provenienti da fonti eteronome.

I destinatari di questo complesso sistema di normazione sono stati a loro volta chiamati ad osservare i requisiti delle specifiche tecniche dei prodotti, di cui alcuni cogenti, altri invece dettati su base volontaria, attraverso l'implementazione del sistema delle certificazioni.

Il sistema è informato al cosiddetto principio di conformità al contratto, in quanto basato sull'operatività della cosiddetta presunzione di conformità del prodotto ai requisiti stabiliti dalle direttive e per esse dalla normazione tecnica, ovvero alla legislazione vigente nello Stato membro che recepisce le norme europee i cui riferimenti sono stati appositamente pubblicati dalla Commissione [27]. Un ruolo di primaria importanza viene poi attribuito alle certificazioni, alla marcatura dei prodotti a norma, all'etichettatura ed all'informazione ed alla pubblicità [28].

---

[27] Secondo la dottrina, non si tratterebbe di vere e proprie presunzioni, che quindi non realizzano in inversione dell'onere probatorio, in quanto sono solo parametri che servono ad una qualificazione giuridica del bene al fine di apprezzare l'esatto adempimento. Vedi M. GIROLAMI, *Art. 129*, *Conformità al contratto*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di A. Zaccaria-G. De Cristofaro, Cedam, Padova, 2010, 825 ss.; ID., *I criteri di conformità al contratto fra promissio negoziale e determinazione legislativa nell'art. 129 del Codice del Consumo, (d.lg. 6 settembre 2005 n. 206)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, 227; S. PATTI, *Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/44/Ce*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2002, 626 ss.; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001, 871 ss.; ID., *La conformità al contratto tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. impr./Eur.*, 1, 2001, 6, ss. L'A. afferma che il parametro normativo della conformità al contratto si pone tendenzialmente quale nuovo modello di disciplina consono alla dialettica degli interessi professionisti-consumatori. Altri, R. DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. impr./Eur.*, 1, 2001, 46, osservano come "sia possibile enucleare dalla normativa comunitaria un principio generale di conformità del bene al contratto, cui rapportare l'inadempimento del venditore per inesatta esecuzione del contratto". Vedi anche G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, 53, secondo cui la previsione dell'obbligo di conformità avrebbe introdotto un unitario concetto superando la tradizionale tricotomia tra vizio, mancanza di qualità e *aliud pro alio.*

[28] Nella prospettiva che considera al complessità del mercato e la assimilazione tra beni e servizi, in generale, si veda E. BELLISARIO, *Lo stralcio delle disposizioni sulle certificazioni di qualità dal Codice del*



Il nuovo approccio è stato attuato grazie all'emanazione della direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti, adottata nel 1992 poi rielaborata con la direttiva 2001/95/CE, con cui si è impresso un nuovo indirizzo alle politiche di tutela dei consumatori, in un mercato dominato dal progresso tecnologico, caratterizzato dalla produzione di massa e dalla circolazione di una serie infinita di prodotti; lo scopo perseguito è stato duplice: da un lato, regolare la commercializzazione dei prodotti in maniera efficiente e trasparente e, dall'altro, tutelare i diritti fondamentali dei consumatori [29].

Non a caso, detta disciplina ha integrato quella della responsabilità del produttore di cui al d.P.R. n. 224/1988 attuativo della direttiva 85/374/CEE –relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi – in modo da coprire sia la fase della tutela successiva del consumatore danneggiato dalla circolazione dei prodotti, affidata sostanzialmente all'operatività della responsabilità civile (non solo extracontrattuale come a breve si dirà), che quella preventiva, fondata sul sistema della sicurezza e qualità, articolata in una serie complessa di prescrizioni ed adempimenti, non solo da parte del produttore, come la valutazione di sicurezza, le procedure di consultazione e coordinamento, i controlli ed alla sorveglianza del mercato.

Nel nostro ordinamento a fare da cornice a questa normativa è stata la legge sui diritti fondamentali dei consumatori n. 281 del 1998 salutata come il manifesto italiano della protezione degli interessi dei consumatori, ufficialmente fatti assurgere a rango di situazioni giuridiche di rilievo primario, e non più meri interessi adespoti e diffusi o meri interessi legittimi, in quanto si sancisce tra questi il diritto alla salute ed il diritto all'informazione, nonché il diritto alla sicurezza e qualità dei prodotti, come diritti che spettano ai consumatori in quanto tali e soprattutto come persone e non semplicemente come controparte dell'operazione economica secondo l'impostazione del codice civile del 1942 [30].

Ad oggi, le citate disposizioni sono tutte contenute nel codice del consumo, adottato nel 2006, per armonizzare e riordinare, compendiandole in un "sistema integrato di tutele", le normative sui processi di acquisto e consumo al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti.

Alla luce del citato quadro normativo, in linea generale, emerge che, sotto il profilo

---

consumo: un'occasione mancata, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 1045 ss. Vedi anche L. ROSSI CARLEO, *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*, in *Eur. dir. priv.,* 1, 2008, 155 ss.

[29] F. RUSCELLO, *La Direttiva 2001/95/Ce sulla sicurezza generale dei prodotti. Dalla tutela del consumatore alla tutela della persona*, in *Vita not*., 2004, 1, 139 ss.; M. CONDINANZI, *L'attuazione della Direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti*, in *Contr. impr./Europa*, 1997, 941 ss.

[30] G. ALPA, (a cura di), *I diritti dei consumatori*, Torino, 2010.



della tutela della salute dei consumatori, la normazione tecnica riveste un ruolo chiave, e, a tal fine, si rende necessario chiarire i concetti di sicurezza e qualità, così come quelli di prodotto difettoso, prodotto pericoloso e prodotto non sicuro.

Sotto il primo aspetto, un distinguo può farsi definendo la sicurezza come qualità minima e cogente, in quanto tale specificamente definita dalle direttive, in quanto necessariamente richiesta affinché il prodotto possa circolare nel mercato; mentre la qualità è destinata ad esser individuata soprattutto dagli standard fissati dalle norme tecniche, ed oggetto di un'adesione volontaria da parte dei produttori; entrambi questi requisiti sono attestati dal produttore con la certificazione e la marcatura dei prodotti, e costituiscono la base della garanzia legale di conformità, laddove si tratti di una vendita di beni di consumo ai sensi del codice del consumo (artt. 128 ss. cod. cons.).

Il sistema delle certificazioni, parallelamente, si articola in una serie di certificazioni obbligatorie, che attestano cioè la conformità ai requisiti essenziali, cioè cogenti in quanto imposti per garantire che la commercializzazione avvenga nel rispetto di esigenze primarie della persona e certificazioni volontarie, le quali, per converso, attengono a requisiti aggiuntivi ulteriori; tale distinzione si rinviene nei documenti che pongono i requisiti stessi, quelli obbligatori sono posti da regole tecniche, quelli volontari dalle norme tecniche [31] .

Se la certificazione di qualità non garantisce il pregio, ma solo la conformità a detti requisiti, la qualità si reputa cogente quando imposta per garantire la sicurezza minima dei prodotti, mentre è considerata volontaria, ove attenga, piuttosto, a prestazioni in termini di affidabilità durata, essendo, in tal caso, destinata anche a prendere in considerazione istanze diverse, di natura sociale, etica ed oggi anche di sostenibilità [32] .

Quanto al secondo al spetto, il profilo del rapporto tra prodotto difettoso e prodotto privo dei requisiti di sicurezza è certamente più problematico, considerando, in primo luogo, che la disciplina della sicurezza generale, dopo esser confluita nel codice del consumo, rimane, comunque, di applicazione residuale, laddove, cioè, non esistano nell'ambito della normativa vigente, disposizioni specifiche aventi come obiettivo la sicurezza dei prodotti; tale residualità non esclude, infatti, che, se la normativa specifica fissa solo alcuni requisiti di sicurezza, quella generale rimane applicabile in via di integrazione, sulla base dell'individuazione dei rischi o delle categorie di rischio, ai sensi dell'art. 102 cod cons. comma 3 [33].

---

[31] E. BELLISARIO, *Lo stralcio*, cit., 1068 ss.

[32] E. BELLISARIO, *Certificazioni*, cit., 19 ss.

[33] La norma stabilisce infatti che se taluni prodotti sono soggetti a requisiti di sicurezza prescritti da



L'inevitabilità del ricorso, anche in sede di accertamento della responsabilità del produttore, e quindi nell'ambito della tutela successiva, all'apparato di mezzi e rimedi posti a presidio della tutela del consumatore in tema di sicurezza dei prodotti sembra anche corroborata dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha ritenuto che il verificarsi di un danno non necessariamente debba essere ascritto alla pericolosità del prodotto, precisando che, ai fini della configurabilità della responsabilità del produttore, occorre provare che il bene/servizio non abbia offerto e soddisfatto i livelli minimi di sicurezza imposti dalle norme [34] .

Prendendo poi in considerazione le norme dettate in tema di compravendita nel codice civile, emerge, altresì, che il concetto di sicurezza risulta diverso da quello di vizio *ex* art. 1490 cod. civ.; difatti, il prodotto viziato può limitarsi a presentare una mera imperfezione, che nulla ha a che fare con la sicurezza che dal prodotto stesso il consumatore si aspetta – in quanto non ne determina la pericolosità.

In tal senso, allora, se è cruciale provare a delimitare con una certa tendenziale chiarezza l'ambito di rilevanza del requisito della sicurezza (piuttosto che non quello della difettosità tout court) ai fini della ricostruzione della responsabilità del produttore, tenendo conto della sua possibile applicazione in via di integrazione sulla base del tipo di rischio alla salute del consumatore, emerge, vieppiù, la centralità della disciplina consumeristica, cui si deve il merito di aver sancito i diritti del consumatore alla qualità e sicu-

---

normativa comunitaria, le disposizioni del presente titolo si applicano unicamente per gli aspetti e i rischi o le categorie di rischio non soggetti a tali requisiti. Sul punto, E. BELLISARIO, *Art. 102, Finalità e campo di applicazione*, in *Codice del Consumo*, cit., 679 ss.

[34] Cass. 19 febbraio 2016, n. 3258, in. *Guida dir*., 2016, n. 17, 51, secondo cui ha precisato che "il danno non prova indirettamente, di per sé, la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo una più indefinita pericolosità del prodotto di per sé insufficiente per istituire la responsabilità del produttore, se non sia anche in concreto accertato che quella specifica condizione di insicurezza del prodotto si pone al di sotto del livello di garanzia di affidabilità richiesto dalla utenza o dalle leggi in materia; Cass. 29 maggio 2013 n. 13458, in *Corr. giur*., 2014, 1, 31 ss., con nota di L. DI BENEDETTO, *Legittimazione ad agire, oneri probatori del danneggiato, conferme e richiami della Suprema Corte in materia di responsabilità da prodotto difettoso*; con tale pronuncia si è ritenuto che "il concetto di difetto così assunto è sostanzialmente riconducibile al difetto di fabbricazione ovvero alle ipotesi [...] dell'assenza o carenza di istruzioni ed è strettamente connesso al concetto di sicurezza; non corrisponde, quindi, alla nozione di "vizio" conosciuta dal codice civile (artt. 1490 cod. civ. e seg.), la quale si identifica in un'imperfezione del bene e può anche non comportare un'insicurezza del prodotto; neppure coincide con il difetto di conformità introdotto dalla disciplina sulla vendita dei beni di consumo, postulando – così come concepito dalla normativa all'esame – un pericolo per il soggetto che fa un uso del prodotto o per coloro che, comunque, si trovano in contatto con esso. Il legislatore ha, inoltre, precisato che il prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio e che il prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie".



rezza e di averne ricollegato l'oggetto, cioè la sicurezza, alla salute dei consumatori, sulla base della valutazione dei rischi in termini di pericolosità.

Alla luce di quanto sopra, si tratta, pertanto, di stabilire se e quando la regola dettata dall'art. 103 del Codice del Consumo, che si occupa di definire i concetti di prodotto sicuro, prodotto pericoloso e rischio grave, possa esser considerata norma generale di riferimento, suscettibile, cioè, di estensione anche al di fuori dell'ambito di stretta applicazione della direttiva, potendo, cioè, costituire un punto di riferimento generale per il teorico come per il pratico, come dimostra il caso in esame.

Tale profilo è di non poco rilievo ove si consideri, ma di ciò si darà conto in prosieguo, che il principio che informa il nuovo approccio, cioè garantire la libera circolazione dei prodotti senza un controllo preliminare cogente, non si applica ai medicinali, soggetti ad un regime autorizzatorio.

Pertanto, il vero nodo è capire come i diritti alla salute, alla sicurezza ed alla qualità dei prodotti si applichino in questo settore merceologico, atteso che, come dimostra la sentenza in esame, il regime di responsabilità è unico, confermandosi che la disciplina della sicurezza e qualità dettata nel codice del consumo ed i presupposti su cui questa si fonda, e cioè, la sicurezza, il rischio e il difetto, sono dotati di una portata espansiva e, se si vuole, transtipica, anche cioè in detto ambito.

Di ciò, peraltro, sembra aver contezza anche la Suprema Corte, la quale tra le righe della decisione riconosce tale valenza al citato art. 103 cod. cons., il quale intende non la sicurezza dei prodotti come assenza totale di rischio, tant'è, infatti, che si prendono in considerazione i cosiddetti rischi minimi, accettabili in quanto ritenuti non idonei a mettere in pericolo la salute dei consumatori; peraltro, la disposizione definisce il prodotto privo del requisito di sicurezza come prodotto pericoloso anche in relazione al rischio grave, che, cioè, richieda l'immediato intervento delle autorità.

In merito alla necessità di distinguere l'assenza di rischi dall'assenza di difetti, alla luce dei parametri indicati dalla citata disposizione, si può ritenere che il concetto di sicurezza risulta più stringente di quello di assenza di difetti, poiché esso si definisce in relazione all'assenza di rischi per la salute del consumatore, ovvero di rischi che non siano per questi accettabili.

Nondimeno, giova sottolineare che ai fini dell'accertamento del livello di rischio accettabile, riveste un ruolo decisivo la normativa indicata nelle specifiche tecniche allegate alle direttive, e, pertanto, non è sufficiente verificare l'assenza di difetti; ne deriva che difettosità e pericolosità possono non coincidere, perché (va da sé che) il prodotto privo di difetti può comunque essere pericoloso e viceversa. Difettoso è anche il prodotto non



conforme alle caratteristiche qualitative dichiarate dal produttore, ma comunque di per sé non idonee a mettere in pericolo la salute del consumatore.

Sotto questo specifico aspetto, non può farsi a meno di richiamare la tesi che ha rilevato una distonia tra la difettosità come definita dalla direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti e quella dettata dalla direttiva sulla responsabilità del produttore, entrambe, peraltro, recepite nelle corrispondenti norme del codice del consumo. Da un esame comparativo di queste si evince, infatti, che, nel primo caso, il parametro valutativo della sicurezza è il rischio per la salute, mentre nel secondo, in un'ottica più squisitamente di mercato, si assume a criterio quello della ragionevole aspettativa di sicurezza del consumatore [35].

Inoltre, si deve osservare, altresì, che il concetto di prodotto difettoso non necessariamente coincide con quello di prodotto dannoso, in quanto il difetto e la mancanza di sicurezza vanno tenuti tra loro distinti alla luce della nota possibilità del danno da prodotto conforme [36] .

Discende da quanto sopra che se, sul piano astratto e definitorio, sicurezza e mancanza di rischio e quindi di pericolosità sono concetti equipollenti, e possono non coincidere con quello di difettosità, dato che l'assenza di rischio varia in base al tipo di prodotto, tale circostanza pone un delicato problema di coordinamento tra normative orizzontali e tra queste e eventuali normative verticali pubblicistiche, atteso che le prime possono prendere distintamente in considerazione diversi profili di sicurezza e rischiosità anche rispetto ai processi di fabbricazione.

Non a caso già la citata risoluzione europea sul nuovo approccio curava di precisare che "la definizione della gamma dei prodotti coperti e della natura dei rischi da evitare deve assicurare un approccio coerente. La sovrapposizione di diverse direttive concernenti tipi diversi di rischi per la stessa categoria di prodotti non può essere esclusa".

La responsabilità del produttore di farmaci dipende, in tal senso, a monte dal coordinamento tra norme generali e regole di settore, nonché tra fonti multilivello, di tipo orizzontale e di tipo verticale [37].

---

[35] E. BELLISARIO, *Art. 103 Definizioni*, in G. ALPA, (a cura di) *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 686.

[36] G. GUERRA, *Il concetto di difettosità nella realtà che cambia, un esercizio di micorcomparazione*, in *Comp. dir. civ*., 2019, 1, 249 ss., secondo cui si tratta di nozione «relazionale», poiché è strettamente connessa al concetto di sicurezza e si configura, *ex* art. 6 direttiva 85/374/CEE in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (d'ora in poi: la direttiva), quando il prodotto "non offre la sicurezza che il consumatore può legittimamente attendere".

[37] E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di*



4. – La disciplina della fabbricazione e commercializzazione dei farmaci che sono prodotti industrialmente è dettata dal cosiddetto "Codice comunitario relativo ai medicinali ad uso umano", di cui alla direttiva, la 83/2001, (modificata con le direttive 2004/24/CE/ e 2004/27/CE3, nonché integrata dalla direttiva 2010/84/UE e dal Reg. 1394/2007/CE, sui prodotti medicinali per terapie avanzate) frutto di una politica tesa ad assicurare alla persona-consumatore idonee tutela, in virtù della sua posizione di accentuata debolezza a fronte di soggetti economicamente forti come i produttori, rispetto ai quali i rimedi assicurativi e risarcitori possono non risultare idonei a prevenire o contenere rischi e danni.

Alla luce del codice, si intende per farmaco: a) ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; b) ogni sostanza o associazione di sostanze che possa essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica.

La disciplina è conforme al principio dell'autorizzazione all'immissione in commercio introdotto già nel 1965 con la direttiva 65/65/CEE. Il sistema normativo prevede una stretta collaborazione tra autorità nazionali di regolamentazione, Commissione europea ed EMA chiamata ad elaborare le linee guida scientifiche a favore di quanti sono impegnati nella ricerca e nello sviluppo di nuovi medicinali.

Nonostante il ruolo delle Autorità regolatorie con compiti di ricerca e consulenza, volti ad assicurare standard di sicurezza e qualità dei prodotti farmaceutici, richiami per certi versi quelli di un ente di normalizzazione, la commercializzazione dei farmaci risponde in parte a criteri diversi da quelli precedentemente richiamati, essendo subordinata ad una procedura autorizzatoria, la cui esclusione a monte è invece alla base della logica del Nuovo approccio, nato essenzialmente come fenomeno spontaneo.

In questo ambito merceologico, cioè quello dei medicinali, si può dire che l'intreccio tra normative orizzontali e normative verticali è sicuramente più stringente e più penetrante è il ruolo della sorveglianza – detta farmacovigilanza – e del principio di precauzione [38] .

---

specialità, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2016, 425 ss.; P. SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore,* Milano, 2008, 493 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv*., 2001, 769.

[38] E. DEL PRATO, *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, in *Rass. dir. civ*., 2009, 634 ss.; A. ZEI, voce *Principio di precauzione*, *in Dig. disc. pubbl*., *Agg.*, II, Milano, 2008, 670 ss.



Ciononostante, tuttavia, occorre rimarcare che in ambito sanitario il sistema del nuovo approccio è in pieno stato recepito per informare la circolazione dei dispositivi medici: infatti a partire dall'emanazione della direttiva 93/42/CE gli Stati membri non possono «vietare, limitare o ostacolare la commercializzazione di dispositivi medici che siano conformi alle disposizioni di tale direttiva e che siano muniti della marcatura CE»; si può dire che anche in questo settore operi il regime della presunzione di conformità dei prodotti che ne sono muniti a tutta una serie di requisiti essenziali di sicurezza e di efficacia, che i prodotti debbono rispettare e la cui osservanza e soprattutto verifica sarà a cura del fabbricante, nelle varie fasi della progettazione, della gestione dei rischi, della fabbricazione, ivi comprese le predisposizione delle istruzioni per l'uso, dell'etichettatura e tutta la sorveglianza post-vendita [39].

In entrambi i casi, cioè, sia nel caso della commercializzazione dei farmaci, che in quella dei dispositivi medici, sono previste procedure e di obblighi, finalizzate a ridurre il rischio di danno alla persona, ma destinate in qualche modo a favorire la libera circolazione delle merci, garantendo la messa in commercio di prodotti sicuri ed efficaci.

Le interrelazioni tra la disciplina consumeristica e quella appositamente emanata in tema di prodotti farmaceutici sono oggi poi particolarmente evidenti nel settore della vendita dei farmaci on line (ammessa, peraltro, solo per i farmaci per i quali non è richiesta prescrizione), richiamando, comunque sia pure con alcune eccezioni, i profili della disciplina delle vendite a distanza, per esempio con riguardo alle regole sulla pubblicità e sulle informazioni circa le caratteristiche dei prodotti [40].

Cruciale per l'interprete è provare a capire come si intersecano queste fonti multili-

---

[39] F. CAROCCIA, *Tra diritto alla salute*, cit., 1 ss., la quale si occupa del nuovo Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio 2020/561 UE del 23 aprile 2020 sui dispositivi medici, che prevede "in risposta alla crisi pandemica, deroghe consistenti alle normali procedure di immissione di prodotti medicali, allentando una serie di vincoli e di controlli ed al contempo rafforzando gli elementi di unitarietà del mercato di questi prodotti, soprattutto al fine di garantire almeno sul mercato comunitario la reperibilità dei prodotti medicali necessari". Si veda, pure, in tema di dispositivi medici, G. PASSARELLI, *Responsabilità civile e dispositivo medico difettoso*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, 559 ss.; F. CAROCCIA, *L'"affaire PIP" ["Poly Implant Prothese"]. Dispositivi medici difettosi e responsabilità dell'organismo* modificato, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2017, 9, 1244 ss.; S. NOBILE DE SANTIS, *Sostituzione di dispositivi medici "potenzialmente" difettosi e "product liability": le indicazioni della Corte di giustizia*, nota a CGUE, sez. IV, 5 marzo 2015 (cause C-503/13 e C-504/13), in *Resp. civ. prev.*, 2015, 3, 756 ss.; G. MONTANARI VERGALLO-A. DELL'ERBA-N.M. DI LUCA, *La responsabilità civile per i danni causati dai dispostivi medici*, in *Zacchia* 2010, 3, 325 ss.

[40] La vendita di farmaci online è disciplinata dall'art. 112 *quater* del d.lgs. n. 219/2006, modificato dal d.lgs. n. 17/2014, che ha recepito la direttiva 2011/62/UE, e da apposite circolari del Ministero della salute ad oggetto la procedura di autorizzazione all'e-commerce.



vello, se principi ispiratori comuni, come quello di precauzione, il riconoscimento di diritti fondamentali quali la salute, la sicurezza e la qualità dei prodotti nella legislazione consumeristica, e la predisposizione di appositi strumenti di tutela preventiva come ad esempio gli obblighi di informazione, possano agevolare l'interprete chiamato a valutare la rischiosità e la pericolosità dei prodotti farmaceutici e quindi a formulare eventualmente giudizi di responsabilità per danni alla salute del consumatore, che allo stato in base al diritto vigente, va ricondotta ad uno stesso regime giuridico, cioè quello della responsabilità del produttore.

5. – Come più volte osservato, in assenza di una disciplina ad hoc della responsabilità del produttore in generale, il codice civile è stato il punto di riferimento sia per la tutela su base contrattuale dell'acquirente, sia per una tutela più ampia che prescindesse dall'atto negoziale e che vedesse come protagonista il danneggiato, ricostruendone i rapporti con il danneggiante su un piano extracontrattuale [41] .

Sotto il primo punto di vista, le norme dettate in materia di compravendita, e in particolare gli artt. 1490 ss. cod. civ. in tema di responsabilità del venditore per i vizi della cosa venduta, sono state in un primo momento considerate per attribuire rilievo alle ipotesi cosiddette di difformità del bene venduto, sotto il profilo di difetti giuridici che si presentassero come difetti di fabbricazione, mancanza di qualità od addirittura *aliud por alio* [42] .

---

[41] F. CAROCCIA, *La responsabilità*, cit., 1 ss.; in generale sui problemi di individuazione della normativa applicabile alla responsabilità del produttore in assenza di una legislazione ad hoc, si rimanda tra i primi commenti a G. ALPA, *Sulla responsabilità del fabbricante per l'immissione nel mercato di prodotti dannosi*, in *Giur. it*., 1971, I, 2, 1149., e sul problema del superamento del criterio della colpa a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964 e a M. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiv*a, Milano, 1961.

[42] U. GRASSI, *I sistemi di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2015, 68, opera anche un excursus sui precedenti nel diritto romano, rilevando che "nell'ordinamento arcaico si usava aggiungere al contratto di compravendita una stipulazione, accanto a quella per evizione, con la quale si prometteva che la cosa non avesse vizi"; l'A. ricorda poi l'intervento degli edili curuli che con due editti istituirono l'*actio* redibitoria e l'*actio* estimatoria e l'intervento di Giustiniano ad opera del quale queste azioni furono estese ad ogni vendita mobiliare od immobiliare. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 260 e 261 e 262, il quale tra i criteri di determinazione legale del bene dovuto, richiama le qualità essenziali all'uso cui la cosa è destinata e le qualità promesse, espressamente precisando che queste "rientrano nell'impegno del venditore", identificando le prime come "gli attributi di materia, struttura e misura che consentono l'utilizzazione della cosa al fine secondo un normale parametro di adeguatezza"; in tal senso, per l'A. "non basta che il bene possa in qualsiasi modo realizzare la funzione prevista, ma occorre che sia dotato dei requisiti necessari per una utilizzazione normalmente soddisfacente: non esclusi quindi, ad es., requisiti di resistenza, di comodità, di



Il limite della tutela offerta dalle citate disposizioni è stato individuato sotto due profili; il primo ricavato dal fatto che l'operatività delle cosiddette garanzie fondate sulle azioni edilizie era necessariamente ristretta ad un presupposto rapporto contrattuale tra un compratore ed un venditore; il secondo, forse più complesso ravvisato nella difficoltà di applicare a prodotti particolari come i farmaci i difetti così come individuati dalla normativa in tema di vendita, fondata su un concetto di qualità più soggettivo, inteso come pregio, che oggettivo e comunque abbastanza lontano dall'idea che della qualità si è lentamente fatta strada in ambito merceologico, basata sul più scientifico concetto di conformità ad uno standard elaborato attraverso la predisposizione di norme tecniche.

Un limite ulteriore all'applicazione del regime della vendita era stato peraltro colto nel disposto dell'art. 1494 cod. civ., che esclude la responsabilità del venditore che provi di aver ignorato senza sua colpa i vizi della cosa. La produzione e la distribuzione di massa dei beni di consumo in un mercato frenetico agevola il venditore nella prova di aver ignorato i vizi.

Alla luce di ciò, un ruolo di supplenza è stato svolto dalla clausola generale del *neminem laedere*, che, come noto, configura una responsabilità che prescinde da una pregressa relazione danneggiante-danneggiato, sicché, attraverso il riferimento all'ampio e variegato *genus* dell'illecito extracontrattuale, si è giunti altresì ad individuare come norma particolarmente adatta a governare i danni dalla produzione di farmaci nell'esercizio delle attività pericolose e quindi nel regime dell'art. 2050 cod. civ., sicuramente più favorevole al danneggiato sul piano della distribuzione dell'onere probatorio, rispetto ad un sistema di responsabilità civile fondato sul criterio di imputazione della colpa [43] .

---

economicità"; invece per qualità promessa l'A precisa si deve intendere quanto è insito reciprocamente nella richiesta del compratore e nell'offerta del venditore, sicché la promessa di qualità può essere esplicita e tacita e si può ricavare dall'indicazione di un'atipica funzione e comunque si ricava dall'interpretazione del contratto l'idoneità del bene ad una certa funzione ed il fatto che sia stato venduto in virtù di detta idoneità. Per una rassegna si rinvia a V. AMENDOLAGINE, *L'"aliud pro" nella compravendita*, in *Rass. giur.*, (Cass. pen., 11 gennaio 2019, n. 1332; Cass., sez. II, 2 agosto 2018, n. 20426; Cass., sez. II, 30 gennaio 2017, n. 2294; Cass., sez. II, 23 marzo 2017, n. 7557; Cass., sez. III, 29 gennaio 2016, n. 1669; Cass., sez. II, 9 novembre 2012, n. 19509; Cass., sez. II, 18 gennaio 2007, n. 1092; Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2006, n. 24786), in *Giur. it.*, 2019, 5, 1231-1236; vedi pure P.L. CARBONE, *Contratti collegati, "aliud pro alio", causa concreta: uno slancio verso il futuro o un ritorno al passato?,* in *Corr. giur.*, 2016, 6, 764 ss.; E. RIZZO, *Idoneità e potenzialità edificatoria del bene nella vendita immobiliare tra "mancanza di qualità" e "aliud pro alio*", nota a Cass. 30 maggio 2013, n. 13612, in *Contr*., 2014, 4, 370 ss.; Cass., 23 marzo 1999, n. 2712, in *Not.*, 1999, 307.

[43] Cass. 15 luglio 1987, n. 6241, in *Foro it.,* 1988, I, 144, con nota di D. CARUSO, *Quando il rimedio è peggiore del male;* in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 475, con nota di E. DA MOLO, *Responsabilità civile per attività di produzione e commercio di farmaci;* e in *Resp. civ*., 1988, 406, con nota di G. TASSONI, *Responsabilità del produttore di farmaci «per rischio di sviluppo» e art. 2050 c.c.*



Per giustificare l'utilizzo di tale norma, si è dovuto adottare una nozione ampia di pericolosità, ritenendo dunque sufficiente l'intrinseca pericolosità del "prodotto" per considerare tale anche l'intera "attività" [44].

Il riferimento alla norma dell'art. 2050 cod. civ., oltre che comportare l'accettazione di una nozione estesa di "attività pericolosa", in relazione, cioè, a tutte quelle potenzialmente pregiudizievoli per la salute, costituiva e costituisce, in tutta coerenza, il riflesso dell'estensione al settore dei farmaci della logica imprenditoriale che aveva ispirato la norma in esame, segno evidente che la disciplina del codice civile fosse stata pensata e destinata non solo all'atto giuridico isolatamente inteso, e per antonomasia al contratto, ma altresì alle attività economiche come tipiche attività lecite e rischiose segnatamente le attività di impresa [45] .

Una specifica attenzione alla pericolosità per la salute del prodotto, piuttosto che dell'attività, è stata, però, riservata dalla disciplina della responsabilità del produttore, cioè di colui il quale, a seguito del processo di fabbricazione, provvede all'immissione in commercio di tali prodotti, e che si assume il rischio connesso ai danni che i beni possano arrecare i rischi alla salute del consumatore [46].

---

[44] Sul punto, A. FUSARO, *Attività pericolose e dintorni*, in E. AL MURDEN, (a cura di), *I fatti illeciti. Casi e materiali*, Torino, 2021, 141 ss. Percorso analogo è avvenuto nel settore della commercializzazione dei tabacchi. In argomento, R. CARLEO, *La pericolosità della commercializzazione dei tabacchi e la responsabilità del produttore*, in *Judicium*, 2012, 1 ss., il quale rileva che "il filone favorevole ad imputare al produttore una effettiva responsabilità nell'ambito della produzione e commercializzazione di sigarette, anche se si biforca in due direttrici che fanno capo, rispettivamente, all'art. 2043 cod. civ. e all'art. 2050 cod. civ., poggia il proprio convincimento su una serie di specifiche ragioni. In primo luogo l'attenzione è stata posta sul rapporto e la coesistenza di due diritti costituzionali che entrano in gioco nella relazione instaurata tra consumatore finale di sigarette e produttore di tabacchi ossia, da un lato, il diritto alla salute (art. 32 Cost.) del fumatore e, dall'altro, il diritto all'impresa (art. 41 Cost.) del produttore. Ebbene, la preminenza che l'ordinamento riconosce al diritto alla salute fa sì che il produttore di tabacchi sia considerato responsabile per il danno da fumo attivo allorquando, dalla attività di produzione e commercializzazione di tabacchi, derivi la lesione del diritto alla salute del consumatore finale".

[45] In tal senso, si rimanda a Cass. 4 febbraio 1983, n. 1425, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 774, che interpreta l'attività come "una successione continua e ripetuta di atti che si svolge nel tempo ed è coordinata ad un fine, nell'esercizio, pertanto, normalmente di un'attività di impresa. (....). Ciò non toglie che possano rientrare nella previsione di cui all'art. 2050 cod. civ. anche atti sporadici, compiuti al di fuori di un'attività di impresa, ma deve trattarsi di un atto coordinato ad un fine tipico, oggettivamente pericoloso". Sul tema si rinvia, in dottrina, a P.G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile. La responsabilità civile per lo svolgimento di attività pericolose*, in *Tratt. dir. priv.*, II, Torino, 2002, 113 ss.; G. ALPA-M. BESSONE, *La dottrina sulla responsabilità del produttore, il rischio di impresa alle soglie del 1992*, in *Contr. impr.*, 1991, 250 ss.

[46] *Ex multis*, R. PARDOLESI, *Riflessioni sulla responsabilità da prodotto difettoso in chiave di analisi economica del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 2, 87 ss.; E. AL MURDEN, *Il danno da "prodotto conforme"*, cit., 165 ss.; G. STELLA, L*a responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo Codice del Consumo*, in *Resp., civ. prev.*, 2006, 10,1597 ss.; G. PONZANELLI, *Regole economiche e principi giuridi-*



In tal senso, la direttiva 85/374/CE, confluita integralmente nel codice del consumo, ha rappresentato senza dubbio una svolta, ed una risposta alle istanze di sottrarre la responsabilità del produttore alle comuni regole dell'illecito aquiliano e della responsabilità civile, per informarla ad un regime ad hoc, atta a riconoscere che «il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto», intendendo per produttore il fabbricante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso» [47].

Il modello di responsabilità delineato dalla normativa è tendenzialmente di tipo oggettivo, poiché non dipende *ex se* dalla condotta del danneggiante, come confermato nel secondo considerando della citata direttiva secondo cui "solo la responsabilità del produttore, indipendente dalla sua colpa costituisce un'adeguata soluzione del problema" e testualmente dall'art. 114 cod. cons. (in cui la direttiva è confluita) a tenore del quale il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto. Lo schema disegnato dalla normativa di derivazione europea fonda, piuttosto, su una caratteristica o condizione del bene, e, cioè, sulla difettosità intesa quale mancanza di sicurezza, la quale ricorre laddove un prodotto «non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere», tenuto conto delle modalità e del tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, della sua presentazione, delle istruzioni e avvertenze, dell'uso a cui può essere ragionevolmente destinato e dei comportamenti ragionevolmente prevedibili in relazione ad esso [48].

---

*ci a confronto: il caso della responsabilità del produttore e della tutela dei consumato*ri, in *Consumatore Ambiente Concorrenza, analisi economica del diritto*, Milano, 1994, 20; A. DI MAJO, *La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria*, in *Riv. dir. civ*., 1989, I, 23 ss.

[47] E. AL MURDEN, *Il danno da "prodotto conforme"*, cit., 165 ss., secondo cui l'idea di concepire regole particolari che governano il risarcimento dei danni provocati dall'utilizzo di un prodotto costituiscano espressione di un'esigenza che matura necessariamente in un contesto nel quale progettazione, fabbricazione e commercializzazione di massa hanno trasformato profondamente il rapporto che l'utilizzatore instaura con il prodotto e con il suo fabbricante o con colui che lo immette sul mercato. Progettazione, fabbricazione e distribuzione in serie di un prodotto fanno sì che anche la presenza di un'anomalia assuma a sua volta carattere seriale e di larga scala conseguendo una diffusione proporzionale a quella del prodotto stesso".

[48] La relazione della Commissione CE del 31 gennaio 2001 sottolinea che "la direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi ha introdotto nella Comunità il principio della responsabilità oggettiva o senza colpa, secondo il quale ogni produttore di un bene mobile difettoso è tenuto al risarcimento dei danni causati all'integrità fisica o al patrimonio privato delle persone, che vi sia o non negligenza da parte sua, la direttiva sulla responsabilità del produttore ribadisce nei considerando che "solo la responsabilità del produttore indipendentemente dalla sua colpa costituisce un'adeguata soluzione del problema, specifico di un'epoca caratterizzata dal progresso tecnologico, di una giusta attribuzione dei rischi inerenti alla produzione e tecnica moderna. Sulla natura oggettiva della responsabilità in esame, v. L. CABELLA PISU, *La responsabilità*, cit., che osserva: "la responsabilità è esclusa per difetti che non siano causalmente connessi con la messa in circolazio-



La difettosità, così intesa, è dunque al centro dell'accertamento della responsabilità, la quale non richiede la dimostrazione della colpa del danneggiante, ma pone a carico del danneggiato l'onere di provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno [49].

In tale direzione, anche con riferimento al rilievo riconosciuto al fatto di aver messo in senso lato in circolazione il prodotto difettoso, l'intento del legislatore sarebbe stato quello di sganciare l'accertamento della responsabilità dall'apprezzamento in termini di elemento soggettivo dell'illecito, dalla condotta del danneggiante e quindi dalla sua colpevolezza, secondo il modello della *strict liability*.

Invero, la natura della responsabilità del produttore sembra ricostruita diversamente in dottrina (che propende per la tesi di una responsabilità oggettiva sia pure limitata) ed in giurisprudenza, la quale non disdegna il ricorso alla discussa figura della c.d. responsabilità presunta, ciò in considerazione degli oneri probatori posti a carico del produttore e del consumatore [50]. In particolare, mentre l'art. 120 cod. cons. sembrerebbe confermare la natura oggettiva, è l'art. 118 cod. cons., che, indicando una serie di circostanze e di

---

ne del prodotto da parte di quel particolare produttore; e ciò è coerente con una ricostruzione della responsabilità oggettiva come responsabilità per causalità. Ma è anche possibile ricostruire questa particolare ipotesi di responsabilità oggettiva come responsabilità per rischio d'impresa, se si ha l'accortezza di chiarire che il rischio che la direttiva addossa all'impresa produttrice non è l'intero rischio connesso alla produzione, ma solo quella parte di esso che concerne la messa in circolazione dei prodotti".

[49] A. FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, II, 896 ss.; G. ALPA, *La responsabilità del produttore e la prova del danno nel d.P.R 24 magio 1988 n. 224*, in *Dir. ec. ass.*, 1992, I, 2, 551 ss.

[50] Cfr., Cass. 1 giugno 2010 n. 13432 (in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 6, 861 ss.) secondo cui "In punto di diritto si rileva che la tutela prevista a favore del consumatore in materia di danno da prodotti difettosi dal d.P.R. n. 224/1988 – emanato in attuazione della direttiva CEE numero 85/374 ed oggi trasfusa nel Codice del consumo emanato con d. lgs. 206/2005 configura in capo al produttore o all'importatore del prodotto nella Comunità europea, (relativamente ai danni di cui all'art. 11 dello stesso d.P.R.) una responsabilità di natura oggettiva, fondata non sulla colpa, ma sulla riconducibilità causale del danno alla presenza di un difetto nel prodotto (cfr. artt. 1, 6 e 7). In particolare il legislatore nazionale, dando attuazione alla direttiva comunitaria, ha inteso accordare una tutela più ampia al consumatore, superando i rigorosi limiti che in precedenza essa incontrava sia nell'ambito del rapporto con il venditore, in considerazione della contenuta azionabilità nel tempo dei diritti di garanzia riconosciuti dalla disciplina ordinaria della vendita, sia al di fuori del rapporto negoziale, in quanto ancorata agli oneri probatori imposti dalle regole in tema di responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 cod. civ.". Conforme Cass., sez. III, 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 813 ss., con nota di C. DI PALMA, *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la Cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability. Contra*, v. Cass. 26 giugno 2015, n. 13225, secondo la quale la responsabilità prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma ha natura presunta e non oggettiva, essendo onere del danneggiato fornire la prova del nesso causale tra difetto e danno; pertanto, "solo a seguito del raggiungimento di tale prova (avente pertanto ad oggetto la relazione difetto-danno quale prerequisito normativo costituente al contempo limite e fondamento della responsabilità del produttore), viene a gravare sul produttore la dimostrazione della causa liberatoria.



fatti allegando la cui prova in giudizio il produttore può andare esente da responsabilità, metterebbe in dubbio la natura oggettiva dell'illecito.

In tal senso, si tratta di stabilire se le ipotesi di esclusione della responsabilità che ricorrono, ad esempio, se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo in circolazione il prodotto; se il difetto è dovuto a conformità a norme imperative o provvedimenti vincolanti; ovvero, quando lo stato delle conoscenze scientifiche raggiunte al momento della commercializzazione non consentivano di rilevare la difettosità, abbiano una mera rilevanza causale, valendo detti fatti a dimostrare solo la riconducibilità del danno al difetto, oppure se dette circostanze in qualche modo consentano di prendere in considerazione il comportamento del produttore sotto il profilo dell'elemento soggettivo [51]. Il dubbio sembra comunque sussistere ed alimentato da quella parte della giurisprudenza che non esclude il ricorso all'art. 2043, in via residuale.

Inoltre, è il richiamo al cosiddetto rischio da ignoto tecnologico, quale limite alla responsabilità del produttore, che potrà liberarsi dimostrando che il difetto non sussisteva nel momento in cui il prodotto fosse stato immesso in circolazione, ovvero che all'epoca lo stesso non era riconoscibile in base allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche ad alimentare non pochi contrasti, (che non sembrano solo di tipo terminologico), anche in giurisprudenza [52]. Le Corti, infatti, pur risultando propense per la tesi più rigorosa, laddove rimarcano la rilevanza della prova del nesso causale tra difetto e danno, e del fatto di aver creato una oggettiva situazione di pericolo con l'immissione in commercio di un siffatto prodotto, talvolta richiamano il modello di una cosiddetta responsabilità presunta, come dimostra la sentenza in commento [53].

---

[51] M.G. STANZIONE, *L'incidenza del principio di precauzione sulla responsabilità civile negli ordinamenti francese e italiano*, in *Comp. dir. civ*., 2016, 1, la quale richiama la pronuncia della Corte di Giustizia CE con la sentenza C-300/95, secondo cui "per potersi liberare della propria responsabilità, ai sensi dell'art. 7, lett. e, della direttiva, il produttore di un prodotto difettoso deve dimostrare che lo stato oggettivo delle conoscenze tecniche e scientifiche, ivi compreso il loro livello più avanzato, al momento della immissione in commercio del prodotto considerato, non consentiva di scoprire il difetto di quest'ultimo"…"la disposizione di esonero non prende in considerazione lo stato delle conoscenze di cui il produttore considerato era o poteva essere concretamente o soggettivamente informato, ma allo stato oggettivo delle conoscenze scientifiche e tecniche di cui il produttore si presume informato", ferma restando l'accessibilità di tali conoscenze al momento dell'immissione sul mercato del prodotto considerato. E. VISENTINI, *L'esimente del rischio di sviluppo come criterio della responsabilità del produttore*, in *Resp. civ. prev*., 4-5, 2004, 1267.

[52] Il legislatore italiano ha stabilito che per messa in circolazione, (art. 119 cod. consumo) si intende l'immissione sul mercato dei destinatari finali (cioè dei consumatori) mercè una "consegna" all'acquirente o all'utilizzatore o a un loro ausiliario, o anche al vettore o allo spedizioniere. In dottrina si rimanda a R. MONTINARO, *Dubbio scientifico*, cit., 41 ss.

[53] In tal senso, si rimanda a Cass. 20 novembre 2018, n. 29828, in *www.italgiureweb*, secondo cui "La responsabilità da prodotto difettoso ha natura presunta, e non oggettiva, poiché prescinde dall'accertamento



La dottrina, al contrario, sembra sposare la tesi della natura oggettiva della responsabilità, sia pure limitata dal più volte richiamato regime probatorio e dalla distribuzione del relativo onere tra le parti, danneggiante e danneggiato, rispettivamente, alla luce degli artt. 118 e 120 cod. cons.; il regime normativo così delineato, infatti, per quanto idoneo a tollerare meccanismi e criteri complementari di valutazione dei comportamenti del produttore non implicherebbe una contaminazione tra profilo soggettivo e profilo oggettivo della responsabilità [54].

La ricostruzione della natura della responsabilità sembra poi dipendere anche dalla circostanza che in fase di accertamento si ricorra sovente alle presunzioni semplici per desumere il carattere della difettosità del prodotto. Tale ricorso si rende indispensabile, come conferma la decisione in esame, in quanto si tratta di accertare il cosiddetto livello di sicurezza al di sotto del quale il prodotto deve considerarsi difettoso, (richiamando l'art. 103 del codice del consumo) e a tal fine, dal momento che a tenore di detta disposizione detto livello non corrisponde a quello della sua più rigorosa innocuità, si deve fare " riferimento ai requisiti di sicurezza dall'utenza generalmente richiesti in relazione alle circostanze specificamente indicate all'art. 117 cod. cons. (e già all'art. 5 d.P.R. n.

---

della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto. Incombe, pertanto, sul soggetto danneggiato – ai sensi dell'art. 120 del d.lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo), come già previsto dall'8 del d.P.R. n. 224/1988 – la prova del collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno e, una volta fornita tale prova, incombe sul produttore – a norma dell'art. 118 dello stesso codice – la corrispondente prova liberatoria, consistente nella dimostrazione che il difetto non esisteva nel momento in cui il prodotto veniva posto in circolazione, o che all'epoca non era riconoscibile in base allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che, valorizzando la prova testimoniale in contrasto con le risultanze della disposta consulenza, aveva erroneamente desunto la pericolosità di un fuoco di artificio dal mero verificarsi del danno conseguente all'esplosione anticipata del medesimo, tralasciando le risultanze della consulenza tecnica d'ufficio ove era stato escluso che il prodotto presentasse difetti di fabbricazione e posto in rilievo che l'evento si fosse verificato per il malgoverno del mortaio da parte del danneggiato)"; così, anche, Cass. 19 febbraio 2016, n. 3258, cit., per la quale "la responsabilità da prodotto difettoso ha natura presunta, e non oggettiva, poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto"; cfr., Cass. 29 maggio 2013, n.13458, in *Corr. giur*., 2014, 1, 31 ss., con nota di L. DE BENEDETTO, *Legittimazione ad agire, oneri probatori del danneggiato, conferme e richiami della Suprema Corte in materia di responsabilità da prodotto difettoso*. Per opportuni riferimenti, si rinvia a AA.VV., *Diritto e Medicina*, Torino, 2021, 173.

[54] G. PONZANELLI-R. PARDOLESI, *Commentario. La responsabilità per danno da prodotti difettosi (premessa generale, artt. 1 e 12)*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1989, 497 ss. In giurisprudenza, si veda, ad esempio, Cass. 26 giugno 2015, n.13225, secondo la quale la responsabilità prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, essendo onere del danneggiato fornire la prova del nesso causale tra difetto e danno; pertanto, "solo a seguito del raggiungimento di tale prova (avente pertanto ad oggetto la relazione difetto-danno quale prerequisito normativo costituente al contempo limite e fondamento della responsabilità del produttore), viene a gravare sul produttore la dimostrazione della causa liberatoria



224/1988), o ad altri elementi in concreto valutabili e concretamente valutati dal giudice di merito, nell'ambito dei quali debbono farsi rientrare gli standards di sicurezza eventualmente imposti dalle norme in materia".

Sul punto, giova rilevare che secondo una parte della dottrina di per sé le presunzioni di responsabilità – del tipo di quelle contemplate nel codice civile nelle ipotesi cosiddette speciali di cui agli artt. 2047 cod. civ. ss. – non varrebbero a far sorgere una responsabilità presunta, ma piuttosto andrebbero rilette sul piano dell'operatività della distribuzione dell'onere probatori. Tale operazione richiederebbe una ricostruzione delle diverse ipotesi cosiddette speciali alla stregua di fattispecie complesse, comprensive di un fatto costitutivo– che sicuramente prescinde dalla colpa (nel caso di specie il difetto) – e di un fatto impeditivo, attraverso il quale, per il tramite dell'assolvimento del predetto onere, si verrebbe ad attribuire una sia pur limitata rilevanza all'assenza di colpa.

La conseguenza sarebbe la configurazione di un *genus* di responsabilità intermedio tra quella soggettiva e colpevole e quelle oggettiva indipendente dalla colpa [55].

Nel merito, si potrebbe osservare che la ricostruzione in termini oggettivi, sia pure limitati, della responsabilità in esame, risulta più coerente con l'impianto della disciplina europea della sicurezza generale dei prodotti ma anche della responsabilità del produttore, tese cioè ad informare la messa in circolazione dei prodotti al principio di presunzione di sicurezza dei prodotti conformi alle norme tecniche armonizzate; queste ultime, infatti, individuano specifici parametri di valutazione dei rischi, anticipando la soglia della responsabilità, fondandola su criteri oggettivamente apprezzabili e verificabili, anche per uniformare la tutela dei diritti dei consumatori.

Ciò sia detto vieppiù con riguardo al settore farmaceutico laddove esiste un apparato di regole ad hoc che culmina nel sistema all'autorizzazione al commercio.

In ogni caso, sembra che la normativa della responsabilità del produttore, come declinata nel codice del consumo, si addica maggiormente al settore della commercializzazione dei farmaci, rispetto a quella in tema di esercizio di attività e pericolosa dettata dal codice civile, in considerazione del correttivo che essa apporta al concetto di sicurezza

[55] Sul punto, M. COMPORTI, *Fatti illeciti. Le responsabilità presunte*, in *Codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 146 ss., ove, con riferimento alle fattispecie speciali di responsabilità extracontrattuale, diverse, cioè, dall'ipotesi generale e paradigmatica dell'art. 2043 cod. civ., si osserva che il ricorso alla presunzione iuris tantum di colpa deriverebbe dall'esigenza di difendere il dogma della colpa, ma non sarebbe appagante per "un'esatta individuazione della struttura e della dinamica della fattispecie"; a tal fine si rende indispensabile distinguere nella struttura della fattispecie i fatti costitutivi da quelli impeditivi e verificare in relazione a questo la distribuzione dell'onere probatorio.



del prodotto, già delineato, peraltro, dalle stesse norme dettate sulla sicurezza generale dei prodotti in detto codice.

Una conferma si evince proprio dalla rilevanza giuridica riconosciuta al cosiddetto rischio da ignoto tecnologico, quale limite alla responsabilità del produttore, il quale potrà liberarsi dimostrando che il difetto non sussisteva nel momento in cui il prodotto fosse stato immesso in circolazione, ovvero che all'epoca lo stesso non era riconoscibile in base allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche ad alimentare non pochi contrasti, (che non sembrano solo di tipo terminologico), anche in giurisprudenza [56].

Peraltro, se le norme sulla sicurezza generale dei prodotti non ambiscono a rafforzare a tal punto la tutela dei consumatori da assicurare la circolazione dei soli prodotti innocui od a rischio praticamente nullo, ammettendo che il prodotto rimane sicuro anche in presenza di un rischio minimo, ma non grave, a maggior ragione, più favorevole al produttore è la norma dettata dall'art. 118 cod. cons., che pare, in buona sostanza, esonerarlo da responsabilità per difetti di conoscenza a lui inimputabili, secondo lo stato di avanzamento della scienza e della tecnica al tempo dell'immissione nel mercato.

D'altro canto il diritto è necessariamente chiamato a svolgere un ruolo cruciale (di supplenza se si vuole rispetto alla tecnica ed alle scienze) nella ricerca dei livelli di sicurezza dei prodotti per la tutela della salute dei consumatori, e questo è possibile grazie alla predisposizione di norme ispirate ai principi di precauzione e di ragionevolezza pienamente operanti anche nei rapporti di consumo, sia sul piano della tutela preventiva che di quella successiva.

Del resto anche l'art. 191 TFUE, stabilendo che quale la mancanza di certezza scientifica non può essere motivo per rinviare misure od azioni dirette a proteggere salute ed ambiente, impone la predisposizione di strumenti atti a prevenire rischi, ovvero, quantomeno, ad individuare il rischio tollerabile secondo quanto prevede il citato art. 103 cod. civ.

Ne deriva che la risposta all'interrogativo legato all'individuazione del limite di sicurezza ovvero di rischio accettabile a fronte del dubbio scientifico [57] va ricercata nelle

---

[56] Il legislatore italiano ha stabilito che per messa in circolazione, (art. 119 cod. cons.) si intende l'immissione sul mercato dei destinatari finali (cioè dei consumatori) mercè una "consegna" all'acquirente o all'utilizzatore o a un loro ausiliario, o anche al vettore o allo spedizioniere. In dottrina si rimanda a R. MONTINARO, *Dubbio scientifico*, cit., 41 ss.

[57] La dottrina si è chiesta se si dovesse onerare il produttore dell'acquisizione di tutte le conoscenze anche di quelle più progredite, nonché di quelle ancora oggetto di studio, analisi e ricerca e quindi prive di conferme nella comunità scientifica. R. MONTINARO, *Dubbio scientifico*, cit., 111, osserva che se la responsabilità del produttore fosse predicabile pure per danni dipendenti da difetti assolutamente ignoti, il dibattito sulla rilevanza delle situazioni di incertezza scientifica non avrebbe ragion d'essere. Vedi pure L. MORMILE,



stesse regole sulla sicurezza dei prodotti, che governano la produzione e l'immissione in commercio dei beni, ed il cui scrupoloso rispetto è destinato a rilevare in sede di apprezzamento della responsabilità, non sotto il profilo della colpa, ma dell'accertamento della difettosità e della sicurezza ovvero della prova liberatoria, per quanto diabolica, a carico del produttore.

Nell'ambito di questi debbono farsi rientrare gli *standard* di sicurezza richiesti dalle norme in materia (non solo di prodotto ma anche di processo, che si sono tradotti nell'implementazione delle cosiddette buone pratiche nell'ambito della farmacovigilanza, in particolare di quelle di fabbricazione, costituite da un insieme di regole che descrivono i metodi, i processi, le attrezzature, i mezzi e la gestione della fabbricazione dei medicinali per assicurarne standard di qualità appropriati e che sono state considerate come frutto dell'applicazione del sistema qualità in ambito farmaceutico e farmacologico) [58].

Nondimeno, ed a tal fine, il criterio normativo delle cosiddette legittime aspettative corrobora l'apprezzamento del livello di rischiosità e quindi l'accertamento dell'eventuale responsabilità, atteggiandosi quale parametro atto a realizzare, a fronte dell'incertezza scientifica, una sorta di distribuzione dei rischi tra produttore e consumatori, senza intaccare il principio della "generalizzata assunzione, da parte delle imprese, dei rischi che esse sono in grado di controllare meglio dei consumatori" [59], nella misura in cui lo stesso pubblico

---

Il principio di precauzione fra gestione del rischio e interessi privati, in *Giureta*, *Riv. dir. trasp. amb*., 2012, X, 347 ss., il quale rileva la "costante tensione fra la necessità di garantire il progresso, nell'ottica del perseguimento del benessere e di una maggiore utilità collettiva, e l'esigenza di tutelare gli interessi coinvolti. Sia quelli tradizionali, quali i diritti degli individui a vivere in un ambiente salubre e alla propria salute, sia quelli di «*nuova generazione*», il cui assurgere a posizioni giuridicamente rilevanti è conseguenza di quello stesso progresso, veicolo di benessere, ma al tempo stesso di esternalità rivelatrici di bisogni inediti. Nel rapporto di antica antinomia fra tensione verso la scoperta e allo stesso tempo timore per ciò che dalla scoperta può derivare, ossia per quello che attualmente è ignoto, è entrato in scena un nuovo fattore, rappresentato dall'acquisita capacità dell'uomo di inserirsi all'interno della concatenazione meccanica degli elementi che regolano i processi naturali".

[58] Fra le buone pratiche, e cioè le GLP (Buone Pratiche di Laboratorio), GMP (Buone Pratiche di Produzione), GCP (Buone Pratiche Cliniche), GDP (Buone Pratiche di Distribuzione) e GVP (Buone Pratiche di Farmacovigilanza), le GMP assumono un particolare rilievo per il consumatore. Osserva la dottrina che esse definiscono i requisiti che devono essere soddisfatti durante le fasi di sviluppo, produzione e controllo dei medicinali. Il rispetto di queste linee guida garantisce la qualità farmaceutica dei medicinali che è a sua volta pre-requisito indispensabile perché il medicinale possa essere definito sicuro ed efficace. Pertanto, la sicurezza e l'efficacia, che sono caratteristiche inderogabili di ogni medicinale, possono essere ottenute solo con la stretta osservanza delle GMP durante tutte le fasi del processo produttivo e il successivo controllo analitico. In argomento, D. SUSINI-M. TERNI-R. DI MARZO, *Medicinali per uso umano.,* cit. 16 ss.

[59] L. CABELLA PISU, *La responsabilità*, 437 ss., sottolinea che "il tentativo di massimizzare gli interessi delle imprese, con qualunque strumento giuridico idoneo a consolidare il vantaggio che alle imprese deriva



dei consumatori sia reso edotto e cioè sia messo in condizioni di maturare il proprio convincimento circa i requisiti del prodotto, anche al fine dell'esercizio del proprio diritto all'autodeterminazione, che costituisce un presupposto della libertà di cura.

Se tutto quanto osservato può risultare condivisibile, non si può tuttavia far a meno di nutrire qualche perplessità, considerando il particolare settore merceologico di riferimento continuamente interessato dall'evoluzione della scienza e della tecnica da nuove scoperte, e dove tuttavia è più difficile che i consumatori acquisiscano un certo grado di consapevolezza sui rischi del prodotto.

Senza trascurare il compito svolto dalla farmacovigilanza e il necessario rispetto delle linee guida e delle buone pratiche in sede di fabbricazione per la prevenzione dei rischi per la salute [60], se si assume che il rischio suscettibile di esser posto a carico del produttore dipende (anche) da una corretta e sufficiente informazione circa l'uso ragionevole previsto e prevedibile del prodotto, non può non rilevarsi che questo limite appare mobile, se non evanescente, in ragione del tipo di pubblico dei consumatori e delle peculiarità del settore di mercato, interessato da continue ricerche ed influenzato dallo stato di avanzamento della scienza; sicché, potrebbe dubitarsi dell'effettiva idoneità di una corretta informazione a ridurre il rischio di danni alla salute dei consumatori di farmaci.

Ciò spiega, ed è questo il profilo emerso dalla decisione in esame, su cui è opportuno soffermarsi, il delicato ruolo dell'informazione e come si dirà dell'educazione dei consumatori [61].

6. – In questa controversia la ricorrente lamenta che nel merito non si fosse adeguatamente valutata la circostanza che "il problema della difettosità non può coincidere con la semplice possibile insorgenza di effetti collaterali nocivi, ma deve invece ricondursi al problema di un corretto bilanciamento del rapporto rischio/beneficio relativo alla som-

---

dalle asimmetrie informative, nonché a scaricare sui consumatori e utenti quei rischi che l'impresa sarebbe meglio in grado di controllare, non solo lede gli interessi dei consumatori, ma danneggia anche l'ordine giuridico ed economico. Si afferma, infatti, che solo realizzando condizioni tali da consentire una concorrenza sufficiente sul mercato e un buon equilibrio nei rapporti tra gli operatori economici si possa pervenire all'assegnazione migliore possibile delle risorse, rimuovendo al contempo gli ostacoli alla circolazione di beni e servizi nel mercato unico. In termini economici, il rischio deve essere assunto da chi si trova nelle migliori condizioni di controllarlo o di tutelarsi contro di esso".

[60] Sul punto, D. SUSINI-M. TERNI-R. DI MARZO, *Medicinali per uso umano. Le aree di interazione sulla sicurezza dei pazienti nelle gxp*, in *Giorn. it. Farmacoeconomia e Farmacoutilizzazione*, 2018, 10, (4), 16 ss.

[61] F. CAFAGGI, *La nozione di difetto ed il ruolo dell'informazione, per l'adozione di un modello dinamico-relazionale di difetto in una prospettiva di riforma*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, II, 447 ss.



ministrazione dello stesso"; secondo la casa produttrice, infatti, il giudice non aveva sufficientemente motivato la sua decisione omettendo di attribuire il giusto rilievo alla circostanza che la patologia addotta dalla controparte, fosse "perfettamente conosciuta dalla "Classe Medica", e quindi, in un certo senso, suscettibile di rientrare nel giudizio di prevedibilità da parte del paziente che era, peraltro, un medico.

A tali doglianze la Corte risponde premettendo che l'autorizzazione al commercio non è idonea, di per sé, ad escludere la responsabilità civile del produttore, i requisiti pubblicistici valendo a realizzare solo un *minimum* di garanzia per il consumatore; ed, in subordine, osserva che il difetto del prodotto non può prescindere dall'apprezzamento del rischio di possibili effetti indesiderati; "ciò in quanto la valutazione di pericolosità non attiene ai meri dati scientifici ma coinvolge anche la percezione e le aspettative dei consumatori (v. Corte Giust., 11/4/2001, C477/00; Corte Giust., 28/10/1992, C-219/91), e si basa sulla dimostrazione del nesso di causalità tra l'assunzione del farmaco in argomento e la riscontrata patologia".

In buona sostanza, la decisione conferma, sia pure per implicito, il corretto inquadramento della responsabilità per danni da farmaco nella responsabilità del produttore come disciplinata nel codice del consumo, ritenendosi di non fare ricorso alcuno, nemmeno a supporto della ricostruzione del concetto di pericolosità, che pure forse troverebbe ancora spazio se riferito non al prodotto ma all'attività di produzione, alle norme dell'art. 2050 cod. civ., a differenza di precedenti orientamenti pur propensi ad assicurare al danneggiato una più pregnante tutela [62] .

A rigore si deve ritenere, alla luce di quanto sin qui rilevato, anche apprezzandosi in termini più oggettivi la responsabilità, che il regime previsto per le attività pericolose è sicuramente più gravoso per il responsabile, per i ristretti spazi operativi della prova liberatoria, che non contemplano la fattispecie dell'esimente per cosiddetto rischio di sviluppo, la quale è come detto tipica della figura della responsabilità del produttore [63].

---

[62] A. QUERCI, *Responsabilità*, cit., 353 ss. Si può osservare come la normativa sulla responsabilità da prodotto, di origine comunitaria, ed il modo in cui questa è stata attuata in Italia (38), nel cercare di bilanciare le esigenze della tutela della salute con quelle della produzione, abbia introdotto numerosi limiti alla tutela del danneggiato: ed è proprio questo a spingere i danneggiati (od i loro avvocati) e, conseguentemente, anche i giudici (*secundum alligata et probata*), a diffidare degli strumenti oggi offerti dal Codice del consumo (la responsabilità da prodotto difettoso) ed a rifugiarsi in quelli tradizionali garantiti dal codice civile (la responsabilità da attività pericolose).

[63] A. QUERCI, *Responsabilità,* cit., 358, precisa che applicando l'art. 2050 cod. civ., inoltre, non è sufficiente conformarsi allo stato della tecnica, esistente al momento della messa in circolazione del prodotto, ma occorre andare oltre, dovendosi eventualmente procedere all'adozione di misure di sicurezza od al



Sotto quest'aspetto, non può non destare l'attenzione dell'interprete la circostanza che il giudice nomofilattico della decisione in commento non abbia mancato di richiamare, sebbene in linea di principio, (non avendola rilevata nel caso di specie), la possibilità di un concorso di colpa del consumatore, possibilità che dovrebbe ricorrere ove e se quest'ultimo non possa dirsi (essere stato) un soggetto disinformato. Tale rimando, se da un lato consente di confermare la tesi per cui l'assenza di pericolosità non coincide con l'assenza di rischi e quindi con la totale innocuità, anche se si assumesse come parametro valutativo l'art. 103 cod. cons. e non l'art. 117, dall'altro impone di valutare quali conseguenze possa sortire sulla ricostruzione della natura della responsabilità del produttore l'esatto adempimento degli obblighi di informazione.

In tale direzione, la rivalutazione dell'importanza dell'informazione, non solo si giustificherebbe per le sue finalità tipiche, cioè quelle di ridurre le asimmetrie nei rapporti di consumo, ma anche perché si tratta di uno strumento che, sebbene si atteggi come obbligo per il produttore e quale diritto per il consumatore, funziona, ove correttamente adempiuto da parte del professionista, il presupposto per contemperare la libertà di iniziativa economica con la tutela della salute, nella prospettiva, cioè, del riconoscimento di un'autodeterminazione responsabile di chi assume farmaci, al fine di esonerare il produttore da eventuali responsabilità.

Ciò tanto più rileva ove si sottolinei che in questo spazio-abbastanza scivoloso– si inserisce l'operatività della prova liberatoria per il produttore, (dalla quale dipenderebbe la natura oggettiva in senso stretto – piuttosto che presunta – della responsabilità, indipendentemente dalla rilevanza della colpa), con riferimento al rispetto dei requisiti di sicurezza richiesti in relazione alle circostanze specificamente indicate all'art. 117 cod. cons. (e già all'art. 5 d.P.R. n. 224/1988), nonché ad altri elementi in concreto valutabili e concretamente valutati dal giudice di merito.

Giova rammentare che l'art. 2 cod. cons., riproducendo la previsione in materia di diritti fondamentali dei consumatori introdotta dalla l. 30 luglio 1998, n. 281, attribuisce ai consumatori ed agli utenti il diritto ad un'adeguata informazione [64]; il successivo art. 5,

---

ritiro del prodotto, qualora l'evoluzione della tecnica riveli rischi prima inimmaginabili. È qui evidente l'inidoneità dello "stato dell'arte" ad esonerare da responsabilità l'esercente l'attività pericolosa.

[64] Il codice del consumo, pur riprendendo la l. 30 luglio 1998 n. 281, attraverso la previsione della norma dell'art. 2, ha in realtà sancito i diritti dei consumatori nella loro dimensione collettiva, considerata nel contesto della globalizzazione del mercato unico europeo. In tal senso, G. ALPA, art. 2 (*Diritti del consumatore*), in G. ALPA (a cura di), *Codice del consumo*, cit., 31 ss. Sul diritto all'informazione si rinvia a E. BATTELLI, *Art. 48 codice consumo "Informazioni precontrattuali per i consumatori nei contratti diversi dai contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali" – commento*, in V. CUFFARO, (a cura di), *Il*



intitolato agli obblighi generali, espressamente richiede chiarezza e comprensibilità delle informazioni affinché esse siano adeguate alla tecnica di comunicazione ed alla modalità di conclusione del contratto [65].

Mentre nella disciplina codicistica l'obbligo di informazione è stato sottovalutato, in quanto ricondotto ai meccanismi della responsabilità precontrattuale, ovvero all'operatività dei vizi del volere, la normativa consumeristica ha posto al centro dell'atto e del rapporto di consumo gli obblighi di informazione; in più, se la centralità che essa ha acquistato nel rapporto di consumo viene plasticamente definita con l'espressione "procedimentalizzazione dell'informazione" [66], l'effettivo ruolo dell'informazione dipende dallo stretto legame di questo diritto con quello all'educazione: il nesso tra comunicazione, educazione informazione e pubblicità è stato concepito al fine di rafforzare la tutela del consumatore e garantirne un'autodeterminazione libera e consapevole nelle scelte di consumo.

Codice del consumo, Milano, 2015, 376 ss.; G. GRISI, (voce) *Informazione* (*Obblighi di*), in *Enc. dir*., (*Annali*), Milano, 2011, 595 ss.; nonché U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto* acquis, in *Eur. dir. priv*., 1, 2009, 59 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione*: *dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv*., 2004, 349 ss.

[65] La norma prevede obblighi di carattere generale poiché rimanda indirettamente alle previsioni specifiche in materia, dettate nel Titolo III, al capo I sulle particolari modalità di conclusione del contratto e al Titolo IV contenente Disposizioni relative ai singoli contratti. In particolare, la dottrina (L. ROSSI CARLEO, Art. 5 *Obblighi generali*, in AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, *cit*., 125 ss.) evidenzia lo stretto legame sussistente tra informazione, educazione e pubblicità, sottolineandone la rilevanza macroeconomica, in quanto destinate, *in primis* a fungere da strumenti di tutela del consumatore, in condizione di asimmetria informativa (ID., *Il diritto all'informazione*, cit., 349 ss.) e, *in secundiis*, a dispiegare effetti correttivi sul mercato e sulla concorrenza. Si delinea, così, una nuova funzione del contratto (sul punto, V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, 1611 ss.). Se è vero che non solo la carenza ma anche l'eccesso delle informazioni, può indurre il contraente ad una scelta non consapevole né adeguatamente ponderata, il legislatore ha voluto assicurare un'informazione corretta. Come noto, il codice civile non contiene un esplicito riferimento alla trasparenza contrattuale; tuttavia l'obbligo di informare la controparte al fine di renderla edotta di fatti, circostanze e conoscenze che potessero incidere sulla decisione di concludere il contratto è stato ricavato in via interpretativa come uno dei doveri di condotta dei contraenti, in virtù dei principi di correttezza e buona fede in senso oggettivo, dalla fase delle trattative a quella dell'esecuzione del contratto. Di conseguenza dall'obbligo sancito è stato fatto discendere il dovere di comunicare, cioè fornire quelle informazioni necessarie secondo il tipo di del contratto da stipulare. La trasparenza è stata intesa come dovere di chiarezza, dal momento che il contraente è tenuto ad evitare un linguaggio suscettibile di non essere pienamente compreso dalla controparte. ha sancito l'ingresso nei rapporti commerciali della fondamentale regola di trasparenza e correttezza. Sul punto, S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv*., 2001, 257 ss.; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1998.

[66] F. ROMEO, *Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione*, cit., 173 ss.



I principi in tema di correttezza ed adeguatezza dell'informazione sono, peraltro, alla base anche della disciplina del cosiddetto consenso informato, da ultimo espressamente normato dalla legge di riforma in materia sanitaria, tenuto conto che la relativa acquisizione è atto diverso dalla prestazione dell'intervento terapeutico [67].

Operando un raccordo – che in questa sede in cui si verte di prodotti farmaceutici risulta più che opportuno – tra l'affermazione del diritto all'informazione del consumatore, in quanto strettamente connesso sotto il profilo della garanzia della qualità e della sicurezza dei prodotti, con il diritto all'informazione ed all'autodeterminazione del paziente nel quadro dell'esercizio del diritto alla salute, e puntualizzandosi che i prodotti sono intesi non solo come cose materiali ma altresì come servizi, si deve rimarcare che in ambito medico-sanitario la giurisprudenza è venuta configurando in caso di violazione del diritto all'informazione del paziente un danno alla propria autodeterminazione, risarcibile autonomamente dal danno alla salute [68].

Si è in proposito ribadito che "la correttezza del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente, ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni" [69] .

---

[67] Il consenso informato nella relazione medico paziente trova oggi fonte normativa espressa nella legge 22 dicembre 2017 n. 219, che ha colmato un vuoto normativo, su cui da tempo è intervenuta la giurisprudenza, richiamando le fonti sovranazionali ed internazionali a loro volta emanate a valle del noto Codice di Norimberga. Sul punto, *ex multis*, A. CLEMENTONI CHERUBINI, *Il consenso informato nei più recenti orientamenti della Cassazione*, in *Riv. it. med. Leg. dir. san.*, 2020, 1, 309 ss.; V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, 225 ss.; S. ROSSI, *Consenso informato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., VII, Torino, 2012, 177 ss.; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti,* in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, Milano, 2011, 208; B. SALVATORE, *Per uno studio sul consenso informato*, in *Dir. e giur.*, 2009, 33 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, 127 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, ivi, 237 ss.; M. COSTANZA, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1435.

[68] A. AMIDEI, *Consenso informato e risarcimento del danno per omessa informazione*, in *Giur. it.*, 2021, 2, 495 ss.; M. DE ANGELIS, *La violazione del diritto all'autodeterminazione e i presupposti per il risarcimento del danno-conseguenza,* in *giustiziacivile.com,* 27 febbraio 2020; R. OMODEI SALÈ, *La responsabilità civile del medico per trattamento sanitario arbitrario*, in *Jus civile*, 2015, 12, 798 ss. Secondo la giurisprudenza, l'informazione del paziente deve consistere in "spiegazioni dettagliate ed adeguata al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado e delle conoscenze specifiche di cui dispone"; così, Cass. 20 aprile 2018, n. 9806, in *www.quotidianogiuridico.it*.

[69] Cfr. Cass., ord. 29 marzo 2019, n. 8756, in *Dir. giust.*, 2019,1 aprile, con nota di R. SAVOIA, *Il diritto*



In tutta coerenza con quanto si qui rilevato, sebbene non sia chiamata a pronunciarsi sui profili di un possibile risarcimento del danno derivante al consumatore dalla violazione del diritto ad una corretta ed adeguata informazione, sulla falsariga di quanto accade in tema di violazione delle norme sul consenso informato, la Suprema Corte pone l'accento sul ruolo pregnante del diritto all'informazione, considerato imprescindibile al fine di rendere edotto il consumatore del rapporto rischi/benefici connesso all'assunzione dei farmaci per curare la propria salute.

7. – A fronte del dubbio dell'effettiva idoneità di una corretta informazione a ridurre il rischio di danni alla salute dei consumatori di farmaci, a conclusione di queste note di commento, è opportuno rimarcare due aspetti, uno dei quali emerge, sia pure per obiter dicta, dalla decisione in commento ed attiene al ruolo del medico, e più in generale del sanitario, nei rapporti con il paziente-consumatore.

Il professionista, quando prescrive il farmaco, oltre che svolgere un'azione di consiglio (nel che si risolve l'esercizio della sua prestazione professionale), individuando la terapia farmacologica adatta secondo la patologia diagnosticata, è preposto anche all'altrettanto delicato compito di rendere edotto il paziente dei rapporti rischi-benefici connessi all'assunzione del medicinale, (che può esser somministrato nella terapia farmacologica, anche al di fuori di una ospedalizzazione del paziente, quando ad esempio curato a domicilio) ed a tal fine concorre, con il suo apporto, a far maturare quella legittima aspettativa di sicurezza richiesta nel rapporto di consumo come parametro di valutazione della responsabilità del produttore [70].

Nondimeno, giova rilevare che vi può essere una sperequazione nella differente con-

---

alla salute è diritto del tutto distinto dall'autodeterminazione; v., pure, A. BENVENUTI, *Risarcibilità del danno da violazione del consenso informato, tra autodeterminazione terapeutica e diritto alla salute*, in *giustiziacivile.com,* 2018, 6, 9 ss., nota a Cass., ord. 31 gennaio 2018, n. 2349. Da ultimo, v. Cass. 7 ottobre 2021, n. 27268 secondo cui l'onere probatorio relativo alla causalità materiale "grava sul creditore e solo in seguito a tale prova grava sul debitore provare l'assenza di colpa, ovvero che l'inadempimento sia derivato da una causa non imputabile al debitore", in *www.dirittoegiustizia.it*.

[70] Secondo la definizione fornita dall'UEMS nel documento pubblicato nel 2005, "L'atto medico comprende tutte le azioni professionali, vale a dire le attività scientifiche, didattiche, formative ed educative, cliniche, medico-tecniche, che si eseguono per promuovere la salute ed il buon funzionamento, prevenire le malattie, fornire assistenza diagnostica o terapeutica e riabilitativa ai pazienti, individui, gruppi o comunità, nel quadro del rispetto dei valori etici e deontologici". In argomento, si deve rilevare che a livello politico legislativo si sono registrate iniziative parlamentari per introdurre una definizione per legge dell'atto medico, da ultimo si rimanda alla proposta n. 2208, recante "Norme concernenti la definizione di atto medico e la disciplina dei centri di riferimento di chirurgia articolare", presentata nell'ottobre 2019.



sapevolezza che l'eterogeneo pubblico dei consumatori può possedere in ordine agli effetti dei farmaci, tenuto conto che, tendenzialmente, va distinta la somministrazione del farmaco nell'ambito di una terapia, dalla dispensazione e quindi dall'acquisto dei prodotti farmaceutici nell'ambito di un contratto di scambio, che presuppone a monte l'operatività di una disciplina *ad hoc*. Indubitabilmente, anche in questo caso, comunque, va rimarcata la centralità del diritto del consumatore all'informazione come conferma la decisione in commento.

Si può rammentare il caso della somministrazione ad una gestante senza adeguata informazione di farmaci che avevano poi provocato malformazioni al concepito, configurando una responsabilità per violazione dell'obbligo d'informazione e conseguente diritto al risarcimento del danno in favore sia della gestante-madre che del concepito, una volta che quest'ultimo sia venuto ad esistenza, ma solo in relazione all'inosservanza del principio del c.d. consenso informato [71].

In altra occasione, la Suprema Corte, in tema di responsabilità del farmacista, ha ritenuto irrilevante come causa di giustificazione la circostanza della consapevole accettazione del farmaco da parte del cliente, l'avere egli indicato le modalità di uso o somministrazione del medicinale o l'essersi affidato al fatto che il cliente avrebbe saputo fare del prodotto un uso conforme alle istruzioni contenute nella confezione [72].

---

[71] Osserva la dottrina che "Di regola, per la manifestazione del consenso informato vige il principio della libertà delle forme, fatti salvi gli specifici casi in cui la forma scritta è prevista per legge. A tal proposito, è d'uopo richiamare il comma 4 dell'art. 1 della l. 219/2017, il quale stabilisce che il consenso informato può essere acquisito con gli strumenti e nei modi più consoni alle condizioni del paziente ma la sua documentazione deve avvenire in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare". Così, C. TROISI, *Il consenso informato nella professione medica*, in *Comp. dir. civ*., 2019, 1 ss. Vedi, pure, Cass. 23 marzo 2018, n. 7248, con nota di R. SAVOIA, *No, il consenso del paziente non può essere espresso oralmente*, in *Dir. giust.,* 2018, 9. Di recente, inoltre, la Corte di Cassazione, con ordinanza del 30 aprile 2018, n. 10328, sembra aver rivalutato il principio di libertà delle forme, ritenendo che difettando espressa previsione il consenso possa essere acquisito con qualsiasi modalità. Sul punto, P. MUIÀ-S. BRAZZINI, *Quale forma deve avere il consenso informato? Le oscillazioni della Cassazione e la soluzione della nuova legge*, in *Danno e resp*., 2018, 5, 607; in altre occasioni, (v. Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. giur*., 2009, 4, 549, con nota di B. SALVATORE, *Violazione del consenso informato e diritto al risarcimento per danni anteriori alla nascita*), la Suprema Corte ha escluso, invece, a carico dei sanitari una responsabilità nei confronti del concepito perché la madre non è stata posta in condizione di esercitare il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, non essendo configurabile nel nostro ordinamento un diritto "a non nascere se non sano", in quanto le norme che disciplinano l'interruzione della gravidanza la ammettono nei soli casi in cui la prosecuzione della stessa o il parto comportino un grave pericolo per la salute o la vita della donna, legittimando pertanto la sola madre ad agire per il risarcimento dei danni. In tal senso, Cass., 20 agosto 2013, n. 19220, in *Giur. it*., 2013, 1724, con nota di V. CARBONE, *Consenso informato. Non basta la sottoscrizione di un modulo prestampato*.

[72] Cass. 2 luglio 2010, n. 15734, in *Resp. civ. prev*., 2011, 3, 603 ss., con nota di G. MUSOLINO, *La re-*



In ultima analisi, giungendo al secondo profilo su cui la sentenza suggerisce di orientare ulteriormente la riflessione, soffermando l'attenzione, sotto un profilo giusprivatistico, sull'atto e sul rapporto di consumo del farmaco come prodotto, e quindi al di fuori della procedura del consenso informato posta in atto come presupposto della terapia farmacologica, se il parametro delle legittime aspettative dei consumatori rilevante ai fini della valutazione della sicurezza dei farmaci presuppone la considerazione non del giudizio di un singolo, ma di una categoria (i consumatori) vasta quanto indeterminata, ne deriva che occorre porre in essere azioni positive che promuovano la consapevolezza dei consumatori.

A tal fine, un ruolo primario dovrebbe rivestire l'educazione al consumo. È stato osservato in dottrina che la scelta di anticipare la tutela del consumatore, attraverso una precisa strategia di attenzione a tutte le fasi del processo di consumo in un'ottica di *consumer behavior*, trova il fulcro e la sua espressione proprio nel riconoscimento del diritto all'educazione [73]; la tutela effettiva di siffatto diritto richiede necessariamente azioni ed interventi che consentano al consumatore una scelta consapevole e, in questo caso, non pregiudizievole per i propri interessi, non solo quelli squisitamente economici [74].

In tal senso se l'educazione è strumentale alla corretta valutazione delle informazioni, la maggiore protezione del consumatore non può prescindere dalla predisposizione di appositi strumenti educativi; sotto quest'aspetto, si deve rilevare, tuttavia, che ancora mancano regole precise, per cui il diritto all'educazione rimane, purtroppo, quasi sulla carta ed inattuato, almeno fintantoché non si individuino i soggetti attivi di questo processo educativo.

---

sponsabilità professionale del farmacista nella dispensazione dei farmaci (Commento a Cass. civ. 2 luglio 2010, n. 15734), secondo cui "Il farmacista il quale consegni al cliente farmaci senza ricetta, quando quest'ultima sia prescritta, tiene una condotta colposa ed illegittima, idonea a far sorgere la responsabilità del farmacista stesso ove i suddetti farmaci abbiano causato un danno al cliente, senza che il farmacista possa invocare, come scriminante, la consapevole accettazione del farmaco da parte del cliente, l'avere egli indicato le modalità di uso o somministrazione del medicinale o l'essersi affidato al fatto che il cliente avrebbe saputo fare del prodotto un uso conforme alle istruzioni contenute nella confezione".

[73] M. COSTABILE, F. RICOTTA, *Il diritto all'educazione nella prospettiva aziendalistica*, in G. ALPA-L. ROSSI CARLEO, *Codice del Consumo*, cit., 113; L. ROSSI CARLEO, art. 4, *Educazione del consumatore*, *ivi*, 115 ss.

[74] A.P. SEMINARA, (in *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr.*, 2018, 6, 689 ss.), sottolinea che "In passato si riteneva che la tutela del consumatore dovesse limitarsi ad assicurare una corretta e chiara informazione sul contenuto contrattuale. Successivamente, si rafforzò la consapevolezza che "occorreva agire sul livello della consapevolezza del consumatore prima della contrattazione, perché i rimedi funzionali alla non corretta esecuzione del rapporto erano in molti, troppi casi, inefficaci". Il giurista ha preso, dunque, coscienza della necessità di estendere la tutela normativa anche a momenti che, sebbene ancora distanti da circostanze "para-contrattuali", assumono una rilevanza tutt'altro che indifferente per la libertà (anche contrattuale) del consumatore".



Viene fatto di rilevare, concludendo, che, probabilmente, l'implementazione di un'efficace rete educativa troverebbe e trova sicuramente un legittimo fondamento nella sussidiarietà orizzontale, in virtù della quale andrebbero, peraltro, rivalutati i compiti di informazione e di educazione dei corpi intermedi [75], sia di quelli preposti ad attività di educazione per il proprio scopo sociale, che delle associazioni dei consumatori, e, non da ultimo, delle associazioni professionali, e di categoria [76].

Sussiste la necessità di porre l'accento non solo sul processo informativo, che è logicamente e cronologicamente più vicino all'atto di consumo, ma anche a quello formativo, destinato a ridurre le liti, eliminare le asimmetrie informative, prevenire gli abusi e i comportamenti commercialmente scorretti, ma altresì capace di fare da veicolo e supporto all'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali riconosciuti dalle Convenzioni nei rapporti interprivati, per renderne effettiva la tutela preventiva, realizzando, in ultima analisi, un più efficace bilanciamento tra iniziativa economica e tutela della persona.

[75] E. BATTELLI, *Il ruolo dei corpi intermedi nel modello italiano di società pluralista*, in *Pol. dir.*, 2018, 2, 258 ss.; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in *Giust. civ*., 2014, 2, 381 ss., secondo cui la "esplicitazione costituzionale della sussidiarietà orizzontale (o sociale) imprime all'iniziativa ed all'autonomia privata un significativo supporto, fornendo, anzitutto, un criterio di orientamento ed una chiave di lettura delle disposizioni che incidono sull'agire dei privati"; secondo l'A. ciò comporta un ritrarsi dell'iniziativa pubblica in ambiti in cui possono essere poste in essere "attività di interesse generale", individuando quello delle attestazioni di qualità.

[76] Cass. 2 luglio 2010, n. 15734, cit.



CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. II, SENT. 5 MARZO 2020, C-679/18

L'articolo 8 della direttiva 2008/48, letto congiuntamente con l'articolo 23 della direttiva 2008/48, deve essere interpretato nel senso che, da un lato, impone al giudice nazionale di esaminare d'ufficio l'esistenza di una violazione dell'obbligo precontrattuale del creditore di valutare il merito creditizio del consumatore e di trarre le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano da una violazione di tale obbligo senza attendere che il consumatore formuli una domanda a tal fine, purché, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, la sanzione sia efficace, proporzionata e dissuasiva; dall'altro, osta a una disciplina nazionale in forza della quale la violazione da parte del creditore del suo obbligo precontrattuale di valutare il merito creditizio del consumatore è sanzionata con la nullità del contratto di credito, corredata dall'obbligo per tale consumatore di restituire il capitale al creditore entro un termine commisurato alle proprie possibilità, solo a condizione che l'eccezione di nullità sia sollevata dal consumatore entro un termine di prescrizione triennale, giacché tale termine rende impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

...Omissis...

Nella causa C-679/18,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Okresní soud v Ostravě (Tribunale circoscrizionale di Ostrava, Repubblica ceca), con decisione del 25 ottobre 2018, pervenuta in cancelleria il 5 novembre 2018, nel procedimento

O.

Contro

G.,

LA CORTE (SECONDA SEZIONE),

composta da A. Arabadjiev, presidente di sezione, T. von Danwitz e A. Kumin (relatore), giudici,



avvocato generale: J. Kokott,

cancelliere: M. Longar, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 4 settembre 2019,

considerate le osservazioni presentate:

– per il governo ceco, da M. Smolek, J. Vláčil e S. Šindelková, in qualità di agenti;

– per il governo portoghese, da L. Inez Fernandes, P. Barros da Costa, M. J. Marques e C. Farto, in qualità di agenti;

– per la Commissione europea, da G. Goddin e P. Němečková, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 14 novembre 2019,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 8 e 23 della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio (GU 2008, L 133, pag. 66, e rettifiche in GU 2009, L 207, pag. 14, GU 2010, L 199, pag. 40 e GU 2011, L 234, pag. 46).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la O. e G. in merito a una domanda di pagamento di somme ancora dovute in forza di un contratto di credito, credito che tale società aveva concesso a quest'ultima.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3. I considerando 7, 9, 26, 28 e 47 della direttiva 2008/48 sono così formulati:

«(7) Per facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo è necessario prevedere un quadro comunitario armonizzato in una serie di settori fondamentali (...)

(...)

(9) È necessaria una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno. Pertanto, agli Stati membri non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla presente direttiva. Tuttavia, tale restrizione dovrebbe essere applicata soltanto nelle materie armonizzate dalla presente direttiva. Laddove tali disposizioni armonizzate mancassero, gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre norme nazionali. (...)



Un altro esempio di questa possibilità offerta agli Stati membri potrebbe essere quello del mantenimento o dell'introduzione di disposizioni nazionali sull'annullamento del contratto di vendita di merci o di prestazione di servizi se il consumatore esercita il diritto di recesso dal contratto di credito. (...)

(...)

(26) (...) In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminare valutazione del merito creditizio, e gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse. (...) [I] creditori dovrebbero avere la responsabilità di verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori. A tal fine dovrebbero poter utilizzare le informazioni fornite dal consumatore non soltanto durante la preparazione del contratto di credito in questione, ma anche nell'arco di una relazione commerciale di lunga data. Le autorità degli Stati membri potrebbero inoltre fornire istruzioni e orientamenti appropriati ai creditori e i consumatori, dal canto loro, dovrebbero agire con prudenza e rispettare le loro obbligazioni contrattuali.

(...)

(28) Al fine di valutare lo status di merito creditizio di un consumatore, il creditore dovrebbe anche consultare le banche dati pertinenti; le circostanze di fatto e di diritto possono richiedere che tali consultazioni assumano ampiezza diversa. (...)

(...)

(47) Gli Stati membri dovrebbero stabilire norme sulle sanzioni applicabili in caso di violazione delledisposizioni interne adottate a norma della presente direttiva ed assicurarne l'attuazione. Benché la scelta delle sanzioni sia lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, le sanzioni previste dovrebbero essere effettive, proporzionate e dissuasive».

4. L'articolo 8 di tale direttiva, rubricato «Obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore», al suo paragrafo 1, prevede quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente. Gli Stati membri la cui normativa prevede già una valutazione del merito creditizio del consumatore consultando una banca dati pertinente possono mantenere tale obbligo».

5. L'articolo 23 di detta direttiva, intitolato «Sanzioni», così dispone:

«Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di



violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive».

Diritto ceco

La legge n. 257/2016, sul credito al consumo

6. La direttiva 2008/48 è stata trasposta nel diritto ceco dallo zákon č. 257/2016 Sb., o spotřebitelském úvěru (legge n. 257/2016, sul credito al consumo).

7. L'articolo 86 di tale legge, rubricato «Verifica del merito creditizio del consumatore», prevede quanto segue:

«(1) Il creditore, prima della conclusione di un contratto di credito al consumo o della modifica di un'obbligazione derivante da tale contratto consistente in un aumento significativo dell'importo totale del credito di consumo, valuta il merito creditizio del consumatore sulla base delle informazioni necessarie, attendibili, sufficienti e proporzionate da lui fornite, e, ove necessario, ottenute da una banca dati che consenta di valutare il merito creditizio del consumatore o da altre fonti. Il creditore eroga il credito soltanto se dai risultati della valutazione del merito creditizio del consumatore, emerge che non sussistono ragionevoli dubbi quanto alla capacità del consumatore di rimborsare il credito.

(2) Il creditore, nel valutare il merito creditizio del consumatore, verifica in particolare la capacità di quest'ultimo di rimborsare le rate periodiche negoziate del credito al consumo, confrontando i redditi e le spese del consumatore, e il modo di adempimento delle obbligazioni relative ai debiti finora assunti. Egli prende in considerazione il valore del patrimonio solo se dal contratto di credito concluso con un consumatore risulta che il credito al consumo dev'essere parzialmente o completamente rimborsato con i proventi della vendita del patrimonio del consumatore, e non mediante rate periodiche oppure se dalla situazione finanziaria del consumatore emerge che questi è in grado di rimborsare il credito al consumo indipendentemente dal suo reddito».

8. L'articolo 87 di detta legge, intitolato «Conseguenze della violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore», al suo paragrafo 1, prevede quanto segue:

«Il contratto è nullo se il creditore eroga il credito al consumo al consumatore in violazione dell'articolo 86, paragrafo 1, seconda frase. Il consumatore può eccepire la nullità entro un termine di prescrizione triennale decorrente dalla data di conclusione del contratto. Il consumatore è tenuto a rimborsare il capitale del credito al consumo concesso entro un termine ragionevole commisurato alle proprie possibilità».

La legge n. 89/2012, recante il Codice civile



9. L'articolo 586 del zákon č. 89/2012, občanský zákoník (legge n. 89/2012, recante il Codice civile), così dispone:

«(1) Se la nullità di un atto giuridico è prevista per tutelare gli interessi di una determinata persona, l'eccezione di nullità può essere sollevata esclusivamente da tale persona.

(2) Se la persona legittimata non eccepisce la nullità dell'atto giuridico, questo si presume valido».

PROCEDIMENTO PRINCIPALE E QUESTIONI PREGIUDIZIALI

10. Il 21 aprile 2017 G. ha concluso, a distanza, un contratto di credito rotativo con l'O., sulla base del quale quest'ultima ha fornito a G. una somma pari a 4 900 corone ceche (CZK) (EUR 192 circa).

11 Poiché G. non ha onorato le rate dovute, l'O., il 7 giugno 2018, ha adito l'Okresní soud v Ostravě (Tribunale circoscrizionale di Ostrava, Repubblica ceca), al fine di ottenere la condanna di G. al versamento di una somma pari a CZK 7 839 (EUR 307 circa) maggiorata degli interessi legali di mora a partire dal 1o ottobre 2017 fino al pagamento integrale di tale somma.

12 Dalla decisione di rinvio emerge che, nel corso del procedimento principale, da un lato, l'O. non avrebbe affermato, e tanto meno fornito la prova, che, prima della conclusione del contratto di credito di cui trattasi, essa aveva valutato il merito creditizio del debitore.

13. Dall'altro lato, G. non avrebbe eccepito la nullità del contratto derivante da tale fatto. Orbene, in forza dell'articolo 87, paragrafo 1, della legge n. 257/2016, sul credito al consumo, la sanzione della nullità del contratto di credito si applicherebbe solo su richiesta del consumatore. Il giudice del rinvio ritiene che una siffatta norma sia contraria alla tutela del consumatore, quale garantita dalla direttiva 2008/48.

14. A tal riguardo, tale giudice rileva che, in primo luogo, secondo una consolidata giurisprudenza degli organi giurisdizionali cechi e secondo la dottrina ceca, al giudice nazionale è fatto divieto di applicare d'ufficio la sanzione della nullità relativa derivante dall'articolo 87, paragrafo 1, della legge n. 257/2016, sul credito al consumo. In secondo luogo, ad avviso di detto giudice, è estremamente raro che i consumatori, i quali nella maggioranza delle controversie in materia di credito al consumo non sono rappresentati da un avvocato, sollevino un'eccezione di nullità del contratto a motivo del fatto che il creditore non aveva valutato il loro merito creditizio.

15. Inoltre, il giudice del rinvio si chiede se un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla direttiva 2008/48, la quale implicherebbe l'obbligo del giudice nazionale



di applicare d'ufficio la sanzione prevista dall'articolo 87, paragrafo 1, della legge n. 257/2016, sul credito al consumo, non condurrebbe a un'interpretazione contra legem.

16. In tali circostanze, l'Okresní soud v Ostravě (Tribunale circoscrizionale di Ostrava) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 8, in combinato disposto con l'articolo 23 della direttiva 2008/48 osti a una normativa nazionale che per la violazione, da parte del creditore, dell'obbligo ad esso incombente di valutare, prima della conclusione del contratto di credito, il merito creditizio del consumatore preveda una sanzione consistente nella nullità del contratto di credito associata all'obbligo del consumatore di rimborsare al creditore il capitale prestato entro un termine commisurato alle proprie possibilità, ma tale sanzione (di nullità del contratto di credito) si applichi solo nel caso in cui il con sumatore la invochi (ossia eccepisca la nullità del contratto) entro un termine di prescrizione triennale.

2) Se l'articolo 8, in combinato disposto con l'articolo 23 della direttiva [2008/48] stabilisca l'obbligo, per il giudice nazionale, di applicare d'ufficio (quindi anche nel caso in cui il consumatore non la invochi attivamente) la sanzione prevista dalla normativa nazionale per la violazione, da parte del creditore, dell'obbligo ad esso incombente di valutare il merito creditizio del consumatore».

SULLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

17. Con le sue questioni pregiudiziali, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 8 della direttiva 2008/48, in combinato disposto con l'articolo 23 di quest'ultima, debba essere interpretato nel senso che, da un lato, impone a un giudice nazionale di esaminare d'ufficio l'esistenza di una violazione dell'obbligo precontrattuale del creditore di valutare il merito creditizio del consumatore, previsto dall'articolo 8 di tale direttiva, e di trarre le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano da una violazione di tale obbligo e, dall'altro, osta a un sistema nazionale in forza del quale una siffatta violazione è sanzionata con la nullità del contratto di credito, corredata dall'obbligo per tale consumatore di restituire il capitale a detto creditore entro un termine commisurato alle proprie possibilità, solo a condizione che detto consumatore faccia valere tale nullità entro un termine di prescrizione triennale.

18. A tal riguardo, occorre constatare che la Corte ha ribadito più volte l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere d'ufficio all'esame della violazione di talune disposizioni di diritto dell'Unione in materia di consumatori (sentenza del 21 aprile



2016, Radlinger e Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, punto 62 nonché giurisprudenza ivi citata).

19. Una tale esigenza è giustificata dalla considerazione che, secondo costante giurisprudenza della Corte, il sistema di tutela si fonda sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione d'inferiorità rispetto al professionista, per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado d'informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse (sentenza del 21 aprile 2016, Radlinger e Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, punto 63 nonché giurisprudenza ivi citata).

20. Dall'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2008/48, letto alla luce del considerando 28 di quest'ultima, emerge che prima della conclusione di un contratto di credito, il creditore è tenuto a valutare il merito creditizio del consumatore e tale obbligo può, se del caso, includere la consultazione delle banche dati pertinenti. A tal riguardo, si deve rammentare che detto obbligo persegue l'obiettivo, conformemente al considerando 26 di tale direttiva, di responsabilizzare il creditore e di evitare che quest'ultimo eroghi un credito a consumatori insolvibili.

21. Inoltre, un siffatto obbligo, nella misura in cui mira a tutelare i consumatori contro i rischi di sovraindebitamento e di insolvenza, contribuisce alla realizzazione dell'obiettivo della direttiva 2008/48 che consiste, come emerge dai considerando 7 e 9 della medesima, nel prevedere, in materia di credito ai consumatori, un'armonizzazione completa ed imperativa in una serie di settori fondamentali, la quale è ritenuta necessaria per garantire a tutti i consumatori dell'Unione europea un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e per facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo (sentenza del 27 marzo 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, EU:C:2014:190, punto 42). Di conseguenza, tale obbligo riveste, per il consumatore, un'importanza fondamentale.

22. Inoltre, sussiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere la norma giuridica intesa a tutelarlo (sentenza del 21 aprile 2016, Radlinger e Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, punto 65 e giurisprudenza ivi citata).

23. Dalle considerazioni che precedono risulta che, come affermato dalla Corte in merito all'osservanza dell'obbligo di informazione previsto dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/48, che contribuisce anche alla realizzazione dell'obiettivo di tale direttiva, come ricordato al punto 21 della presente sentenza, l'effettiva tutela del consumatore non potrebbe essere conseguita se il giudice nazionale non fosse tenuto, dal mo-



mento in cui dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari a tal fine, ad esaminare d'ufficio il rispetto dell'obbligo del creditore, sancito dall'articolo 8 di detta direttiva (v., per analogia, sentenza del 21 aprile 2016, Radlinger e Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, punti 66 e 70).

24. Inoltre, una volta che il giudice nazionale abbia rilevato d'ufficio la violazione di tale obbligo, è tenuto, senza attendere che il consumatore presenti una domanda a tale scopo, a trarre tutte le conseguenze derivanti, secondo il diritto nazionale, da una siffatta violazione, a condizione che sia rispettato il principio del contraddittorio e che le sanzioni istituite da quest'ultimo rispettino i requisiti dell'articolo 23 della direttiva 2008/48, quali interpretati dalla Corte (v., in tal senso, sentenza del 21 aprile 2016, Radlinger e Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, punti 71, 73 e 74). A tal riguardo, occorre rammentare che l'articolo 23 di tale direttiva prevede, da un lato, che il regime di sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma dell'articolo 8 di detta direttiva, deve essere definito in modo tale che le sanzioni siano efficaci, proporzionate nonché dissuasive e, dall'altro, che gli Stati membri adottino tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Entro tali limiti, la scelta del suddetto regime di sanzioni è lasciata alla discrezionalità degli Stati membri (v., in tal senso, sentenza del 27 marzo 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, EU:C:2014:190, punto 43).

25. Peraltro, secondo una giurisprudenza costante relativa al principio di leale cooperazione, sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE, pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto dell'Unione siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto nazionale simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere efficace, proporzionato e dissuasivo (sentenza del 27 marzo 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, EU:C:2014:190, punto 44 e giurisprudenza ivi citata).

26. Inoltre, la Corte ha statuito che la severità delle sanzioni deve essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono, garantendo, in particolare, un effetto realmente dissuasivo, fermo restando il rispetto del principio generale di proporzionalità (sentenza del 9 novembre 2016, Home Credit Slovakia, C-42/15, EU:C:2016:842, punto 63 e giurisprudenza ivi citata).

27. Si deve aggiungere che spetta ai giudici nazionali, gli unici competenti a interpretare e applicare il diritto nazionale, verificare se, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, dette sanzioni soddisfino siffatti requisiti e siano efficaci, proporzionate e dissuasive.



28. La Corte, nel pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale, può tuttavia fornire precisazioni dirette a guidare detti giudici nella loro valutazione (v., per analogia, sentenza del 21 novembre 2018, de Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, punto 91 e giurisprudenza ivi citata).

29. Nel caso di specie, secondo le indicazioni contenute nel rinvio pregiudiziale, la violazione dell'obbligo precontrattuale del creditore di verificare il merito creditizio del debitore, imposto dall'articolo 86 della legge n. 257/2016, sul credito al consumo, è sanzionata, conformemente all'articolo 87 di tale legge, dalla nullità del contratto di credito, corredata dall'obbligo per il consumatore di restituire al creditore solo il capitale entro un termine commisurato alle proprie possibilità, a condizione che tale consumatore eccepisca tale nullità entro un termine di prescrizione triennale, a partire dalla stipula del contratto. Pertanto, in caso di applicazione della sanzione prevista da detta legge, ossia la nullità del contratto di credito, il creditore perde il diritto al versamento degli interessi e delle spese concordati.

30. A tal riguardo, occorre rilevare che, nei limiti in cui l'applicazione di una siffatta sanzione fa sì che il creditore non abbia più diritto agli interessi e alle spese concordati, detta sanzione sembra adeguata alla gravità delle violazioni che essa reprime e, in particolare, comporta un effetto realmente dissuasivo (v., in tal senso, sentenze del 27 marzo 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, EU:C:2014:190, punti 52 e 53, e del 9 novembre 2016, Home Credit Slovakia, C-42/15, EU:C:2016:842, punto 69).

31. Si deve precisare che, tenuto conto dell'importanza dell'obiettivo di tutela dei consumatori inerente all'obbligo di verifica, da parte del creditore, del merito creditizio del debitore, la Corte ha già statuito che se la sanzione della decadenza dagli interessi venisse, in pratica, mitigata, ovvero puramente e semplicemente eliminata, ne discenderebbe necessariamente che essa non presenta un carattere realmente dissuasivo (v., in tal senso, sentenza del 27 marzo 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, EU:C:2014:190, punti 52 e 53).

32. Dalla decisione di rinvio emerge che l'applicazione della sanzione della nullità del contratto di credito è subordinata alla condizione che il consumatore invochi tale nullità entro un termine di prescrizione triennale. A quest'ultimo proposito, si deve rammentare che, secondo una giurisprudenza costante, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in virtù del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, stabilire le modalità procedurali intese a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto dell'Unione, a condizione, tuttavia, che dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che



disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenza del 18 dicembre 2014, CA Consumer Finance, C-449/13, EU:C:2014:2464, punto 23).

33. Per quanto attiene al principio di equivalenza, si deve rilevare che la Corte non dispone di alcun elemento idoneo a sollevare un dubbio in merito alla conformità a tale principio della condizione relativa al termine di prescrizione di cui trattasi nel procedimento principale.

34. Per quanto riguarda il principio di effettività, è sufficiente rammentare che, come emerge dai punti 23 e 24 della presente sentenza, la tutela effettiva del consumatore richiede che, in una situazione in cui il creditore esercita un'azione fondata sul contratto di credito nei confronti del consumatore, il giudice nazionale esamini d'ufficio il rispetto, da parte del creditore, dell'obbligo di cui all'articolo 8 della direttiva 2008/48 e, se constata una violazione di tale obbligo, ne tragga le conseguenze previste dal diritto nazionale, senza attendere che il consumatore presenti una domanda a tal fine, fatto salvo il rispetto del principio del contraddittorio.

35. Per quanto attiene a una sanzione quale la nullità del contratto di credito, corredata dall'obbligo di restituzione del capitale, si deve precisare che, qualora il consumatore esprima un parere sfavorevole all'applicazione di una siffatta sanzione, tale parere deve essere preso in considerazione (v., per analogia, sentenze del 4 giugno 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, punto 33, e del 21 febbraio 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, punto 35).

36. Da tali elementi risulta che il principio di effettività osta alla condizione secondo cui la sanzione della nullità del contratto di credito, corredata dall'obbligo di restituzione del capitale, applicabile in caso di violazione, da parte del creditore, dell'obbligo di cui all'articolo 8 della direttiva 2008/48, deve essere sollevata dal consumatore entro un termine di prescrizione triennale.

37. Tale conclusione non può essere rimessa in discussione dall'argomento invocato dal governo ceco, nelle sue osservazioni scritte, secondo cui le disposizioni nazionali relative al controllo prudenziale degli istituti di credito prevedono anche una sanzione amministrativa sotto forma di ammenda di un importo fino a 20 milioni di CZK (EUR 783 000 circa) in caso di concessione di un credito in violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore.

38. Infatti, si deve rilevare che, all'udienza, la Commissione europea ha sostenuto, senza essere contraddetta, che l'autorità ceca di vigilanza competente, vale a dire la Ban-



ca nazionale ceca, non ha mai comunicato decisioni riguardanti l'imposizione di ammende per violazione, da parte del creditore, di tale obbligo. Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 82 delle sue conclusioni, siffatte sanzioni non sono di per sé idonee a garantire in modo sufficientemente effettivo la tutela dei consumatori contro i rischi di sovraindebitamento e di insolvibilità perseguita dalla direttiva 2008/48, nei limiti in cui esse non incidono sulla situazione di un consumatore al quale sarebbe stato erogato un contratto di credito in violazione dell'articolo 8 di tale direttiva.

39. In ogni caso, dal momento che il legislatore nazionale ha previsto, come nel caso di specie, per sanzionare una siffatta violazione, oltre ad una sanzione amministrativa, una sanzione di diritto civile che può andare a vantaggio del consumatore interessato, tale sanzione, tenuto conto dell'importanza particolare che la direttiva 2008/48 riconosce alla tutela dei consumatori, deve essere attuata nel rispetto del principio di effettività.

40. Infine, secondo le indicazioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale, secondo una consolidata giurisprudenza degli organi giurisdizionali cechi, sarebbe fatto divieto al giudice nazionale di applicare d'ufficio la sanzione della nullità del contratto di credito, corredata dall'obbligo di restituzione del capitale, previsto in caso di violazione dell'obbligo precontrattuale del creditore di valutare il merito creditizio del consumatore.

41. Per quanto attiene a tale divieto, si deve rammentare che, conformemente a una giurisprudenza costante della Corte, nell'applicare il diritto interno i giudici nazionali sono tenuti a interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e della finalità della direttiva 2008/48, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'articolo 288, terzo comma, TFUE. Tale obbligo d'interpretazione conforme del diritto nazionale attiene infatti al sistema del Trattato FUE, in quanto permette ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte (sentenza del 21 aprile 2016, Radlinger e Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, punto 79).

42. Inoltre, la Corte ha più volte affermato che il principio d'interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima (v., in tal senso, sentenza del 24 gennaio 2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).

43. Si deve aggiungere che i giudici nazionali, inclusi quelli che statuiscono in ultima istanza, devono modificare, se del caso, una giurisprudenza nazionale consolidata se



questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva (v., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2019, Pohotovosť, C-331/18, EU:C:2019:665, punto 56 e giurisprudenza ivi citata).

44. Ne consegue che il giudice del rinvio non può validamente ritenere, nel procedimento principale, di trovarsi nell'impossibilità di interpretare le disposizioni nazionali di cui trattasi conformemente al diritto dell'Unione per il solo fatto che tali disposizioni sono state interpretate, dagli organi giurisdizionali cechi, in un senso che è incompatibile con tale diritto. Pertanto, spetta al giudice del rinvio garantire la piena efficacia della direttiva 2008/48 disapplicando, ove necessario, di propria iniziativa, l'interpretazione accolta dagli organi giurisdizionali cechi, qualora tale interpretazione non sia compatibile con il diritto dell'Unione (v., per analogia, sentenza dell'8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, punti 69 e 70, nonché giurisprudenza ivi citata).

45. Tuttavia, tale obbligo di interpretazione conforme trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quello della certezza del diritto, nel senso che non può servire da fondamento per un'interpretazione contra legem del diritto nazionale.

46. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni pregiudiziali dichiarando che gli articoli 8 e 23 della direttiva 2008/48 devono essere interpretati nel senso che impongono a un giudice nazionale di esaminare d'ufficio l'esistenza di una violazione dell'obbligo precontrattuale del creditore di valutare il merito creditizio del consumatore, previsto dall'articolo 8 di tale direttiva, e di trarre le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano da una violazione di tale obbligo, a condizione che le sanzioni soddisfino i requisiti di detto articolo 23. Gli articoli 8 e 23 della direttiva 2008/48 devono altresì essere interpretati nel senso che essi ostano a una disciplina nazionale in forza della quale la violazione da parte del creditore del suo obbligo precontrattuale di valutare il merito creditizio del consumatore è sanzionata con la nullità del contratto di credito, corredata dall'obbligo per tale consumatore di restituire il capitale al creditore entro un termine commisurato alle proprie possibilità, solo a condizione che detto consumatore eccepisca tale nullità entro un termine di prescrizione triennale.

Sulle spese

47. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.



Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

Gli articoli 8 e 23 della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, devono essere interpretati nel senso che impongono a un giudice nazionale di esaminare d'ufficio l'esistenza di una violazione dell'obbligo precontrattuale del creditore di valutare il merito creditizio del consumatore, previsto dall'articolo 8 di tale direttiva, e di trarre le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, discendono da una violazione di tale obbligo, a condizione che le sanzioni soddisfino i requisiti di detto articolo 23. Gli articoli 8 e 23 della direttiva 2008/48 devono altresì essere interpretati nel senso che essi ostano a una disciplina nazionale in forza della quale la violazione da parte del creditore del suo obbligo precontrattuale di valutare il merito creditizio del consumatore è sanzionata con la nullità del contratto di credito, corredata dall'obbligo per tale consumatore di restituire il capitale al creditore entro un termine commisurato alle proprie possibilità, solo a condizione che detto consumatore eccepisca tale nullità entro un termine di prescrizione triennale.

JUS CIVILE



ALBERTO AZARA

Dottore di ricerca – Università La Sapienza di Roma

VERIFICA DEL MERITO CREDITIZIO E TUTELE DEL CONSUMATORE

SOMMARIO: *1. Le due questioni pregiudiziali (sentenza C-679/18). – 2. La soluzione della Corte di Giustizia sulla prima questione pregiudiziale: l'obbligo di applicare d'ufficio la sanzione della nullità. – 3. Verifica del merito creditizio e tutele del consumatore nel diritto italiano. Il rimedio risarcitorio. – 4.* Segue*. Norma "a struttura aperta" e nullità del contratto di credito al consumo. – 5.* Segue*. La nullità del contratto di credito al consumo per contrarietà all'art. 1418, comma 1, cod. civ. – 6. Sulla seconda questione pregiudiziale: l'eccessiva difficoltà nell'esercizio del diritto.*

1. – La sentenza C-679/18 della Corte di Giustizia dell'UE, emessa a seguito del rinvio pregiudiziale di un Tribunale della Repubblica Ceca, prende in esame l'interpretazione degli artt. 8 e 23 della direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa ai contratti di credito ai consumatori.

Muoviamo dal testo delle due disposizioni.

L'art. 8 della direttiva 2008/48/CE, rubricato «[o]bbligo di verifica del merito creditizio del consumatore», stabilisce che «[g]li Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente». L'art. 23 della direttiva 2008/48/CE, rubricato «[s]anzioni», così dispone: «[g]li Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive».

La direttiva 2008/48/CE è stata recepita dal legislatore della Repubblica Ceca, il quale ha previsto che la violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio implica la nullità del contratto (art. 87 della l. n. 257/2016). L'art. 87, par. 1, della l. n. 257/2016



così delinea lo statuto giuridico della nullità: «Il consumatore può eccepire la nullità entro un termine di prescrizione triennale decorrente dalla data di conclusione del contratto. Il consumatore è tenuto a rimborsare il capitale del credito al consumo concesso entro un termine ragionevole commisurato alle proprie possibilità».

Il giudice del rinvio precisa che, secondo una consolidata giurisprudenza, al giudice nazionale è fatto divieto di applicare d'ufficio la sanzione della nullità relativa derivante dall'art. 87, par. 1, della l. n. 257/2016.

Vengono così poste due questioni pregiudiziali: (i) se l'art. 8, in combinato disposto con l'art. 23 della direttiva 2008/48/CE, stabilisca l'obbligo, per il giudice nazionale, di applicare d'ufficio la sanzione della nullità nel caso di violazione, da parte del creditore, dell'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore; (ii) se il termine triennale di prescrizione della eccezione di nullità sia compatibile con il diritto europeo.

2. – La posizione della Corte di Giustizia sul primo tema è molto chiara: per realizzare una tutela effettiva del consumatore (parte debole del rapporto, in situazione di inferiorità rispetto al professionista) è necessario che il giudice nazionale esamini d'ufficio il rispetto dell'obbligo di verifica del merito creditizio gravante sul creditore. Codesto obbligo – afferma la Corte – «mira a tutelare i consumatori contro i rischi di sovraindebitamento e di insolvenza», sicché esso «riveste, per il consumatore, un'importanza fondamentale».

Muovendo da questa premessa viene fissato il seguente principio: «la tutela effettiva del consumatore richiede che, in una situazione in cui il creditore esercita un'azione fondata sul contratto di credito nei confronti del consumatore, il giudice nazionale esamini d'ufficio il rispetto, da parte del creditore, dell'obbligo di cui all'articolo 8 della direttiva 2008/48 e, se constata una violazione di tale obbligo, ne tragga le conseguenze previste dal diritto nazionale, senza attendere che il consumatore presenti una domanda a tal fine, fatto salvo il rispetto del principio del contraddittorio».

Né sarebbe sufficiente – soggiungono i giudici di Lussemburgo – prevedere una sanzione amministrativa, poiché le sanzioni amministrative «non sono di per sé idonee a garantire in modo sufficientemente effettivo la tutela dei consumatori contro i rischi di sovraindebitamento e di insolvibilità perseguita dalla direttiva 2008/48», poiché codeste sanzioni «non incidono sulla situazione di un consumatore al quale sarebbe stato erogato un contratto di credito in violazione dell'articolo 8 di tale direttiva».

In precedenti pronunce la Corte di Giustizia si era occupata dell'obbligo di verifica del



merito creditizio, prendendo posizione sulla conformità della sanzione stabilita dal legislatore nazionale in relazione ai criteri enunciati dall'art. 23 della direttiva 2008/48/CE.

In un caso è stata reputata in contrasto con l'art. 23 della direttiva 2008/48/CE una norma nazionale (francese) che prevedeva l'applicazione degli interessi legali, anziché convenzionali, al finanziamento concesso in violazione dell'obbligo precontrattuale di verificare il merito creditizio del consumatore consultando una banca dati pertinente [1]. In particolare, la Corte ha qualificato questa sanzione priva di una reale efficacia dissuasiva, ove il giudice del rinvio accerti che gli importi riscuotibili dal creditore in seguito all'applicazione della sanzione della decadenza dagli interessi non sono notevolmente inferiori a quelli di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore.

In un altro caso, ha reputato che, ove il consumatore non sia in grado di rimborsare il credito conformemente al contratto, l'obbligo per la banca di astenersi dal concludere il contratto di credito non è idoneo a pregiudicare l'obiettivo dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2008/48, né a rimettere in discussione «la responsabilità di principio del consumatore di vigilare sui propri interessi» [2].

La pronuncia C-679/18 si rivela innovativa perché, sino ad ora, i giudici europei non erano mai giunti a configurare un vero e proprio potere-dovere del giudice nazionale di esaminare d'ufficio il rispetto, da parte del creditore, dell'obbligo di verifica del merito creditizio [3].

3. – Volgendo lo sguardo al nostro ordinamento, la sentenza della Corte di Giustizia suscita alcuni interrogativi [4].

---

[1] CGUE 27 marzo 2014, causa C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA* contro *Fesih Kalhan*.

[2] CGUE 6 giugno 2019, causa C-58/18, *Michel Schyns* contro *Belfius Banque SA*.

[3] Con la pronuncia CGUE 21 aprile 2016, causa C-377/14, *Ernst Georg Radlinger e Helena Radlingerová contro Finway a.s.* la Corte non si era espressa sull'obbligo di verifica del merito creditizio, bensì sugli obblighi informativi stabiliti dall'art. 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/48. In particolare, i giudici avevano chiarito che l'art. 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/48 deve essere interpretato nel senso che impone a un giudice nazionale, investito di una controversia relativa a crediti derivanti da un contratto di credito ai sensi di tale direttiva, di esaminare d'ufficio il rispetto dell'obbligo di informazione previsto da tale disposizione e di trarre tutte le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano dalla violazione di tale obbligo. Questa conclusione è argomentata osservando che «la situazione di disuguaglianza del consumatore rispetto al professionista può essere riequilibrata solo mediante un intervento positivo, esterno al rapporto contrattuale, del giudice nazionale investito di tali controversie».

[4] Sull'obbligo di verifica del merito creditizio, v. *ex multis*, M. MAZZEO, *La verifica del merito di*



Quali sono i rimedi offerti al debitore per far valere la violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio? Si tratta di rimedi efficaci, proporzionati e dissuasivi?

Viene sùbito in rilievo l'art. 124 *bis* Tub, il quale prevede che «prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente» [5]. Il finanziatore deve, inoltre, aggiornare le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valutare il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito.

La legge nulla dice in ordine alle conseguenze civilistiche derivanti dalla violazione dell'obbligo di verifica [6].

---

credito, in *Obbl. contr.*, 2010, 861 ss.; A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2009, 183 s.; G. FALCONE, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, in G. FALCONE-S. BONFATTI, *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, Milano, 2011, 191 ss.; E. CATERINI, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento "finalizzato"*, in V. RIZZO-E. CATERINI-L. DI NELLA-L. MEZZASOMA (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Napoli, 2010, 49 ss.; E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, *ivi*, 65 ss.; S. LA ROCCA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio*, *ivi*, 233 ss.; L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 233 ss.; ID., *Concessione "abusiva" di credito ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2012, 492 ss.; R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 141 ss.; G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 38 ss.; E. PELLECCHIA, *Obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 1088 ss.; C. IURILLI, *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile*, in *Studium iuris*, 2014, 419 ss. e 546 ss.; G. FALCONE, *"Prestito responsabile" e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, 2017, 1, 147; F. SALERNO, *La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 10, 1423 ss.; G. LIBERATI BUCCIANTI, *Merito creditizio e obbligo di non concludere il contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, 89.

[5] Sulla valutazione del merito creditizio intesa unicamente come valutazione della capacità di rimborso individuale del consumatore v. G. FALCONE, *"Prestito responsabile" e valutazione del merito creditizio*, cit., 147 ss.

[6] Gli artt. 125 *bis* e 125 *ter* del Tub prevedono un sistema di rimedi, ma non disciplinano le conseguenze derivanti dalla violazione, da parte del finanziatore, delle regole fissate dall'art. 124 *bis* Tub Torna così a riproporsi – come segnala L. MODICA, *Concessione "abusiva" di credito ai consumatori*, cit., 508 – il c.d. «ambaradan dei rimedi» che ormai costantemente accompagna le riflessioni sui doveri di informazione. Sul problema sono ineludibili le pagine di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond e* Tango *bond)*, in *Contratto impr.*, 2005, 1225). Sul tema dei rimedi esperibili dal consumatore nell'àmbito dei contratti di credito al consumo v. M.R. MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo. La decisione della CGE 42/15 e la proporzionalità dell'apparato rimediale itali*ano, in *Banca borsa*, 2018, 134 ss.



Com'è noto, nella celebre sentenza del 2007 [7], la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha stabilito che la violazione dei doveri d'informazione del cliente gravanti sui soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni. In assenza di una espressa previsione normativa, la violazione dei doveri di comportamento non implicherebbe la nullità del contratto d'intermediazione ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ.

Sotto questa luce, l'unico rimedio per il consumatore sembrerebbe – almeno *prima facie* – l'azione risarcitoria fondata sull'artt. 1337 cod. civ., letto congiuntamente all'art. 124 *bis* Tub: il soggetto finanziato ha l'onere di proporre la domanda risarcitoria (eventualmente in via riconvenzionale) e di dimostrare il danno subìto a seguito dell'omessa o erronea verifica del merito creditizio [8].

Si tratta di una soluzione difficilmente compatibile con la disciplina europea, così come interpretata dalla Corte di Giustizia, e con gli scopi della direttiva 2008/48/CE.

Il rimedio risarcitorio non permette al giudice nazionale di esaminare d'ufficio la violazione dell'obbligo precontrattuale stabilito dall'articolo 8 della direttiva 2008/48/CE, e di trarre le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano dalla stessa.

In assenza di una specifica domanda, il giudice italiano certamente non potrebbe *ex officio* rilevare l'inadempimento del finanziatore e accordare al finanziato il risarcimento del danno, né potrebbe acquisire, senza una attività della parte, le prove necessarie per dimostrare il pregiudizio sofferto dal consumatore. L'iniziativa rimessa in via esclusiva al finanziato profila l'esistenza di un rimedio poco efficace e privo di un carattere realmente dissuasivo al pari della nullità rilevabile (nel diritto ceco) soltanto su istanza del consumatore.

---

[7] Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contratti*, 2008, 221 ss., in *Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*; in *Corr. giur*., 2008, 223 ss., con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Danno e resp*., 2008, 525 ss., con note di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf* e F. BONACCORSI, *Le sezioni unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*; in *Foro it*., 2008, I, 785, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; in *Europa dir. priv.*, 2008, 599, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*; in *Obbl. contr*., 2008, 104, con nota di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*.

[8] In questo senso sono orientati A. PRINCIPE, *Tassi di interessi e usura: una realtà ancora in fermento?*, in *Contratto impr*., 2015, 4-5, 928 ss. e G. FALCONE, *"Prestito responsabile" e valutazione del merito creditizio*, cit., 147 ss.



Né sembrerebbe possibile sostenere che i poteri riconosciuti alle *Authority* configurino un sistema rimediale efficace, proporzionato e dissuasivo ai sensi dell'art. 23 della direttiva 2008/48/CE [9]. Nella regolamentazione di settore, gli organi di vigilanza non possono, infatti, accordare tutela ai "diritti individuali", né risultano dotati di strumenti idonei a garantire un risultato analogo a quello conseguibile dinanzi all'autorità giudiziaria [10].

Anche la tesi dell'annullabilità del contratto emersa in dottrina si espone a rilievi critici nella prospettiva della Corte di Giustizia [11].

L'omessa verifica della solvibilità del consumatore determinerebbe un vizio del consenso, poiché il consumatore sarebbe indotto ad assumere obbligazioni che non avrebbe mai assunto ove avesse conosciuto la propria condizione di "immeritevolezza finanziaria".

Senonché la disciplina dell'azione di annullamento solleva nuovamente il problema della effettiva tutela offerta al consumatore, siccome l'art. 1441 cod. civ. dispone che «[l]'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge». L'inesistenza di un potere *ex officio* del giudice risulta incompatibile con l'esigenza di tutelare il consumatore, il quale si trova in una situazione d'inferiorità rispetto al professionista.

4. – I problemi suscitati dall'azione risarcitoria suggeriscono di muovere in una diversa direzione.

Proponiamo due percorsi argomentativi.

Il giurista che ripudia la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento

---

[9] Le medesime considerazioni potrebbero svolgersi con riferimento all'art. 69, comma 2, del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'art. 124 *bis* del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore. La norma tolta in esame riguarda una specifica ipotesi, sicché restano fuori dal suo campo di applicazione le ipotesi in cui il danno subìto in conseguenza di una erogazione disinvolta di credito non attinge le soglie del sovraindebitamento. Sul tema v. L. MODICA, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in questa Rivista, 2020, 3, 595 ss., nonché ID., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 228.

[10] Cfr. Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7036, ord., con nota di R. CONTI, *Pubblicità ingannevole, inibitoria collettiva e G.O.*, in *Danno e resp.*, 2006, 3, 737; Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 428; Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, in *Cons. Stato*, 2001, I, 258.

[11] G. AZADI, *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2015, 2, 285; F. SALERNO, *La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici*, cit., 1428 ss.



sarà incline a scegliere il rimedio giusto (o, se si preferisce, ragionevole) in relazione agli interessi implicati e al modo in cui l'illiceità della condotta precontrattuale è penetrata nel precetto negoziale [12]. E allora si potrà dire che la nullità, almeno in alcuni casi, è il rimedio più efficace e adeguato avendo riguardo ai molteplici interessi protetti dalla norma.

L'obbligo di verifica del merito creditizio è stato, infatti, contemplato per tutelare: (i) il finanziatore (creditore), poiché l'erronea verifica accresce il rischio di non recuperare il credito; (ii) il finanziato (debitore), poiché l'assunzione di una obbligazione onerosa condiziona il suo tenore di vita futuro; (iii) la sostenibilità del mercato bancario (profilo macro-economico), poiché finanziamenti eccessivi implicano un rischio di *default* non solo per la singola banca, ma addirittura per l'intero sistema bancario [13]; (iv) i creditori diversi dal finanziatore (profilo rilevante nelle procedure concorsuali), poiché l'ultimo finanziamento concesso determina l'insostenibilità del complesso dei debiti gravanti sul consumatore [14].

Nella prospettiva del consumatore, il rimedio demolitorio potrebbe rivelarsi il più adeguato, giacché determina in via automatica l'obbligo di restituire soltanto il capitale senza imporre allo stesso l'onere di dimostrare il danno. L'obbligo restitutorio del capitale non potrebbe risultare gravoso, ove si reputasse applicabile (in via diretta o analogica) l'art. 125 *bis*, comma 9, Tub, secondo cui, «[i]n caso di nullità del contratto, il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili» [15].

---

[12] G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, *passim*.

[13] Mette in luce la tutela dell'interesse individuale e del corretto funzionamento del mercato R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, in *Giust. civ*., 2020, 322 ss., il quale riconduce l'obbligo di valutazione del merito creditizio allo schema dell'ufficio di diritto privato.

[14] In V. SANGIOVANNI, *Contratti di credito ai consumatori ed errata verifica del merito creditizio*, in *Contratti*, 2019, 686, osserva che concedere troppo credito costituisce un rischio non solo per la banca che eroga il credito, ma anche per gli altri creditori. L'A. sostiene la tesi con il seguente esempio: «se il debitore dispone di un reddito netto di euro 1.500, può pagare senza problemi una rata mensile di mutuo immobiliare di euro 500. Tuttavia, se contrae un altro finanziamento che gli impone un'ulteriore rata mensile di euro 500, il suo onere finanziario mensile diventa di euro 1.000 e verosimilmente non sarà in grado di pagare il suo debito complessivo. Il secondo finanziatore ha cagionato un danno non solo a sé stesso, ma anche al primo finanziatore».

[15] A. MIRONE, *Sistema e sottosistema nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2014, I, 390; *contra* M. SEMERARO-A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, in E. CAPOBIANCO (a



Nella prospettiva della banca, la nullità è la sanzione più dissuasiva, poiché essa prescinde dall'esistenza di un danno e assegna al finanziatore il diritto al rimborso del solo capitale «con la stessa periodicità prevista nel contratto» (art. 125 *bis*, comma 9, Tub). Il finanziatore che viola l'obbligo di verifica del merito creditizio non potrà fare affidamento su un guadagno: concludere un contratto di finanziamento in violazione dell'art. 124 *bis* Tub equivale a concludere un contratto di finanziamento a titolo gratuito.

In definitiva, la scelta della soluzione rimediale, in costanza di norme senza sanzione (come l'art. 124 *bis* Tub), dipende dal criterio di ragionevolezza e dalla valutazione degli interessi lesi nel caso concreto [16].

In questo ragionamento non possiamo trascurare la critica rivolta alla teoria rimediale; critica che viene riassunta nella potente formula «crisi dell'effetto», intesa come aspetto della più ampia «crisi della prigione semantica» [17]. Non sarebbe possibile immaginare un interprete libero di scegliere l'effetto più adeguato, poiché verrebbero meno due canoni vincolanti: in primo luogo, la legge linguistica, che impone al giudice interprete di tenersi ai significati espressi dalle fonti materiali vigenti; in secondo luogo, la legge causale, che impone all'interprete di applicare gli effetti previsti semanticamente dalle disposizioni vigenti [18].

Nel caso in esame questi rilievi non appaiono pertinenti.

Occorre considerare che l'interpretazione delle disposizioni racchiuse negli artt. 124 *bis* Tub e 23 della direttiva 2008/48/CE restituisce una norma che potremmo definire "a struttura aperta": il legislatore italo-europeo si limita soltanto a precisare che l'effetto (ossia la sanzione) deve essere efficace, proporzionato e dissuasivo. La c.d. «prigione semantica» risulta molto estesa, sicché all'autorità giudiziaria è affidata un'ampia sfera discrezionale: qui il mutamento della classica logica giuridica discende dal radicale mutamento della tecnica legislativa.

In termini analitici la norma suona così: se il creditore ha violato l'obbligo di verifica

---

cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021, 1853, i quali, infatti, affermano che la nullità non andrebbe a vantaggio del cliente, esponendolo all'obbligo di restituire l'intero capitale e parte degli interessi.

[16] *Contra* F. SALERNO, *La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici*, cit., 2018, 10, 1428 ss., il quale osserva che la violazione delle norme di comportamento non incide sulla genesi dell'atto negoziale.

[17] Il riferimento è a M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, 211, ove si legge: «[è] necessario che alla fattispecie A segua la fattispecie B; non altra, liberamente associabile dall'interprete. Prescindendo dalla lingua delle leggi, all'interprete finisce per riconoscersi la valutazione di «adeguatezza», ossia il potere di destituire gli effetti testuali e sostituendoli con effetti metatestuali».

[18] M. ORLANDI, *Introduzione*, cit., 210.



del merito creditizio, il giudice ha il dovere di scegliere la sanzione più efficace, proporzionata e dissuasiva (ai sensi dell'art. 23 della direttiva 2008/48/CE). Non si ha una «libertà soggettiva dell'interprete» che si colloca «fuori dal sistema» [19], bensì una discrezionalità dell'interprete che è prevista e disciplinata dal sistema. L'effetto è la costituzione in capo all'organo giudicante del dovere di scegliere e applicare il rimedio più coerente con i criteri enunciati dall'art. 23 della direttiva 2008/48/CE [20]. L'ordinamento non individua il *tipo* di rimedio, ma si limita a descrivere tre caratteristiche che la conseguenza giuridica (scelta dal giudice) deve possedere.

Si potrebbe replicare affermando che, in realtà, la conseguenza derivante dalla violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio è prevista dall'ordinamento, il quale, alla violazione della regola di comportamento nella fase precontrattuale, ricollega soltanto l'obbligo di risarcire il danno (art. 1337 cod. civ.).

Questa replica non coglie nel segno, perché irrigidisce il sistema e lo rende non conforme al diritto comunitario.

La conformità con la disciplina europea si consegue soltanto immaginando una norma "a struttura aperta", che affida al giudice la scelta del rimedio più giusto in base alle circostanze concrete.

Sotto questa luce, la parziale attuazione della direttiva si risolve e converte nella creazione di una norma vaga, la quale – soltanto mercé il *medium* del giudice – potrà trovare una adeguata specificazione. La discrezionalità riconosciuta all'organo giudicante offre la garanzia di soluzioni armoniche con il diritto comunitario ed esclude che lo Stato italiano possa reputarsi inadempiente per non aver correttamente recepito la direttiva comunitaria. Il legislatore – si potrebbe dire – ha deciso di non pre-determinare il rimedio, sicché non sembra possibile indicare una soluzione valida per tutte le ipotesi in cui il contratto di credito al consumo sia stato concluso in carenza di un "reale" merito creditizio.

La tesi della nullità del contratto è la soluzione che, nel maggior numero dei casi, sembrerebbe più congrua e adeguata al soddisfacimento degli interessi coinvolti e protet-

---

[19] M. ORLANDI, *Introduzione*, cit., 211.

[20] La necessità di immaginare l'esistenza di una norma "a struttura aperta" emerge nitidamente dalla sentenza resa da CGUE 10 giugno 2021, causa C-303/20, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) S.A.* contro *KM*, ove si legge: «i giudici devono […] disporre di un potere discrezionale che consenta loro di scegliere, a seconda delle circostanze del caso di specie, la misura proporzionata alla gravità dell'inosservanza dell'obbligo accertato». Sotto questo profilo, un sistema rigido, che annette un unico effetto alla fattispecie della violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio, si pone in insanabile contrasto con la disciplina europea.



ti, nonché quella più coerente con il carattere dissuasivo della sanzione richiesto dall'art. 23 della direttiva 2008/48/CE [21]; e, tuttavia, non è escluso che la valutazione delle circostanze concrete possa indurre l'interprete a scegliere un diverso rimedio [22].

L'art. 1418, comma 1, cod. civ. non preclude questo esito, poiché, se il contratto è contrario a una norma imperativa, è prevista la nullità, «salvo che la legge», e quindi il sistema vigente, «disponga diversamente». Qui l'ordinamento italo-europeo dispone diversamente nella parte in cui serba il silenzio sul tipo di conseguenza (civilistica) derivante dalla violazione dell'obbligo e, dunque, assegna al giudice il potere-dovere di scegliere la «sanzione» più conforme ai criteri enunciati dall'art. 23 della direttiva 2008/48/CE.

5. – Il secondo percorso argomentativo resta fedele alla classica distinzione tra regole di condotta e regole di validità.

Nella nota sentenza a Sezioni Unite del 2007, la Corte osserva che «[s]e il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni – se così può dirsi – ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo» [23].

Nel caso in esame, l'art. 124 *bis* Tub nulla dice sul divieto di concludere il contratto nel caso in cui la verifica del merito creditizio non abbia dato un esito positivo.

---

[21] Nella pronuncia CGUE 21 aprile 2016, causa C-377/14, cit., si legge che, «secondo l'articolo 23 della direttiva 2008/48, le sanzioni previste in caso di violazione delle disposizioni nazionale adottate a norma di tale direttiva devono essere dissuasive. Orbene, indubbiamente, l'esame d'ufficio da parte dei giudici nazionali del rispetto delle disposizioni derivanti dalla direttiva medesima possiede tale caratteristica». Sul potere-dovere del giudice nazionale di accertare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale in applicazione artt. 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993 v., *ex multis*, CGUE 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt* contro *Csaba Csipai e Viktória Csipai*.

[22] G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 84 ss.

[23] Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit. Su questo passaggio della motivazione, v. in dottrina D. IMBRUGLIA, *Regola di adeguatezza e validità del contratto*, in *Europa dir. priv*., 2016, 372, il quale osserva che nel caso di un servizio di risparmio gestito reso in contrasto con l'art. 39, comma 6, reg. CONSOB 16190/2007 («[q]uando gli intermediari che forniscono il servizio di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafogli non ottengono le informazioni di cui al presente articolo si astengono dal prestare i menzionati servizi») «la conseguenza non può che essere quella della nullità del contratto».



L'assenza di una disposizione esplicita non impedisce all'interprete di ricavare dal sistema il divieto di contrarre in capo alla banca [24].

Nel considerando n. 26 della direttiva 2008/48/CE si osserva che «in un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminare valutazione del merito creditizio»; e si precisa che «gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse» [25].

La Corte di Giustizia afferma che i giudici nazionali sono tenuti a interpretare le disposizioni nazionali per quanto possibile alla luce del testo e della finalità della direttiva 2008/48/CE, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 288, comma 3, TFUE [26].

Il divieto di contrarre del (potenziale) finanziatore appare necessario proprio per perseguire gli scopi della direttiva 2008/48/CE [27]. Ragionando diversamente, si dovrebbe

---

[24] In questo senso A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 123 ss., il quale muove dal presupposto di un dovere generale di non immettere in circolazione, per l'integrità del mercato, dei prodotti dannosi o inadeguati; *contra* S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. e imp*., 2014, 537 ss. e L. MODICA, *Concessione "abusiva" di credito ai consumatori*, cit., 496 ss.

[25] Da ultimo la CGUE 10 giugno 2021, causa C-303/20, cit., ha chiarito che l'obbligo previsto dall'art. 8 della direttiva 2008/48/CE «persegue […] l'obiettivo di responsabilizzare il creditore e di evitare che quest'ultimo eroghi un credito a consumatori insolvibili».

[26] CGUE 10 giugno 2021, causa C-303/20, cit.

[27] Non sembrerebbe, tuttavia, orientata in questo senso la CGUE 6 giugno 2019, causa C-58/18, cit., punto 42, ove si legge che la direttiva 2008/48/CE «non contiene alcuna disposizione relativa al comportamento che il creditore deve adottare in caso di dubbi sul merito creditizio del consumatore» e che tale determinazione rimane perciò «nella competenza degli Stati membri», non rientrando quindi nell'ambito di applicazione di tale direttiva. In una diversa prospettiva si muove CGUE 18 dicembre 2014, n. 2464, causa C-449/13, *CA Consumer Finance* contro *Ingrid Bakkaus e altri*, punti 35 e 43.

Nega l'esistenza di un obbligo di astensione il Collegio Milano ABF 31 agosto 2015, n. 6429. I Collegi ABF hanno interpretato la citata norma nel senso che «la valutazione del merito creditizio e la conformità al principio di buona fede non possono essere estesi sino al punto di imporre all'intermediario di valutare, nell'interesse del cliente, la convenienza economica dell'operazione di finanziamento ed, eventualmente, di ammonire quest'ultimo circa l'insostenibilità degli impegni che lo stesso per propria volontà voglia assumere o abbia assunto» (Collegio di Milano, decisione n. 9786/16 del 3 novembre 2016) e hanno rilevato che una responsabilità del finanziatore per l'erogazione di credito irresponsabile può sussistere «soltanto in ipotesi di lapalissiana violazione del dovere di buona fede nella fase di formazione del contratto di finanziamento» (Collegio di Napoli, decisione n. 1067/18 del 16 gennaio 2018). Da ultimo il Collegio di Napoli ha precisato che «[n]el silenzio del legislatore […] l'unica conseguenza astrattamente applicabile alla concessione del credito ad un cliente non meritevole (per omessa o errata valutazione del merito creditizio) è il



immaginare in capo alla banca un mero obbligo di comunicare l'esito della valutazione; e, tuttavia, codesto obbligo di comunicazione non accompagnato da un divieto di contrarre deresponsabilizzerebbe la banca, non garantirebbe una effettiva protezione del consumatore e si porrebbe in aperto conflitto con i criteri di sana e prudente gestione dell'attività bancaria di matrice europea [28].

Si aggiunga che le esigenze di tutela nell'àmbito bancario e in quello finanziario sono diverse. In àmbito bancario, è la banca che eroga il credito e che si accolla dunque il rischio della mancata restituzione: in questo caso occorre responsabilizzare le banche ed evitare il sovraindebitamento dei consumatori. In àmbito finanziario, invece, è il risparmiatore che affida il proprio patrimonio all'intermediario e rischia di perdere il capitale conferito: la tutela si concentra esclusivamente sul consumatore. Orbene, quando presta un servizio di consulenza in materia di investimenti o gestione del portafoglio, un'impresa di investimento o un intermediario non raccomanda né decide di negoziare se nessuno dei servizi o degli strumenti è idoneo per il cliente (art. 54, paragrafo 10 del Regolamento (UE) 2017/565, richiamato dall'art. 40, comma 2, Regolamento Intermediari n. 20307 del 15 febbraio 2018 e ss. mm.).

Sarebbe allora illogico postulare un obbligo di astensione quando occorre proteggere solo il consumare (in ambito finanziario) e negare l'esistenza di quest'obbligo (in ambito bancario) quando l'esigenza di tutela riguarda entrambe le parti contraenti e, più in generale, l'intero sistema bancario.

Seguendo questa linea, il contratto concluso senza (o a seguito di una erronea) verifica del merito creditizio sarebbe nullo non già perché il suo contenuto è contrario ad una

---

risarcimento del danno per violazione dei generali principi di correttezza e buona fede, non già l'annullamento del finanziamento concesso, sanzione non applicabile al di fuori dei casi tassativi *ex lege*» (Collegio di Napoli, decisione n. 9178 del 18 maggio 2020).

L'art. 18, par. 5, lett. a), della direttiva 2014/17/UE (c.d. *Mortgage Credit Directive*), in materia di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, ha un tenore letterale più preciso. Secondo la norma richiamata gli Stati membri assicurano che «il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito». Tuttavia, il contratto che fosse comunque perfezionato in violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio non sarebbe – alla luce di quanto dispone l'art. 18, par. 4 della direttiva 2014/17/UE – per ciò stesso risolvibile, sicché la norma sembrerebbe presupporre la validità del contratto.

[28] L. ALBANESE, *La valutazione sul merito creditizio e l'inadempimento del consumatore nei contratti di credito immobiliare: profili di responsabilità e cortocircuiti normativi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6, 2006 ss., mette in guardia dalla semplicistica equazione tra scelta informata e scelta consapevole, la quale rimanda a quel consumatore imprenditore di se stesso, che non collima con il soggetto particolarmente vulnerabile che si vorrebbe tutelare e che costantemente combatte contro il suo analfabetismo finanziario.



norma imperativa, ma per una ragione più radicale: l'esistenza del contratto si pone in conflitto con il divieto di contrarre gravante sulla banca.

La tesi della nullità potrebbe trovare ulteriore conferma ove l'adempimento dell'obbligo di verifica sia considerato un *presupposto di validità* del contratto concluso dall'intermediario.

«L'intervento dell'ordine pubblico – osserva la dottrina – può manifestarsi in duplice senso: o nell'esigere che gli elementi costitutivi del negozio (forma, contenuto, causa) siano conformati in una data maniera, o nel disporre che il negozio, pur corrispondendone la struttura interna al tipo prestabilito, non sorta il suo effetto, se ad esso non si accompagnino alcune *circostanze*» [29].

Tra queste circostanze estrinseche al negozio figurano i fatti e gli atti necessari affinché il soggetto possa reputarsi legittimato a concludere i contratti inerenti alla propria attività. Nel caso in esame, lo spazio giuridico autonomo dipende dall'adempimento dell'obbligo di verifica del merito creditizio, il quale parrebbe configurarsi come condizione di negoziabilità.

Emerge, per questa via, il concetto giuridico di legittimazione, il quale trova la propria origine nel campo del diritto processuale ove designa la possibilità per un soggetto di conseguire, mediante la proposizione della domanda, una decisione di merito.

Nel diritto sostanziale la legittimazione diviene presupposto soggettivo-oggettivo del negozio, poiché riguarda il particolare rapporto del soggetto con l'oggetto del negozio [30]. Posizione di competenza del soggetto nei confronti della materia che il negozio è destinato a regolare. Competenza – si precisa – ad ottenere o risentire gli effetti giuridici del regolamento d'interessi avuto di mira.

In questa prospettiva si chiarisce e precisa la sorte dei contratti stipulati tra finanziato-

---

[29] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. 2° ed., Napoli, 2002, 209.

[30] E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 221. Non mancano in dottrina rilievi critici di indubbio peso sul concetto di legittimazione: v. F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987, 143; P. RESCIGNO, voce *Legittimazione (diritto sostanziale)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 717 ss.; A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 53. Dubita dell'utilità della categoria anche A.M. PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 1999, 314, il quale segnala come la nozione di legittimazione non sia univoca. L'A. conclude affermando che le varie fattispecie legali rispetto alle quali la dottrina reputa poter trovare applicazione la categoria della legittimazione, si risolvono nella presenza di elementi giuridici o fattuali, positivi o negativi, cui l'ordinamento ricollega la produzione degli effetti. In altri termini, l'espressione legittimazione avrebbe un valore meramente descrittivo, costituendo una formula verbale allusiva destinata ad indicare, di volta in volta, singoli elementi di fattispecie complesse. Ed è proprio la varietà dei singoli presupposti legittimanti ad escludere che la così detta legittimazione possa utilmente offrirsi quale categoria generale ordinante.



re e finanziato. Rompendo il rapporto di competenza tra il soggetto e l'oggetto della fonte negoziale, l'inadempimento dell'obbligo di verifica del merito creditizio si traduce in assenza di un presupposto del negozio: donde la nullità dei contratti stipulati in violazione dell'art. 124 *bis* Tub.

Se la legge stabilisce che un determinato negozio può essere concluso solo previa verifica (positiva) del merito creditizio, non esiste un potere o una posizione fuori di quella legge. Ne discende – quale logico corollario – che l'inadempimento dell'obbligo di verifica toglie al soggetto la possibilità giuridica di stipulare dati negozi: esso – si potrebbe dire – non tanto lo obbliga a non compierli, quanto lo priva della legittimazione a compierli.

6. – In ordine alla seconda questione pregiudiziale la Corte di Giustizia rileva che «il principio di effettività osta alla condizione secondo cui la sanzione della nullità del contratto di credito, corredata dall'obbligo di restituzione del capitale, applicabile in caso di violazione, da parte del creditore, dell'obbligo di cui all'articolo 8 della direttiva 2008/48, deve essere sollevata dal consumatore entro un termine di prescrizione triennale».

Eletta e argomentata la tesi della nullità, questo principio non solleva particolari problemi nel nostro ordinamento, poiché l'azione dichiarativa di nullità non è soggetta a prescrizione.

Tuttavia, risulta interessante notare come la Corte di Giustizia pervenga all'enunciazione del principio dopo aver svolto alcune considerazioni di carattere più generale.

I giudici osservano che ogni Stato membro ha il potere di stabilire le modalità procedurali volte a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto dell'Unione. Questa sfera autonoma incontra un duplice limite, poiché le modalità procedurali *(i)* non devono essere «meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza)» e *(ii)* non devono rendere «in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)» [31].

[31] Tra le numerose pronunce che hanno enunciato il principio di effettività v. CGUE 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Mohamed Aziz* contro *Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, punto 50 e altresì, analogamente, in CGUE 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro* contro *Centro Móvil Milenium SL*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 373; CGUE 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL* contro *Cristina Rodríguez Nogueira*, *ivi*, 2009, IV, c. 489. Con specifico riferimento alla verifica del merito creditizio, nella causa C-449/13, cit., la CGUE ha precisato che l'osservanza del principio di effettività sarebbe compromessa se l'onere della prova dell'inadem-



Il giurista italiano sente l'eco di due norme contenute nel codice civile che ci governa: l'art. 2698 cod. civ., il quale dispone la nullità dei «patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto» [32]; l'art. 2965 cod. civ., il quale dispone che «[è] nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto».

Le norme in esame costruiscono uno spazio entro il quale le parti sono libere di configurare uno statuto giuridico autonomo dell'onere della prova o della decadenza su diritti disponibili, *fino a che l'esercizio del diritto non risulti eccessivamente gravoso*.

Questo limite posto all'autonomia negoziale dei privati è nello stesso tempo subìto dal legislatore italiano, il quale – in forza del principio comunitario di effettività – non può introdurre norme che rendano «impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione».

Affiora per questa via un problema di teoria generale: come si deve svolgere il giudizio sulla eccessiva difficoltà?

La difficoltà nell'esercizio del diritto esige una valutazione caso per caso, secondo le circostanze concrete [33]. Codesto soggettivo giudizio implica un'irripetibile e provvisoria concretezza e l'applicazione del prudente apprezzamento equitativo del giudice [34].

---

pimento degli obblighi di cui agli articoli 5 e 8 della direttiva 2008/48/CE gravasse sul consumatore, soggiungendo che il finanziatore «deve essere consapevole della necessità di raccogliere e conservare prove dell'esecuzione degli obblighi di informazione e di spiegazione ad esso incombenti». In dottrina su tutti v. G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e mercato*, 2017, 15 ss. Per un completo esame della giurisprudenza europea sul principio di effettività v. D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e mercato*, 2016, 87 ss. e ID., *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 961 ss.

[32] S. PATTI, *Prove*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, sub artt. 2697-2739, Bologna-Roma, 2015, 280 e 295 ss., colloca l'art. 2698 cod. civ. nella categoria delle norme «tendenti a non far venire meno il senso di responsabilità di un contraente nei confronti dell'altro» e rileva che la formula dell'art. 2698 cod. civ., «applicata con sapienza ed equilibrio, può servire ad evitare l'abuso della parte più forte». Da ultimo sul tema v. R. MAZZARIOL, *L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 460, il quale osserva come interpretazioni irragionevoli sull'allocazione della prova finiscano con il vanificare l'effettività dei diritti fondamentali di azione e di difesa.

[33] G. AZZARITI-G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, 2ª ed., in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, sub artt. 2934-2969, Bologna-Roma, 1977, 353, affermano che la «determinazione di questo limite, posto all'autonomia contrattuale, non può farsi che caso per caso, avuto riguardo alle circostanze concrete e specialmente alla natura dell'atto da compiere».

[34] In M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto.*



In àmbito contrattuale, torna alla memoria l'antica teoria della nullità sospesa, la quale viene spesso evocata per illustrare alcuni istituti giuridici del diritto civile classico (nullità della vendita di cosa futura che non venga ad esistenza; nullità del contratto rimesso all'arbitraria determinazione del terzo, che rimanga inerte) [35]. Tra la nullità sospesa e la nostra ipotesi esiste un elemento di innegabile analogia: un'originaria incertezza circa la validità dell'atto [36].

Riguardata come vincolo (non per i privati ma) per il legislatore, l'eccessiva difficoltà di esercizio del diritto pone un grave problema al giurista.

Il limite al potere normativo (al pari del limite al potere autonomo) sembrerebbe potersi precisare e definire soltanto *ex post*, mercé la valutazione delle irripetibili circostanze del caso concreto. Resta allora irrisolto il problema di come l'estrema concretezza del giudizio valutativo possa conciliarsi con la necessità, logica prim'ancora che giuridica, del legislatore di dettare norme *generali* e *astratte*. I predicati di astrattezza e generalità – osserva la dottrina – indicano «fatti senza nome e senza volto, cioè schemi tipici ripetibili in un numero indefinito di casi» [37]. Senonché la figura anonima descritta dalla norma si sottrae al giudizio sulla eccessiva difficoltà, il quale reclama fatti dal volto netto e collocati in un contesto definito.

Ancora una volta l'uso di clausole generali e il conferimento al giudice di un ampio potere discrezionale nella selezione del rimedio più adeguato appaiono le uniche strade per uscire dall'*impasse.*

Teoria, storia e ambiti disciplinari, Pisa, 2012, 118, si legge la distinzione tra nullità conformative e nullità valutative.

[35] Sulla categoria della nullità sospesa V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 749.

[36] M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., 119.

[37] N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ*., 1999, 2.



CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZ., SENT. 3 MARZO 2020, C-125/18

L'art. 1, par. 2, della direttiva 93/13, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva la clausola la quale prevede che il tasso di interesse applicabile al mutuo ipotecario sia fondato su uno degli indici di riferimento ufficiali previsti dalla normativa nazionale che possono essere applicati dagli istituti di credito, qualora tale normativa non preveda né l'applicazione imperativa di tale indice indipendentemente dalla scelta di dette parti, né la sua applicazione in via suppletiva in assenza di un diverso accordo tra tali stesse parti.

Gli artt. 4, par. 2 e 8 della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che un giudice di uno Stato membro è tenuto a controllare il carattere chiaro e comprensibile di una clausola contrattuale vertente sull'oggetto principale del contratto, e ciò indipendentemente dalla trasposizione dell'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva nell'ordinamento giuridico di tale Stato membro. Affinché l'obbligo di trasparenza sia rispettato, la clausola deve non solo essere intelligibile sui piani formale e grammaticale, ma consentire altresì che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto della modalità di calcolo di tale tasso e di valutare in tal modo, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sulle sue obbligazioni finanziarie.

L'art. 6, par. 1, e l'art. 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale abusiva che fissa un indice di riferimento per il calcolo degli interessi variabili di un mutuo, il giudice nazionale sostituisca a tale indice un indice legale, applicabile in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti, a condizione che il contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi non possa sussistere in caso di soppressione di detta clausola abusiva, e che l'annullamento di tale contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli.



Nella causa C-125/18,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dallo Juzgado de Primera Instancia n. 38 de Barcelona (Tribunale di primo grado n. 38 di Barcellona, Spagna), con decisione del 16 febbraio 2018, pervenuta in cancelleria lo stesso giorno, nel procedimento

Omissis

contro

Omissis

LA CORTE (GRANDE SEZIONE),

Omissis

SENTENZA

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU 1993, L 95, pag. 29), segnatamente dell'articolo 1, paragrafo 2, dell'articolo 4, paragrafo 2, dell'articolo 6, paragrafo 1, dell'articolo 7, paragrafo 1, e dell'articolo 8 di detta direttiva.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. *Omissis* e la *Omissis* in merito alla clausola relativa al tasso d'interesse variabile e remunerativo contenuta nel contratto di mutuo ipotecario stipulato tra le due parti succitate.

CONTESTO NORMATIVO

Diritto dell'Unione

3 Il ventiquattresimo considerando della direttiva 93/13 afferma che «le autorità giudiziarie e gli organi amministrativi degli Stati membri devono disporre dei mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori».

4 L'articolo 1, paragrafo 2, di tale direttiva così dispone:

«Le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative e disposizioni o principi di convenzioni internazionali, in particolare nel settore dei trasporti, delle quali gli Stati membri o [l'Unione europea] sono parte, non sono soggette alle disposizioni della presente direttiva».

5 L'articolo 4 della citata direttiva prevede quanto segue:

«1. Fatto salvo l'articolo 7, il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato



tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta conclusione e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende.

2. La valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile».

6 Ai sensi dell'articolo 5 della medesima direttiva:

«Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. (...)».

7 L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 dispone quanto segue:

«Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

8 Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, della medesima direttiva:

«Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori».

9 L'articolo 8 della direttiva di cui trattasi così prevede:

«Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore».

10 L'allegato della direttiva 93/13, che contiene un elenco indicativo di clausole che possono essere dichiarate abusive, è redatto come segue:

«1. Clausole che hanno per oggetto o per effetto di:

(...)

l) stabilire che il prezzo dei beni sia determinato al momento della consegna, oppure permettere al venditore di beni o al fornitore di servizi di aumentare il prezzo senza che, in entrambi i casi, il consumatore abbia il diritto corrispondente di recedere dal contratto se il prezzo finale è troppo elevato rispetto al prezzo concordato al momento della conclusione del contratto;



(...)

2. Portata delle lettere g), j) e l)

(...)

c) le lettere g), j) e l) non si applicano:

– alle transazioni relative a valori mobiliari, strumenti finanziari e altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista,

– (...)

d) la lettera l) non si oppone alle clausole di indicizzazione dei prezzi, se permesse dalla legge, a condizione che le modalità di variazione vi siano esplicitamente descritte».

Diritto spagnolo

11 L'articolo 1303 del Código Civil (codice civile) dispone quanto segue:

«Dichiarata la nullità di un'obbligazione, i contraenti devono reciprocamente restituirsi ciò che ha costituito l'oggetto del contratto, con i relativi frutti, nonché il prezzo, inclusi gli interessi, fatto salvo quanto diversamente stabilito dai seguenti articoli».

12 La seconda disposizione addizionale dell'Orden del Ministerio de la Presidencia, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (decreto del Ministero della presidenza relativo alla trasparenza delle condizioni finanziarie dei mutui ipotecari), del 5 maggio 1994 (BOE n. 112, dell'11 maggio 1994, pag. 14444), come modificato dal decreto ministeriale del 27 ottobre 1995 (BOE n. 261 del 1° novembre 1995, pag. 31794) (in prosieguo: il «decreto del 5 maggio 1994»), disponeva quanto segue:

«La Banca di Spagna, su relazione della [Dirección General del Tesoro y Política Financiera (direzione generale del Tesoro e della politica finanziaria, Spagna)], definisce tramite circolare un insieme di indici o di tassi di riferimento ufficiali idonei ad essere applicati dagli enti di cui all'articolo 1.1 ai mutui ipotecari a tassi d'interesse variabile e pubblica periodicamente il loro valore».

13 Il Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (regio decreto legislativo n. 1/2007, che approva il testo consolidato della legge generale relativa alla tutela dei consumatori e degli utenti e di altre leggi complementari), del 16 novembre 2007 (BOE n. 287, del 30 novembre 2007, pag. 49181; in prosieguo: il «regio decreto legislativo n. 1/2007») all'articolo 8, intitolato «Diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti», prevede quanto segue:

«I diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti sono i seguenti:



(...)

b) La tutela dei loro legittimi interessi economici e sociali, in particolare di fronte alle pratiche commerciali sleali e all'inserimento di clausole abusive nei contratti.

(...)».

14 L'articolo 60 del regio decreto legislativo n. 1/2007, intitolato «Informazioni precontrattuali», prevede quanto segue:

«1. Prima che il consumatore o l'utente sia vincolato da un contratto o da un'offerta dello stesso tipo, il professionista gli fornisce, in modo chiaro e comprensibile, le informazioni pertinenti, corrette e sufficienti sulle principali caratteristiche del contratto, in particolare sulle sue condizioni giuridiche ed economiche, qualora non siano già evidenti dal contesto.

(...)».

15 Ai sensi dell'articolo 80 del regio decreto legislativo n. 1/2007, intitolato «Requisiti delle clausole non negoziate individualmente»:

«1. Nei contratti conclusi con consumatori e utenti che contengono clausole non negoziate individualmente, ivi compresi i contratti conclusi dalla pubblica amministrazione e dagli enti e dalle imprese da essa dipendenti, tali clausole devono soddisfare i seguenti requisiti:

(...)

c) buona fede e giusto equilibrio fra i diritti e gli obblighi delle parti, il che esclude in ogni caso l'utilizzo di clausole abusive.

(...)».

16 L'articolo 82 del regio decreto legislativo n. 1/2007, intitolato «Nozione di clausole abusive», prevede quanto segue:

«1. Si considerano clausole abusive tutte le clausole non negoziate individualmente e tutte le pratiche non autorizzate espressamente e che, in contrasto con il requisito della buona fede, determinino a danno del consumatore e dell'utente uno squilibrio significativo fra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto.

(…)».

17 L'articolo 27 dell'Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (decreto ministeriale EHA/2899/2011 sulla trasparenza e sulla protezione degli utenti di servizi bancari), del 28 ottobre 2011 (BOE n. 261, del 29 ottobre 2011, pag. 113242), intitolato «Tassi d'interesse ufficiali», al paragrafo 1, lettera a), prevede quanto segue:

«1. Ai fini della loro applicazione da parte degli istituti di credito, alle condizioni san-



cite nel presente decreto ministeriale, i seguenti tassi d'interesse ufficiali verranno pubblicati su base mensile:

a) Tasso medio sui mutui ipotecari di durata superiore a tre anni finalizzati all'acquisto di un'abitazione al prezzo di mercato concessi dagli istituti di credito in Spagna».

18 La Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (legge n. 14/2013 di sostegno alle imprese e alla loro internazionalizzazione), del 27 settembre 2013 (BOE n. 233, del 28 settembre 2013, pag. 78787) prevede, alla sua quindicesima disposizione addizionale, che i tassi soppressi di cui al paragrafo 1 di tale disposizione, il cui indice basato sul tasso medio dei mutui ipotecari delle casse di risparmio spagnole (in prosieguo: l'«IRPH delle casse di risparmio spagnole»), sono sostituiti dal tasso o dall'indice di riferimento sostitutivo previsto nel contratto, e che, in assenza di un tasso di sostituzione previsto nel contratto, il tasso di sostituzione è il «tasso d'interesse ufficiale denominato "tasso medio sui mutui ipotecari di durata superiore a tre anni finalizzati all'acquisto di un'abitazione al prezzo di mercato concessi dagli istituti di credito in Spagna", al quale è applicato un margine equivalente alla media aritmetica della differenza tra il tasso soppresso e il tasso summenzionato, calcolati sulla base delle informazioni disponibili fra la data di conclusione del contratto e quella in cui il tasso è stato effettivamente sostituito».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

19 Il 19 luglio 2001 il sig. *Omissis* ha stipulato con il dante causa della *Omissis*, un istituto bancario, un contratto di mutuo ipotecario, per un importo pari a EUR 132 222,66, diretto a finanziare l'acquisto di un'abitazione.

20 Il punto 3 *bis* di tale contratto, intitolato «Tasso d'interesse variabile», contiene una clausola in forza della quale il tasso di interesse che il consumatore deve pagare varia in funzione dell'IRPH delle casse di risparmio spagnole (in prosieguo: la «clausola controversa»). Tale clausola controversa è formulata nei seguenti termini:

«Il tasso d'interesse contrattuale è fissato per periodi semestrali, calcolati a partire dalla data della firma del contratto, ove per il primo semestre si applica il tasso indicato nella terza clausola finanziaria. Nei semestri successivi il tasso applicabile sarà quello corrispondente al tasso medio sui mutui ipotecari di durata superiore a tre anni finalizzati all'acquisto di un'abitazione al prezzo di mercato concessi dalle casse di risparmio, vigente al momento della revisione, e che la Banca di Spagna pubblica ufficialmente e periodicamente nel *Boletín Oficial del Estado* per i mutui ipotecari a tasso variabile destinati all'acquisto di un'abitazione, arrotondato per eccesso ad un quarto di punto percentuale e aumentato di 0,25 punti percentuali».



21 Il sig. *Omissis* ha proposto ricorso dinanzi allo Juzgado de Primera Instancia n. 38 de Barcelona (Tribunale di primo grado n. 38 di Barcellona, Spagna) diretto, in particolare, all'annullamento di tale clausola a causa del suo carattere asseritamente abusivo.

22 Il giudice del rinvio rileva, anzitutto, che l'indicizzazione degli interessi variabili di un mutuo ipotecario calcolata sulla base dell'IRPH delle casse di risparmio spagnole è meno favorevole di quella calcolata sulla base del tasso medio del mercato interbancario europeo (in prosieguo: l'«indice Euribor»), che sarebbe utilizzato nel 90% dei mutui ipotecari sottoscritti in Spagna. L'utilizzo dell'IRPH delle casse di risparmio spagnole comporterebbe un costo supplementare per mutuo di un ordine di grandezza compreso tra EUR 18 000 e EUR 21 000.

23 Il giudice del rinvio si chiede poi se il fatto che l'IRPH delle casse di risparmio spagnole sia un indice regolamentato abbia come conseguenza che debba trovare applicazione l'eccezione di cui all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13, anche se l'assoggettamento delle parti del contratto di mutuo a tale indice risulta dall'applicazione di una clausola di tale contratto.

24 Inoltre, il giudice del rinvio si chiede se il consumatore debba essere informato del metodo di calcolo dell'indice di riferimento nonché del suo andamento nel passato al fine di poter valutare il costo finanziario del mutuo contratto. A tal riguardo, il giudice del rinvio rileva che, al fine di garantire un livello di protezione del consumatore più elevato rispetto a quello previsto da tale direttiva, l'eccezione derivante dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 non è stata trasposta nell'ordinamento giuridico spagnolo.

25 Peraltro, il giudice del rinvio si chiede se, in caso di non conformità della clausola controversa al diritto dell'Unione, la sostituzione dell'indice Euribor all'IRPH delle casse di risparmio spagnole o il rimborso del solo capitale prestato senza pagamento degli interessi siano conformi alla direttiva 93/13.

26 In tale contesto, lo Juzgado de Primera Instancia n. 38 de Barcelona (Tribunale di primo grado n. 38 di Barcellona) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'[IRPH delle casse di risparmio spagnole] debba essere oggetto di supervisione giurisdizionale, nel senso che si debba verificare se esso risulti comprensibile per il consumatore, senza che a ciò risulti di ostacolo la circostanza che il medesimo sia disciplinato da disposizioni regolamentari e amministrative, in quanto detto indice non rientra fra i casi di cui all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13, giacché non si tratta di una disposizione obbligatoria, ma l'inserimento di tale tasso di interesse variabile e remunerativo nel contratto da parte del professionista avviene su base facoltativa.



2) a) Se, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, che non è stata trasposta nell'ordinamento [spagnolo], risulti contrario a quest'ultima, e in particolare al suo articolo 8, la circostanza che un organo giurisdizionale spagnolo invochi e applichi il detto articolo 4, paragrafo 2, laddove tale disposizione non è stata trasposta nell'ordinamento [nazionale] per volontà del legislatore, il quale ha perseguito un livello di protezione integrale relativamente a tutte le clausole che il professionista possa inserire in un contratto stipulato con i consumatori, comprese quelle vertenti sull'oggetto principale del contratto, anche qualora fossero formulate in modo chiaro e comprensibile.

2) b) In ogni caso, se sia necessario fornire informazioni o pubblicità sui seguenti fatti o dati, o su alcuni di essi, ai fini della comprensione della clausola essenziale, nello specifico dell'IRPH [delle casse di risparmio spagnole]:

i) spiegare come si [configura] il tasso di riferimento, ossia informare che il detto indice comprende le commissioni e le altre spese dell'interesse nominale; che si tratta di una media semplice e non ponderata; che il professionista [deve] sapere e indicare che [deve] essere applicato un differenziale negativo e che i dati forniti non sono accessibili al pubblico, come invece accade per l'altro tasso abitualmente utilizzato, [l'indice Euribor];

ii) illustrare l'andamento del tasso in discussione nel passato e come potrebbe presentarsi in futuro, trasmettendo informazioni e mostrando grafici che spieghino al consumatore in maniera chiara e comprensibile l'andamento di tale tasso specifico in rapporto all'[indice Euribor], che costituisce il tasso abituale dei mutui con garanzia ipotecaria.

2) c) Qualora la Corte concluda che è compito del giudice del rinvio esaminare il carattere abusivo delle clausole contrattuali e trarne tutte le conseguenze in conformità del diritto nazionale, si chiede alla medesima se la mancanza d'informazione riguardo a quanto suesposto non comporti la mancata comprensione della clausola, in quanto la stessa non sarebbe chiara per il consumatore medio, (articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13), o se l'omissione della suddetta informazione implichi una condotta sleale del professionista [con il consumatore] e, pertanto, il consumatore, qualora fosse stato informato adeguatamente, non avrebbe accettato l'applicazione dell'IRPH [delle casse di risparmio spagnole] come indice di riferimento per il suo mutuo.

3) Se venisse dichiarata la nullità dell'IRPH [delle casse di risparmio spagnole] (...), quale delle due conseguenze di seguito indicate, in mancanza di un accordo tra le parti o nel caso in cui questo risultasse più dannoso per il consumatore, sarebbe conforme all'articolo 6, paragrafo 1, e all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13:

i) procedere all'integrazione del contratto, applicando un indice sostitutivo abituale,



l'[indice Euribor], trattandosi di un contratto essenzialmente vincolato a un interesse proficuo per l'organismo [di credito, che ha la qualità del] professionista;

ii) interrompere l'applicazione degli interessi, rimanendo a carico del mutuatario o debitore unicamente l'obbligo di restituire il capitale ricevuto in prestito nei termini concordati».

SULLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

Sulla prima questione

27 In via preliminare, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice nazionale una soluzione utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è investito. In tale prospettiva, spetta alla Corte, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte (sentenza del 7 agosto 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punto 34).

28 A tal riguardo, la prima questione riguarda senz'altro, l'IRPH delle casse di risparmio spagnole in quanto tale. Tuttavia, al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, occorre intendere tale questione nel senso che, con essa, detto giudice chiede se l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13 debba essere interpretato nel senso che è esclusa dall'ambito di applicazione di tale direttiva una clausola di un contratto di mutuo ipotecario stipulato tra un consumatore e un professionista, la quale prevede che il tasso di interesse applicabile al mutuo sia fondato su uno degli indici di riferimento ufficiali previsti dalla normativa nazionale che possono essere applicati dagli istituti di credito ai mutui ipotecari.

29 Secondo tale disposizione, le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative non sono soggette alle disposizioni della direttiva 93/13.

30 Detta disposizione istituisce quindi l'esclusione di tali clausole dall'ambito di applicazione della direttiva 93/13, esclusione questa che va interpretata restrittivamente (v., in tal senso, sentenza del 20 settembre 2017, Andriciuc e a., C-186/16, EU:C:2017:703, punti 27 e 31, e giurisprudenza ivi citata).

31 Tale esclusione presuppone che siano soddisfatte due condizioni: da un lato, la clausola contrattuale deve riprodurre una disposizione legislativa o regolamentare e, dall'altro, tale disposizione deve essere imperativa (sentenze del 10 settembre 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, punto 78, nonché del 20 settembre 2017, Andriciuc e a., C-186/16, EU:C:2017:703, punto 28).



32 Al fine di stabilire se tali condizioni sono soddisfatte, la Corte ha dichiarato che spetta al giudice nazionale verificare se la clausola contrattuale di cui trattasi riproduce disposizioni del diritto nazionale che si applicano in modo imperativo tra i contraenti indipendentemente da una loro scelta, o disposizioni che sono di natura suppletiva e pertanto applicabili in via residuale, ossia allorché non è stato convenuto alcun altro accordo tra i contraenti al riguardo (sentenze del 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punto 26; del 10 settembre 2014, Kušionová C-34/13, EU:C:2014:2189, punto 79, nonché del 20 settembre 2017, Andriciuc e a., C-186/16, EU:C:2017:703, punti 29 e 30).

33 Nel caso di specie, dalla descrizione, da parte del giudice del rinvio, della normativa nazionale applicabile alla controversia oggetto del procedimento principale risulta che tale normativa non conteneva l'obbligo di prevedere, nelle clausole di remunerazione incluse nei contratti di mutuo ipotecario, l'applicazione di uno dei sei indici ufficiali previsti dalla circular 8/1990 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (circolare n. 8/1990 della Banca di Spagna, all'attenzione degli istituti di credito, relativa alla trasparenza delle operazioni e alla protezione dei clienti), del 7 settembre 1990 (BOE n. 226, del 20 settembre 1990, pag. 27498), nella versione applicabile alla controversia oggetto del procedimento principale (in prosieguo: la «circolare n. 8/1990»).

34 A tal proposito, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale ai paragrafi da 78 a 83 delle sue conclusioni, risulta, salvo verifica da parte del giudice del rinvio, che il decreto del 5 maggio 1994 non imponeva, per i mutui a tasso d'interesse variabile, l'utilizzazione di un indice di riferimento ufficiale, ivi compreso l'IRPH delle casse di risparmio spagnole, ma si limitava a stabilire le condizioni che dovevano essere soddisfatte dagli «indici o tassi di riferimento» per poter essere utilizzati dagli istituti di credito.

35 Pertanto, fatte salve eventuali ulteriori verifiche da parte del giudice del rinvio, la *Omissis*, come risulta dal punto 3 *bis*, paragrafo 1, lettera d), dell'allegato II al decreto del 5 maggio 1994, aveva la facoltà di definire il tasso d'interesse variabile «in qualsiasi altra maniera, a condizione di essere chiaro, concreto e comprensibile per il mutuatario e di essere conforme alla legge».

36 Di conseguenza, il riferimento, nella clausola controversa, all'IRPH delle casse di risparmio spagnole, ai fini del calcolo degli interessi dovuti nell'ambito del contratto oggetto del procedimento principale, non risulta da una disposizione legislativa o regolamentare imperativa ai sensi della giurisprudenza richiamata ai punti 31 e 32 della presente sentenza. Salvo verifica da parte del giudice del rinvio, tale clausola rientra pertanto nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13.



37 Ne consegue che occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva la clausola di un contratto di mutuo ipotecario stipulato tra un consumatore e un professionista, la quale prevede che il tasso di interesse applicabile al mutuo sia fondato su uno degli indici di riferimento ufficiali previsti dalla normativa nazionale che possono essere applicati dagli istituti di credito ai mutui ipotecari, qualora tale normativa non preveda né l'applicazione imperativa di tale indice indipendentemente dalla scelta di dette parti, né la sua applicazione in via suppletiva in assenza di un diverso accordo tra tali stesse parti.

Sulla seconda questione, sub a)

38 Con la seconda questione, sub a), il giudice del rinvio chiede se la direttiva 93/13, e segnatamente l'articolo 8 della medesima, debba essere interpretata nel senso che essa osta a che un giudice di uno Stato membro applichi l'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva al fine di non controllare il carattere eventualmente abusivo di una clausola contrattuale, formulata in modo chiaro e comprensibile e vertente sull'oggetto principale del contratto, qualora quest'ultima disposizione non sia stata trasposta nell'ordinamento giuridico di tale Stato membro.

39 Tuttavia, dai chiarimenti contenuti nella decisione di rinvio riguardo alla seconda questione risulta che, con la prima parte di quest'ultima, il giudice del rinvio si interroga, più precisamente, sulla possibilità per un giudice nazionale, anche in caso di mancata trasposizione dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 nel diritto interno, di controllare se una clausola, come la clausola controversa, soddisfi l'obbligo di trasparenza sancito da tale direttiva.

40 Nel caso di specie, occorre constatare, in via preliminare, che il giudice del rinvio ha sollevato la seconda questione, sub a), partendo dalla premessa che l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 non sia stato trasposto nell'ordinamento giuridico spagnolo.

41 Dal canto loro, la *Omissis* e il governo spagnolo sostengono che il Tribunal Supremo (Corte suprema, Spagna), nelle sue sentenze 406/2012 del 18 giugno 2012 (ES:TS:2012:5966) e 241/2013 del 9 maggio 2013 (ES:TS:2013:1916), ha rilevato che il legislatore spagnolo aveva trasposto l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 nel diritto nazionale mediante la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (legge n. 7/1998 relativa alle condizioni generali di contratto), del 13 aprile 1998 (BOE n. 89, del 14 aprile 1998, pag. 12304). Da tali sentenze risulterebbe, in primo luogo, che l'espressione «giusto equilibrio delle parti», che figurava nella normativa spagnola ante-



riore all'adozione della direttiva 93/13, è stata sostituita dall'espressione «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi», al fine di limitare il controllo vertente sul carattere eventualmente abusivo di una clausola contrattuale; in secondo luogo, che il prezzo e l'equilibrio delle prestazioni propriamente detti non possono essere oggetto di controllo e, in terzo luogo, che gli elementi essenziali del contratto, sebbene siano esclusi da un controllo nel merito, possono tuttavia essere oggetto di un controllo relativo ai criteri dell'inserimento e della trasparenza.

42 Tuttavia, alla luce della precisazione fornita al punto 39 della presente sentenza riguardo alla portata della seconda questione, sub a), non è necessario pronunciarsi sull'effettiva trasposizione dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 nell'ordinamento giuridico spagnolo.

43 Occorre infatti ricordare che, secondo costante giurisprudenza, il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse (v., in particolare, sentenze del 3 giugno 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, punto 27 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 49).

44 In considerazione di tale situazione di inferiorità, la direttiva 93/13 obbliga gli Stati membri a prevedere un meccanismo che garantisca che qualsiasi clausola contrattuale che non sia stata oggetto di una trattativa individuale possa essere controllata al fine di valutarne l'eventuale carattere abusivo. In tale contesto, spetta al giudice nazionale accertare, alla luce dei criteri enunciati all'articolo 3, paragrafo 1, e all'articolo 5 della direttiva 93/13, se, date le circostanze proprie del caso di specie, una clausola di tal genere soddisfi i requisiti di buona fede, equilibrio e trasparenza posti dalla direttiva medesima (v., in tal senso, sentenze del 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punti da 42 a 48; del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 40, e del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 50).

45 L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, in combinato disposto con l'articolo 8 di quest'ultima, consente tuttavia agli Stati membri di prevedere, nella normativa di trasposizione della stessa direttiva, che la «valutazione del carattere abusivo» non verta sulle clausole contemplate in questa disposizione, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile (v., in tal senso, sentenze del 3 giugno 2010, Caja de



Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, punto 32, e del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 41).

46 La Corte ha inoltre sottolineato che questo stesso obbligo di redazione chiara e comprensibile figura all'articolo 5 della direttiva 93/13, il quale prevede che le clausole contrattuali devono «sempre» essere conformi a tale obbligo (v., in tal senso, sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 67 e 68, nonché del 20 settembre 2017, Andriciuc e a., C-186/16, EU:C:2017:703, punto 43). Ne consegue che quest'ultima si applica in ogni caso, anche quando una clausola rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4, paragrafo 2, di detta direttiva e anche se lo Stato membro interessato non ha trasposto tale disposizione. Detto obbligo non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale di una clausola contrattuale (sentenza del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 71).

47 Occorre quindi rispondere alla seconda questione, sub a), dichiarando che la direttiva 93/13, e segnatamente il suo articolo 4, paragrafo 2, e il suo articolo 8, deve essere interpretata nel senso che un giudice di uno Stato membro è tenuto a controllare il carattere chiaro e comprensibile di una clausola contrattuale vertente sull'oggetto principale del contratto, e ciò indipendentemente dalla trasposizione dell'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva nell'ordinamento giuridico di tale Stato membro.

Sulla seconda questione, sub b) e c)

48 Con la sua seconda questione, sub b) e c), il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 93/13, e segnatamente il suo articolo 4, paragrafo 2, e il suo articolo 5, debba essere interpretata nel senso che, al fine di rispettare l'obbligo di trasparenza di una clausola contrattuale che, nel contesto di un contratto di mutuo ipotecario, fissa un tasso d'interesse variabile, il cui metodo di calcolo è considerato complesso per un consumatore medio, il professionista deve comunicare al consumatore informazioni relative al metodo di calcolo dell'indice sulla base del quale detto tasso d'interesse è calcolato, nonché all'andamento di tale indice nel passato e il modo in cui l'andamento potrebbe variare nel futuro.

49 A tal riguardo, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi da 106 a 109 delle sue conclusioni, secondo una giurisprudenza costante della Corte relativa all'obbligo di trasparenza, le informazioni, prima della conclusione di un contratto, in merito alle condizioni contrattuali e alle conseguenze di detta conclusione, sono, per un consumatore, di fondamentale importanza. È segnatamente in base a tali informazioni che quest'ultimo decide se desidera vincolarsi contrattualmente a un professionista aderendo alle



condizioni preventivamente redatte da quest'ultimo (sentenze del 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punto 44; del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 70; del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punto 50, nonché del 20 settembre 2017, Andriciuc e a., C-186/16, EU:C:2017:703, punto 48).

50 Ne consegue che, come già rilevato al punto 46 della presente sentenza, l'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali, quale risulta dall'articolo 4, paragrafo 2, e dall'articolo 5 della direttiva 93/13, non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale di queste ultime. Poiché il sistema di tutela istituito da detta direttiva si fonda sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il livello di informazione, tale obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole contrattuali e, pertanto, di trasparenza, imposto dalla medesima direttiva, deve essere inteso estensivamente (sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 71 e 72, nonché del 20 settembre 2017, Andriciuc e a., C-186/16, EU:C:2017:703, punto 44).

51 Nel caso di una clausola che preveda, nell'ambito di un contratto di mutuo ipotecario, una remunerazione di tale mutuo mediante interessi calcolati sulla base di un tasso variabile, tale requisito deve quindi essere inteso nel senso che impone non solo che la clausola di cui trattasi sia intelligibile per il consumatore sui piani formale e grammaticale, ma anche che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto della modalità di calcolo di tale tasso e di valutare in tal modo, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sulle sue obbligazioni finanziarie (v., in tal senso e per analogia, sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 75, nonché del 20 settembre 2017, Andriciuc e a., C-186/16, EU:C:2017:703, punto 51).

52 La competenza della Corte riguarda unicamente l'interpretazione delle disposizioni del diritto dell'Unione, nella specie della direttiva 93/13 (v., in tal senso, sentenza del 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punto 48 e giurisprudenza ivi citata), spetta unicamente al giudice del rinvio procedere alle verifiche necessarie al riguardo, alla luce di tutti gli elementi di fatto pertinenti, tra i quali figurano la pubblicità e l'informazione fornite dal mutuante nell'ambito della negoziazione di un contratto di mutuo (sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 74; del 26 febbraio 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, punto 75, nonché del



20 settembre 2017, Andriciuc e a., C-186/16, EU:C:2017:703, punto 46). Più nello specifico, spetta al giudice nazionale, quando valuta le circostanze ricorrenti al momento della conclusione del contratto, verificare che, nella causa in discussione, sia stato comunicato al consumatore il complesso degli elementi idonei a incidere sulla portata del suo impegno e che gli consentono di valutare, segnatamente, il costo totale del suo mutuo. Svolgono un ruolo determinante in siffatta valutazione, da un lato, la questione di accertare se le clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile cosicché un consumatore medio, come descritto al punto 51 della presente sentenza, sia posto in grado di valutare un costo del genere e, d'altro lato, la circostanza collegata alla mancata menzione nel contratto di credito delle informazioni considerate come essenziali alla luce della natura dei beni o dei servizi che costituiscono l'oggetto del suddetto contratto (sentenza del 20 settembre 2017, Andriciuc e a., C-186/16, EU:C:2017:703, punto 47 e giurisprudenza ivi citata).

53 Per quanto riguarda una clausola come quella di cui al punto 51 della presente sentenza, che contiene un riferimento a un tasso variabile il cui valore esatto non può essere determinato in un contratto di credito per tutta la durata di tale contratto, si deve constatare che, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 122 e 123 delle sue conclusioni, è rilevante ai fini di tale esame la circostanza che gli elementi principali relativi al calcolo dell'IRPH delle casse di risparmio spagnole fossero facilmente accessibili a chiunque intendesse stipulare un mutuo ipotecario, dato che tali elementi figuravano nella circolare n. 8/1990 pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado*. Tale circostanza era infatti tale da consentire a un consumatore ragionevolmente attento e avveduto di comprendere che tale indice era calcolato sulla base di una media dei tassi dei mutui ipotecari di durata superiore a tre anni diretti all'acquisto di un'abitazione, includendo così la media dei margini e delle spese praticati da tali istituti, e che, nel contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi, detto indice era arrotondato per eccesso ad un quarto di punto percentuale al quale si aggiungeva ancora un margine di 0,25 punti percentuali.

54 Ai fini della valutazione della trasparenza della clausola controversa è altresì rilevante la circostanza che, secondo la normativa nazionale in vigore alla data della conclusione del contratto di cui trattasi nel procedimento principale, gli istituti di credito fossero tenuti a informare i consumatori dell'andamento dell'IRPH delle casse di risparmio spagnole nel corso dei due anni civili precedenti la conclusione dei contratti di mutuo nonché dell'ultimo valore disponibile. Siffatte informazioni sono anche idonee a offrire al consumatore un'indicazione obiettiva sulle conseguenze economiche derivanti dall'applicazione di un siffatto indice e costituiscono un punto di raffronto utile tra il calco-



lo del tasso d'interesse variabile basato sull'IRPH delle casse di risparmio spagnole e altre formule di calcolo di tassi di interesse.

55 Il giudice del rinvio dovrà pertanto verificare se, nell'ambito della conclusione del contratto di cui al procedimento principale, la *Omissis* abbia effettivamente rispettato tutti gli obblighi di informazione previsti dalla normativa nazionale.

56 Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, occorre rispondere alla seconda questione, sub b) e c), dichiarando che la direttiva 93/13, e segnatamente il suo articolo 4, paragrafo 2, e il suo articolo 5, deve essere interpretata nel senso che, al fine di rispettare l'obbligo di trasparenza di una clausola contrattuale che fissa un tasso d'interesse variabile nell'ambito di un contratto di mutuo ipotecario, tale clausola deve non solo essere intelligibile sui piani formale e grammaticale, ma consentire altresì che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto della modalità di calcolo di tale tasso e di valutare in tal modo, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sulle sue obbligazioni finanziarie. Costituiscono elementi particolarmente pertinenti ai fini della valutazione che il giudice nazionale deve effettuare al riguardo, da un lato, la circostanza che gli elementi principali relativi al calcolo di tale tasso siano facilmente accessibili a chiunque intenda stipulare un mutuo ipotecario, grazie alla pubblicazione del metodo di calcolo di detto tasso, nonché, dall'altro, la comunicazione di informazioni sull'andamento, nel passato, dell'indice sulla base del quale è calcolato questo stesso tasso.

Sulla terza questione

57 Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 debbano essere interpretati nel senso che ostano a che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale abusiva che fissa un indice di riferimento per il calcolo degli interessi variabili di un mutuo, e in assenza di un diverso accordo tra le parti, il giudice nazionale sostituisca a tale indice un indice legale o imponga al mutuatario di rimborsare il capitale prestato entro i termini previsti da detto contratto senza pagamento degli interessi.

58 Va anzitutto ricordato che, a termini dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, spetta al giudice nazionale escludere l'applicazione delle clausole abusive affinché non producano effetti vincolanti nei confronti del consumatore, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga (v., in tal senso, sentenze del 4 giugno 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, punto 35; del 14 giugno 2012, Banco Español de Crédito,



C-618/10, EU:C:2012:349, punto 65, e del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 52).

59 Secondo la giurisprudenza della Corte, poi, qualora il giudice nazionale accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una norma di diritto nazionale che consente al giudice nazionale di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola (sentenze del 14 giugno 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, punto 73; del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 77, nonché del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 53).

60 Pertanto, se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive contenute in tale contratto, una facoltà del genere potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Infatti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di dette clausole abusive, dal momento che essi continuerebbero ad essere tentati ad utilizzare le clausole stesse, sapendo che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti (sentenze del 14 giugno 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, punto 69; del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 79, e del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 54).

61 Tuttavia, la Corte ha già avuto modo di dichiarare che, nell'ipotesi in cui un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore non possa sussistere successivamente alla soppressione di una clausola abusiva, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non osta a che il giudice nazionale, in applicazione di principi del diritto contrattuale, sopprima la clausola abusiva sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva in situazioni in cui dichiarare invalida la clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto nella sua interezza, esponendo in tal modo il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli, sicché quest'ultimo ne sarebbe penalizzato (v., in tal senso, sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punti da 80 a 84; del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punti 56 e 64, nonché del 3 ottobre 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, punto 48).



62 Al riguardo, la Corte ha dichiarato che tale sostituzione è pienamente giustificata alla luce della finalità della direttiva 93/13. Infatti, essa è conforme all'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, considerato che tale disposizione tende 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'uguaglianza tra queste ultime, e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive (v., in tal senso, sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 81 e 82, e giurisprudenza ivi citata, e del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 57).

63 Se, in una situazione come quella descritta al punto 61 della presente sentenza, non fosse consentito sostituire una clausola abusiva con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, obbligando il giudice ad annullare il contratto nella sua interezza, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente pregiudizievoli, talché il carattere dissuasivo risultante dall'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso. Infatti, per quanto concerne un contratto di mutuo, un tale annullamento avrebbe, in linea di principio, l'effetto di rendere immediatamente esigibile l'importo residuo dovuto a titolo del mutuo in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore e, pertanto, tenderebbe a penalizzare quest'ultimo piuttosto che il mutuante, il quale non sarebbe, di conseguenza, dissuaso dall'inserire clausole di tal genere nei contratti da esso proposti (v., in tal senso, sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 83 e 84, nonché del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 58).

64 Si deve pertanto considerare che, in una situazione in cui un contratto di mutuo ipotecario stipulato tra un professionista e un consumatore non possa sopravvivere successivamente alla soppressione di una clausola abusiva che fa riferimento a un indice legale per il calcolo del tasso d'interesse variabile applicabile al mutuo, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non può essere interpretato nel senso che osta a che il giudice nazionale, al fine di evitare la nullità di tale contratto, sostituisca a tale clausola un indice previsto in via suppletiva dal diritto nazionale, laddove l'annullamento del contratto esporrebbe il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli (v., per analogia, sentenza del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 59).

65 Nel caso di specie, la clausola controversa prevede che il tasso d'interesse variabile sia calcolato sulla base dell'IRPH delle casse di risparmio spagnole. Tuttavia, dal fa-



scicolo di cui dispone la Corte risulta che tale indice legale, previsto dalla circolare n. 8/1990, è stato sostituito, in forza della quindicesima disposizione addizionale della legge 14/2013, del 27 settembre 2013, con un indice sostitutivo, che il governo spagnolo qualifica come «suppletivo». Infatti, fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio, tale disposizione addizionale prevede l'applicazione di tale indice sostitutivo in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti.

66 In tale contesto, il giudice del rinvio, nell'ipotesi in cui dovesse constatare, in primo luogo, il carattere abusivo della clausola controversa; in secondo luogo, che il contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi nel procedimento principale non potrebbe sopravvivere senza tale clausola e, in terzo luogo, che l'annullamento di tale contratto esporrebbe il ricorrente nel procedimento principale a conseguenze particolarmente pregiudizievoli, potrebbe sostituire detta clausola con l'indice sostitutivo previsto dalla legge n. 14/2013, del 27 settembre 2013, a condizione che si possa ritenere che quest'ultimo abbia carattere suppletivo alla luce del diritto nazionale.

67 Occorre quindi rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale abusiva che fissa un indice di riferimento per il calcolo degli interessi variabili di un mutuo, il giudice nazionale sostituisca a tale indice un indice legale, applicabile in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti, a condizione che il contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi non possa sussistere in caso di soppressione di detta clausola abusiva, e che l'annullamento di tale contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli.

Sulla domanda di limitazione nel tempo degli effetti della presente sentenza

68 Poiché la terza questione pregiudiziale è stata formulata in modo da riguardare l'eventualità della «nullità dell'IRPH delle casse di risparmio spagnole», il governo spagnolo, nelle sue osservazioni scritte e orali dinanzi alla Corte, ha chiesto a quest'ultima di limitare nel tempo gli effetti della sua sentenza. Occorre precisare che la domanda del governo spagnolo si fonda sull'ipotesi in cui, in caso di nullità di una clausola contrattuale quale la clausola controversa, il contratto di mutuo continuerebbe a sussistere senza il pagamento di interessi.

69 Come ricordato al punto 52 della presente sentenza, la competenza della Corte riguarda unicamente l'interpretazione delle disposizioni del diritto dell'Unione, nella specie della direttiva 93/13.

70 Orbene, dalla risposta alla terza questione pregiudiziale risulta che, in caso di nul-



lità di una clausola come la clausola controversa, il giudice nazionale è autorizzato, alle condizioni ricordate al punto 67 della presente sentenza, a sostituire all'indice adottato nella clausola un indice legale applicabile in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti.

71 In tali circostanze, le conseguenze finanziarie di un'eventuale nullità di una clausola del genere, per gli istituti bancari individualmente considerati e per il sistema bancario considerato nel suo insieme, non possono essere determinate unicamente sulla base dell'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla Corte nell'ambito della presente causa (v., per analogia, sentenza del 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punti 60 e 61).

72 Ne consegue che non occorre limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza.

SULLE SPESE

73 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) L'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva la clausola di un contratto di mutuo ipotecario stipulato tra un consumatore e un professionista, la quale prevede che il tasso di interesse applicabile al mutuo sia fondato su uno degli indici di riferimento ufficiali previsti dalla normativa nazionale che possono essere applicati dagli istituti di credito ai mutui ipotecari, qualora tale normativa non preveda né l'applicazione imperativa di tale indice indipendentemente dalla scelta di dette parti, né la sua applicazione in via suppletiva in assenza di un diverso accordo tra tali stesse parti.

2) La direttiva 93/13, e segnatamente il suo articolo 4, paragrafo 2, e il suo articolo 8, deve essere interpretata nel senso che un giudice di uno Stato membro è tenuto a controllare il carattere chiaro e comprensibile di una clausola contrattuale vertente sull'oggetto principale del contratto, e ciò indipendentemente dalla trasposizione dell'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva nell'ordinamento giuridico di tale Stato membro.

3) La direttiva 93/13, e segnatamente il suo articolo 4, paragrafo 2, e il suo articolo 5, deve essere interpretata nel senso che, al fine di rispettare l'obbligo di trasparenza di una clausola contrattuale che fissa un tasso d'interesse variabile nell'ambito di un contratto



di mutuo ipotecario, tale clausola deve non solo essere intelligibile sui piani formale e grammaticale, ma consentire altresì che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto della modalità di calcolo di tale tasso e di valutare in tal modo, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sulle sue obbligazioni finanziarie. Costituiscono elementi particolarmente pertinenti ai fini della valutazione che il giudice nazionale deve effettuare al riguardo, da un lato, la circostanza che gli elementi principali relativi al calcolo di tale tasso siano facilmente accessibili a chiunque intenda stipulare un mutuo ipotecario, grazie alla pubblicazione del metodo di calcolo di detto tasso, nonché, dall'altro, la comunicazione di informazioni sull'andamento, nel passato, dell'indice sulla base del quale è calcolato questo stesso tasso.

4) L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale abusiva che fissa un indice di riferimento per il calcolo degli interessi variabili di un mutuo, il giudice nazionale sostituisca a tale indice un indice legale, applicabile in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti, a condizione che il contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi non possa sussistere in caso di soppressione di detta clausola abusiva, e che l'annullamento di tale contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli.

JUS CIVILE



VALERIO D'ALESSANDRO

Dottore di ricerca – Università degli studi di Roma Tor Vergata

TRASPARENZA E ABUSIVITÀ DELLE CLAUSOLE DI INDICIZZAZIONE DEGLI INTERESSI [*]

SOMMARIO: *1. Il caso: Corte di Giustizia., 3 marzo 2020, causa C-125/18. – 2. L'applicazione della direttiva 93/13 CEE alla clausola IRPH. – 3. Il paradigma della trasparenza in senso "sostanziale" e il problema dell'attuazione dell'art. 4, par. 2, direttiva 93/13 CEE nell'ordinamento spagnolo. – 4. L'integrazione del contratto a seguito della caducazione della clausola abusiva. – 5. I persistenti dubbi agitati dall'indice IRPH.*

1. – Ancóra una volta il contenzioso bancario – e, in particolare, il contratto di mutuo – sollecita riflessioni intorno a uno degli ambiti di disciplina che connota il diritto contrattuale europeo: quello delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori.

Il caso *Marc Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA* consente, da un lato, di rifinire lo "stato dell'arte" con riguardo al delicato rapporto tra trasparenza, informazione e abusività delle clausole di indicizzazione degli interessi e, dall'altro lato, di indagare un profilo particolarmente complesso, relativo alla sorte del contratto a seguito della caducazione della clausola e all'integrazione mediante il diritto dispositivo.

L'ambizione della Grande sezione della Corte di Giustizia – che era quella di porre fine all'animato dibattito agitato dall'impiego dell'indice IRPH delle casse di risparmio spagnole (c.d. IRPH *Cajas*) nei contratti di mutuo – può dirsi miseramente fallita, come dimostra la circostanza che, a distanza di meno di un anno, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati nuovamente a decidere questioni attinenti a tale indice [1].

---

[*] Lo scritto riproduce, con alcuni ampliamenti e con l'aggiunta di note, il testo della relazione tenuta il 29 aprile 2021 nell'ambito del primo ciclo di incontri dell'*Osservatorio sul diritto privato delle Corti europee*.

[1] Intendiamo riferirci alle questioni sull'IRPH sollevate dal *Juzgado de Primera Instancia n. 38 de Barcelona* il 2 dicembre 2020 (C-655/20, *Gómez del Moral Guasch II*) e dal *Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Eivissa* il 5 gennaio 2021, su cui v. § 4 e § 5.



La vicenda trae origine da un contratto di mutuo ipotecario stipulato tra un istituto di credito e un consumatore e finalizzato all'acquisto di un immobile.

Il contratto prevedeva l'applicazione di un tasso di interesse variabile indicizzato al valore IRPH delle casse di risparmio spagnole (IRPH *Cajas*). Specificamente, l'IRPH *Cajas* è calcolato sulla base della media dei tassi di mutui ipotecari finalizzati all'acquisto di immobili, di durata uguale o superiore ai tre anni, concessi dalle casse di risparmio spagnole [2].

Il mutuatario ha lamentato l'abusività della clausola in questione, sostenendo che l'applicazione dell'IRPH *Cajas* fosse meno conveniente rispetto ad altri indici quale, a esempio, l'Euribor [3].

Nella prospettiva del ricorrente, la banca avrebbe violato gli obblighi di informazione, omettendo di rendere edotto il consumatore del maggior costo conseguente all'applicazione dell'indice IRPH *Cajas*.

Il giudice del rinvio ha sollevato tre questioni pregiudiziali, parzialmente riformulate dalla Corte di Giustizia: *i)* se l'art. 1, par. 2, direttiva 93/13 CEE escluda dall'ambito di applicazione della direttiva la clausola contrattuale che preveda l'indicizzazione del tasso di interesse ad un valore "ufficiale" (*i.e.* regolato dalla normativa nazionale); *ii)* se – an-

---

[2] L'IRPH (*Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios*) costituisce un indice ufficiale, introdotto mediante la Circular 8/1990 del Banco de España (poi modificata dalla Circular 5/1994). Tre sono le tipologie di IRPH: *i)* l'IRPH delle banche (IRPH *Bancos*); *ii)* l'IRPH delle casse di risparmio (IRPH *Cajas*); *iii)* l'IRPH e dell'insieme degli istituti di credito (IRPH *Entidades*). A seguito dell'entrata in vigore del decreto ministeriale n. 2899/2011 sulla trasparenza e la protezione degli utenti di servizi bancari, l'IRPH *Cajas* e l'IRPH *Bancos* hanno cessato di essere tassi ufficiali di riferimento, per lasciar spazio all'IRPH *Conjunto de Entidades*. Per ampi riferimenti nella letteratura spagnola si rinvia alle pagine di T. GABRIEL GARCÍA-MICÓ, *Comentario a las conclusiones del abogado general Szpunar sobre la cláusula IRPH. Asunto C-125/18 (Marc Gómez del Moral c. Bankia)*, in *InDret*, 2019, 1 ss.; A. AGÜERO ORTIZ, *El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos. El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.20*, in *InDret*, 2020, 52 ss.; P. ALONSO ISA, *Sobre la devolución de cantidades por la declaración de nulidad de la cláusula IRPH,* in *Diario La Ley*, 2020, 9640, 1 ss.; A. SEGURA MOREIRAS-E.A. SUÁREZ PUGA, *Una defensa de la mayor transparencia de las cláusulas de referencia IRPH en contratos de financiación bancaria*, in *InDret*, 2020, 505 ss.; C. SOLER SAMPER, *Transparencia de la cláusula sobre el índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH),* in *Revista Lex Mercatoria*, 2020, 30 ss.; C.C. CASTILLO MARTÍNEZ, *Consideraciones sobre la cláusula IRPH a la luz de sus antecedentes y de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Union Europea*, in *Rev. Boliv. de Derecho,* 2021, 504 ss.; C. VILLAGRASA ALCAIDE, *El índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH) ante los parámetros de la transaprencia en los contratos perfeccionados con consumidores*, in *Revista jurídica sobre consumidores*, 2021, 125 ss.

[3] Al punto 26 della decisione si legge che «L'utilizzo dell'IRPH delle casse di risparmio spagnole comporterebbe un costo supplementare per mutuo di un ordine di grandezza compreso tra EUR 18.000 e EUR 21.000».



che in caso di mancato recepimento dell'art. 4, par. 2, direttiva 93/13 CEE da parte di uno Stato membro – sia possibile verificare l'abusività della clausola controversa sotto il profilo del rispetto degli obblighi di trasparenza; *iii)* se, ai sensi degli artt. 6, par. 1 e 7 della direttiva 93/13 CEE, accertata l'abusività della pattuizione, il giudice nazionale possa sostituire la clausola che determina il tasso di interesse con un'altra che lo determini in misura diversa ovvero se, rilevata la nullità, il mutuatario debba restituire soltanto il capitale.

2. – Nella sentenza s'è posta anzitutto la questione dell'applicabilità della direttiva 93/13 alla clausola che fissa un tasso di interesse sulla base di un indice (l'IRPH *Cajas*) regolato da precise disposizioni nazionali.

Al riguardo, la banca e il governo spagnolo sostenevano che la clausola in parola, prevedendo l'applicazione di un indice disciplinato da disposizioni regolamentari, dovesse rimanere esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva.

È noto, infatti, che, a mente dell'art. 1, par. 2, della direttiva 93/13 CEE, le clausole contrattuali che «riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative» sono sottratte al giudizio di abusività [4]. La formulazione della disposizione ha sollevato – e continua a sollevare – alcuni problemi interpretativi e la Corte di Giustizia, sin dal celebre caso *RWE Vertrieb* (C-92/11) [5], ha avuto modo di chiarire che l'esclusione prevista dall'art. 1, par. 2 riguarda sia le clausole che riproducono norme *imperative* sia quelle riproduttive di disciplina *suppletiva* [6].

---

[4] Il considerando n. 13 della medesima direttiva chiarisce le ragioni dell'esclusione: «si parte dal presupposto che le disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con consumatori non contengono clausole abusive; che pertanto non si reputa necessario sottoporre alle disposizioni della presente direttiva le clausole che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative nonché principi o disposizioni di convenzioni internazionali di cui gli Stati membri o la Comunità sono parte; che a questo riguardo l'espressione «disposizioni legislative o regolamentari imperative» che figura all'articolo 1, paragrafo 2 comprende anche le regole che per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo» (*i.e.* le disposizioni suppletive).

[5] Di cui si veda, in particolare, il punto 26: «Infatti, come risulta dal tredicesimo considerando della direttiva 93/13, l'esclusione prevista dall'art. 1, par. 2, della direttiva 93/13 si estende alle clausole che riproducono o le disposizioni del diritto nazionale applicabili tra i contraenti indipendentemente da una loro scelta, o quelle fra dette disposizioni che sono di natura suppletiva, ossia applicabili allorché non è stato convenuto nessun altro accordo tra i contraenti al riguardo».

[6] Sul tema, *ex multis*, G. CIAN, *Il nuovo capo XIV* bis *(titolo II, libro IV) del codice civile: sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 425; V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova nor-*



Chiamata a decidere sul caso della clausola che prevede il calcolo del tasso di interesse sulla base di un indice di riferimento ufficiale quale l'IRPH *Cajas*, la Corte di Giustizia ha concluso per l'inoperatività dell'eccezione di cui all'art. 1, par. 2 della direttiva alla luce della natura *facoltativa* dell'indice adottato [7].

La premessa da cui muove l'apparato argomentativo della Corte è che l'*Orden del Ministerio de la Presidencia* del 5 maggio 1994 (*i.e.* il decreto avente a oggetto la trasparenza delle condizioni finanziarie dei mutui ipotecari vigente all'epoca della conclusione del contratto tra il sig. Gómez del Moral Guasch e la Bankia SA) [8], lungi dall'imporre l'adozione di uno tra gli indici di riferimento ufficiali, da un lato, si limitava a fissare le condizioni richieste affinché un indice potesse essere utilizzato dagli istituti di credito [9] e, dall'altro lato, attribuiva alla Banca di Spagna il compito di individuare, mediante circolare, gli indici di interesse ufficiali [10].

---

mativa), in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1996, 7; S. MONTICELLI, *sub* art. 1469-*ter*, in E. CESARO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1996, 396 ss.; L. VALLE, *Giudizio di vessatorietà e clausole riproduttive di disposizioni di legge*, in *Contr. e impr.*, 2000, 753 ss.; P. SIRENA, *sub* art. 1469-*ter*, in G. ALPA-S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli, Milano, 2003, 887 ss.; A. BARENGHI, *sub* art. 34, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2008, 224 ss.; E. CAPOBIANCO, *sub* art. 34, in E. CAPOBIANCO-L. MEZZASOMA-G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, II ed., Napoli, 2018, 201 ss. e spec. 207 ss.

[7] Le implicazioni di questa conclusione sono esaminate da S. PAGLIANTINI, What is european in european private law*? (a partire da CGUE – Grande Sezione, Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA e dintorni)*, in *Ricerche di diritto europeo tra sostanza e processo*, a cura di S. Pagliantini, Napoli, 2020, 13 ss., che osserva come «a venire revocato in dubbio è piuttosto, ed in presa diretta, l'idea che l'art. 1, § 2 istituzionalizzi un limite oggettivo del sindacato di vessatorietà, nel senso che *mai* si darebbe un'abusività della clausola riproduttiva di una norma di diritto comune perché *mai* questa clausola, in quanto iterativa di un bilanciamento legale già compiuto, potrebbe stilizzare un *abuso*». L'A. discorre di un'immunità condizionata delle norme dispositive anche in ID., *La direttiva 93/13 nelle sentenze di Santa Veronica*, in *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 282 ss.

[8] *Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, sostituito poi dall'*Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*.

[9] Recita l'art. 6, par. 2, dell'*Orden*: «En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo».

[10] Cfr., in particolare, la *Disposición adicional segunda* dell'*Orden*, secondo cui «El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos su valores regularmente»; sul punto,



Il carattere *facoltativo* dell'IRPH *Cajas*, in sintesi, renderebbe applicabile alla clausola controversa la disciplina della direttiva 93/13 CEE, essendo esclusa tanto la natura imperativa dell'indice, quanto quella suppletiva.

3. – La seconda questione si innesta su un dibattito noto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia: quello relativo all'evoluzione intorno al concetto e al perimetro della *trasparenza contrattuale*.

A tal proposito, la Corte di Giustizia chiarisce che ciascuna clausola contrattuale può essere oggetto di un sindacato di vessatorietà ove difetti di chiarezza o di comprensibilità.

E ciò – si badi – al netto delle eventuali conseguenze circa la mancata trasposizione dell'art. 4, par. 2, direttiva 93/13 CEE nell'ordinamento nazionale e, dunque, al netto dell'eventuale esistenza, nel diritto spagnolo, di un nucleo di clausole tolte dall'ambito del giudizio di abusività "contenutistico" [11] .

È noto, infatti, che, ai sensi dell'art. 4, par. 2, direttiva 93/13 CEE, «la valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i beni e servizi che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile».

La regola di trasparenza dettata all'art. 5 della direttiva 93/13 CEE, per la Corte, trova applicazione anche in difetto – nell'ordinamento nazionale – di una norma che espressamente ponga il precetto di chiarezza e comprensibilità; e ciò a prescindere da

---

si veda anche il punto 3 *bis,* lett. d) dell'allegato II del decreto che attribuisce la facoltà di utilizzare un indice espresso «in qualsiasi altro modo, sempre che risulti chiaro, concreto e comprensibile per il mutuatario e sia conforme alla legge».

[11] Il legislatore spagnolo, a differenza di quello domestico (cfr. art. 34, comma 2, cod. cons.) non ha riprodotto la disposizione contenuta nell'art. 4, par. 2, direttiva 93/13 CEE nell'ordinamento nazionale sicché, secondo una parte della dottrina, le clausole relative all'oggetto principale del contratto potrebbero essere qualificate abusive anche laddove formulate in maniera chiara e comprensibile. Al riguardo cfr. G. D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Torino, 2018, spec. 91 ss.; le ragioni dei limiti posti da alcuni ordinamenti nazionali al controllo sul contenuto del contratto sono indagate da A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti,* in *Europa e dir. priv.,* 2013, spec. 708 ss. Una ricostruzione dei termini del dibattito intorno alla trasposizione dell'art. 4, par. 2, direttiva 93/13 CEE nel diritto spagnolo può leggersi in N. MATO PACÍN, *El contrato de servicios bancarios: las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, in *Juscivile*, 2017, spec. 253 ss.



una parziale o incompleta trasposizione dell'art. 4, par. 2 della medesima direttiva [12].

Sicché, ponendosi nel solco dei suoi precedenti, la Grande Sezione ribadisce che l'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali deve essere inteso non soltanto secondo un'accezione *formale* (*i.e.* avendo riguardo alla linearità nella formulazione della clausola dal punto di vista grammaticale), ma anche in senso *sostanziale*, ossia tale «che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto della modalità di calcolo di tale tasso e di valutare in tal modo, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sulle sue obbligazioni finanziarie» [13] (cfr. punto n. 51 della sentenza).

Afferma così la Corte che, per la miglior protezione del consumatore che si trovi in una posizione di inferiorità rispetto al professionista, la clausola che in un contratto di mutuo ipotecario preveda l'indicizzazione degli interessi sulla base di un tasso variabile non solo deve essere formulata secondo chiarezza e comprensibilità lessicale, ma necessita di essere accompagnata da un'*attività informativa* capace di fornire al mutuatario una conoscenza effettiva tanto del metodo di calcolo dell'indice quanto dell'andamento pregresso e attuale di quest'ultimo.

In sintesi, la tesi della Corte di Giustizia si lascia così riassumere: il giudice nazionale, al fine di valutare la trasparenza di una clausola di indicizzazione degli interessi a un tasso variabile, dovrà tenere in considerazione, da un lato, l'accessibilità e la pubblicità dei principali elementi relativi al calcolo di tale tasso nonché, dall'altro lato, l'avvenuta

---

[12] Parziale o incompleta trasposizione dell'art. 4, par. 2, consentita alla luce dell'obiettivo di armonizzazione «minima» della direttiva 93/13 CEE (e, in particolare, dall'art. 8, direttiva 93/13 CEE), che, com'è noto, ha permesso agli Stati membri di riservare al consumatore una tutela più ampia. Sul problema dell'obbligatorietà della trasposizione di cui all'art. 4, par. 2, direttiva 93/13 CEE – norma non imperativa né vincolante – cfr. Corte eur. giust. 3.6.2010, *Caja de Aborros*, C-484/08, ove si legge che «agli Stati membri non può essere impedito di mantenere o adottare, nel settore disciplinato dalla direttiva nel suo complesso, incluso l'art. 4, n. 2, di quest'ultima, regole più severe di quelle prevista dalla direttiva medesima, purché siano dirette a garantire un livello di protezione più elevato per i consumatori» (così al punto 40). Sul concetto di armonizzazione come categoria di relazione, ossia categoria dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali, si veda, per esemplare, C. CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 905 ss., 911.

[13] Cfr. Corte di Giustizia, 21 marzo 2013, *Rwe Vertrieb*, C-92/11; Corte di Giustizia, 30 aprile 2014, *Kàsler*, C-26/13, in *Contratti*, 2014, 853 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e A.B.F.: il "mondo di ieri" o un* trompe l'oeil *concettuale?*, nonché in *dirittocivilecontemporaneo.it*, con nota di A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, 2014; Corte di Giustizia, 9 luglio 2015, *Bucura*, C-348/14; Corte di Giustizia, 23 aprile 2015, *Van Hove*, C-96/14.



comunicazione al consumatore di informazioni sull'andamento passato dell'indice sulla base del quale è calcolato lo stesso.

Pertanto, con specifico riguardo all'IRPH *Cajas* la Corte ha rimesso al giudice spagnolo ogni valutazione in merito alla sindacabilità della condotta dell'istituto di credito nel caso di specie, sia pur rilevando che l'andamento di quell'indice sarebbe stato facilmente accessibile e comprensibile al consumatore, dal momento che figurava nella circolare n. 8/1990 pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado* [14].

Ora, tralasciando per un momento i condivisibili dubbi che possono nutrirsi rispetto alla declinazione in senso *sostanziale* del concetto di trasparenza – che, per tale via, finisce per contenere tutta quella che è l'attività informativa [15] – per poco che si rifletta sulle conclusioni della Corte di Giustizia non può non osservarsi come all'istituto di credito sarebbe sufficiente dimostrare di aver adempiuto a una adeguata informazione precontrattuale (consistente nell'illustrazione del metodo di calcolo dell'indice e del costo finanziario del mutuo) per escludere in radice l'abusività della pattuizione.

Su altra linea, infatti, la Corte stabilisce che, ai fini della soluzione della controversia, sarebbe «non necessario» (così al punto 42) interrogarsi intorno alla trasposizione dell'art. 4, par. 2, direttiva 93/13 CEE nell'ordinamento spagnolo, in quanto un giudizio di abusività potrebbe *comunque* darsi a seguito dell'accertamento del difetto di trasparenza della clausola.

Se non ci si inganna, però, l'approdo di questo argomento finisce per restituire una *tutela inferiore* del consumatore, all'esatto contrario dello scopo perseguito dalla Corte.

Non basta intendere la trasparenza in senso sostanziale: qualora, ampliando la tutela del

---

[14] Si veda il punto 53 della decisione. Che, nel caso di specie, l'onere economico discendente dal mutuo sarebbe stato prevedibile e calcolabile dal consumatore (e, dunque, che il ricorrente non sarebbe stato esposto a un «rischio imprevedibile di variazione dell'onere economico risultante dal suo mutuo») emerge già dalle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, reperibili online sul sito *www.curia.europa.eu* (cfr., in particolare, i punti 119-124).

[15] Con riguardo alla trasparenza contrattuale la letteratura è sterminata. Sin da ora, si rinvia alle pagine di G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori,* in *Foro it.*, 1996, IV, c. 145 ss., spec. c. 153-154; V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore». (La novella al codice civile),* Napoli, 1997, 16 ss.; S. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Europa e dir. priv.,* 2019, 651 ss.; ID., *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali V,* Milano, 2012, 1280 ss.; Id., *L'equilibrio soggettivo dello scambio*, cit., spec. 860; ID., What is european in european private law?, cit., 16 ss.; R. SENIGAGLIA, *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007; E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contr.*, 2011, 977 ss.; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 311 ss.; M.F. CAMPAGNA, *Note sulla trasparenza del contratto,* in *Contr. e impr.*, 2015, 1036 ss.; F.G. VITERBO, *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, Napoli, 2018, 75 ss.



consumatore, un ordinamento nazionale abbia scelto di *non* trasporre l'art. 4, par. 2 della direttiva, il giudizio di abusività – nella più ampia prospettiva "contenutistica" – sarebbe esteso *anche* alle clausole economiche, con una maggiore tutela del consumatore [16].

E, allora, se nell'ordinamento spagnolo, in ragione della mancata trasposizione dell'art. 4, par. 2 della direttiva, parrebbe non esservi alcuna distinzione tra giudizio di abusività delle clausole economiche e giudizio di abusività delle clausole normative, ciò significa che la clausola di indicizzazione degli interessi, benché predisposta eventualmente dal professionista in modo chiaro e comprensibile, potrebbe *comunque* essere dichiarata abusiva.

Invece, il risultato cui approda la Grande Sezione della Corte di Giustizia (e cioè: a nulla rileverebbe la mancata trasposizione dell'art. 4, par. 2 della direttiva, in quanto un giudizio sull'abusività si darebbe *in ogni caso* avendo riguardo alla trasparenza della clausola) in realtà comporta che nel caso in cui la clausola economica sia formulata in modo chiaro e comprensibile non residua alcun motivo per cui la pattuizione possa essere dichiarata abusiva.

4. – Terza e ultima questione affrontata dalla Corte: quali conseguenze discendono dalla declaratoria di vessatorietà delle clausole di indicizzazione degli interessi.

Al riguardo, è noto il ruolo che nel quadro del diritto privato europeo ha assunto il rimedio della nullità di protezione. Ci si riferisce, in particolare, alle sue caratteristiche di rimedio *effettivo* (tanto della norma cogente, quanto delle conseguenze connesse alla sua violazione) *proporzionato* (ossia capace di correlare l'intensità dei suoi effetti alla gravità della violazione, al fine di evitare conseguenze ultronee o non necessarie rispetto al perseguimento degli obiettivi sottesi alla tutela) e *dissuasivo* [17].

---

[16] Nella medesima direzione si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, secondo il quale «la mancata trasposizione nel diritto interno implica che la normativa spagnola, autorizzando un controllo giurisdizionale completo del carattere abusivo delle clausole figuranti in un contratto concluso fra un professionista e un consumatore, come quelle previste all'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13, consente di assicurare al consumatore, in conformità all'articolo 8 di tale direttiva, un livello di protezione più elevato rispetto a quello stabilito da detta direttiva, e ciò anche se tale clausola verte sull'oggetto principale del contratto o sul rapporto qualità-prezzo della prestazione» (così al punto 98).

[17] Sul punto, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto,* Padova, 2008; N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2009, 887 ss.; S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale,* consumer welfare *e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 804 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, III ed., Padova, 2017, spec. 466 ss.; E. NAVARRETTA, *Costi-*



Nella sentenza in commento il giudice europeo, respinta la possibilità di un'integrazione *giudiziale* del contratto, conclude nel senso che l'art. 6, par. 1, direttiva 93/13 CEE non osta alla possibilità di un'integrazione *mediante il diritto dispositivo*, laddove il contratto non possa sopravvivere all'amputazione della clausola [18].

L'integrazione dispositiva si rivela rimedio *necessario* e *utile* laddove si vogliano evitare le conseguenze di una nullità dell'intero negozio, che esporrebbe il consumatore a un'obbligazione restitutoria pregiudizievole [19].

Non stupisce, allora, che la Corte concluda nel senso che un'eventuale nullità della clau-

---

tuzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung, *ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, 35 ss. nonché 54 ss.; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 100 ss.

[18] Sin da ora, sul punto, si condividono i rilievi di S. PAGLIANTINI, What is european in european private law?, cit., 15 ss. e 25 ss., il quale, muovendo dalla premessa per cui il diritto dispositivo sarebbe assistito da una presunzione di giustizia contrattuale soltanto *relativa* (cfr. art. 1, par. 2, direttiva 93/13 CEE), avverte che l'integrazione mediante la disciplina dispositiva sarebbe pertinente soltanto ove, in concreto, quest'ultima «si mostri *materialmente* idonea a formalizzare un ragionevole bilanciamento in rapporti contrattuali asimmetrici». L'integrazione mediante il diritto dispositivo, allora, non è «una *forma indifferenziata*», ma riguarda «*quelle* norme dispositive che, in analogia con l'interpretazione dell'art. 1, § 2, siano proattivamente idonee a realizzare […] un equilibrio tra l'insieme dei diritti e degli obblighi delle parti».

[19] La soluzione non può dirsi frutto di un orientamento consolidato della Corte posto che in passato, pur in presenza di una norma dispositiva capace di supplire alla lacuna, ha sovente concluso per la caducazione "secca" della clausola abusiva. Sui rapporti tra nullità di protezione e integrazione del contratto, si vedano, senza pretesa di esaustività, F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore,* in *Contr. e impr.*, 2006, 673 ss.; A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 22 ss.; ID., *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale,* cit.; ID., *Le nuove stagioni dell'integrazione del contratto*, in A. D'ANGELO-V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2019*, Torino, 2020, 30 ss.; R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in *Juscivile*, 2013, 388 ss.; P. SIRENA, *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario finanziario (ABF)*, in A. BELELLI-L. MEZZASOMA-V. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, 59 ss., spec. 68 ss.; L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contr. e impr.*, 2014, 100 ss.; G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi,* II ed., Torino, 2015; S. PAGLIANTINI, *Il* "restatement" *della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prima armonizzato delle fonti,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, 423 ss.; ID., *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, 561 ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 54 ss.; F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *ODCC*, 2017, 37 ss.; P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giust. civ.,* 2020, 713 ss.; M. LAMICELA, *Valutazione di abusività ed effetti della nullità di protezione nei contratti del consumatore: la strategia della deterrenza e l'effettività delle tutele*, in *Juscivile*, 2020, spec. 1544 ss.; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e integrazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 609 ss.



sola in questione non si propaghi all'intero contratto (considerata la pacifica parziarietà della nullità di protezione); al contrario, desta qualche perplessità il passaggio in cui la Corte, preso atto dell'esistenza di un indice sostitutivo qualificato dal diritto spagnolo come «suppletivo» (cfr. quindicesima disposizione addizionale della l. n. 14/2013), riserva al giudice nazionale il potere di sostituire l'IRPH *Cajas* – abusivo qualora la relativa clausola difetti della necessaria trasparenza – con tale indice suppletivo (l'IRPH *Conjunto de Entidades*, consistente nel tasso medio sui mutui ipotecari concessi dagli istituti di credito spagnoli) [20].

E infatti, per un verso, anche nel diritto spagnolo, il contratto di mutuo ipotecario ben potrebbe sussistere in assenza di clausole che disciplinano la debenza degli interessi corrispettivi [21]; per altro verso, il giudice spagnolo dovrebbe comunque accertare che la norma dispositiva sia concretamente idonea a correggere la posizione di squilibrio contrattuale, al fine di assicurare al consumatore una tutela effettiva [22].

---

[20] Avverte il rischio che il diritto dispositivo – «luogo di oggettivazione di un criterio di giustizia distributiva» – si traduca in un «arsenale sostitutivo monopolizzante», S. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Pers. e mercato*, 2021, 31 ss. e spec. 41 ss. Nella giurisprudenza europea, l'applicazione del diritto dispositivo a seguito della caducazione della clausola vessatoria sembra trovare una conferma anche nella successiva Corte di Giustizia, 16 luglio 2020, *CY c. Caixabank SA*, C-224/19, (vedine, in particolare, il punto 54).

[21] E ciò al netto della considerazione, tutt'altro che di poco momento, per cui – alla luce di Corte di Giustizia, 3 ottobre 2019, *Dziubak c. Raiffeisen Bank International AG*, C-260/18 (punti 54-56) – «la direttiva 93/13 non si spinge fino al punto di rendere obbligatorio il sistema di tutela contro l'uso di clausole abusive da parte dei professionisti da essa istituito a favore dei consumatori. Di conseguenza, quando il consumatore preferisce non avvalersi di tale sistema di tutela, quest'ultimo non viene applicato». In altri termini, ben potrebbe il consumatore reputare preferibile l'invalidazione del contratto nella sua interezza («la volontà che il consumatore ha espresso al riguardo è determinante»). Per questa via, allora, l'integrazione del contratto mediante il diritto dispositivo sarebbe tutt'altro che un *automatismo* (sullo specifico punto si vedano le pagine di S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di Giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.,* 2019, spec. 1265 e 1266, che osserva: «Se la volontà del consumatore è *sovrana,* pure un'integrazione dispositiva ragionevole, che *curerebbe*, è riguardata cioè come *sub condicione*»).

Si badi che il problema è al centro di una delle nuove questioni inerenti all'IRPH sollevate *Juzgado de Primera Instancia n. 38 de Barcelona* lo scorso 2 dicembre 2020 (v., in particolare, la quarta questione, formulata nei seguenti termini: «¿Resulta contrario a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y a la Jurisprudencia del TJUE derivada de la STJUE C-260/18, que el juez nacional que entiende que elcontrato objeto de controversia no puede subsistir sin la cláusula relativa al tipo de interés declarada abusiva no ofrezca al consumidor la posibilidad de optar entre la nulidad del contrato o la integración del mismo?»).

È sul fondo di questo brano della decisione (*rectius*, al fondo di questa omissione nel ragionamento svolto dalla Corte) che sembra potersi scorgere un attrito tra le ragioni dell'efficienza e quelle della giustizia. Sulla dialettica tra i due elementi, nel contesto del diritto privato europeo, si rinvia alle pagine di E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 56 ss.

[22] Sul punto si vedano Corte di Giustizia, 3 ottobre 2019, *Dziubak*, cit., e, in particolare, i punti 57-62; Corte di Giustizia, 3 aprile 2019, *Aqua Med sp. c. Irena Skóra,* C-266/18, punti 35-38; più recentemente,



L'esito positivo di quest'ultimo accertamento, però, sembra tutt'altro che scontato.

L'integrazione mediante il diritto dispositivo, infatti, si tradurrebbe nell'adozione di un indice (*i.e.* l'IRPH *Conjunto de Entidades*) che, oltre a essere – al pari dell'IRPH *Cajas* – meno conveniente per il consumatore rispetto all'Euribor, sarebbe calcolato, similmente al primo, sulla base di criteri che «non sono accessibili al pubblico, come invece accade per l'altro tasso abitualmente utilizzato, [l'indice Euribor]» (cfr. il punto 26, 2), b), i) della decisione) [23].

5. – S'è detto in esordio che, a distanza di meno di un anno, due giudici spagnoli hanno sollevato nuove domande pregiudiziali dinanzi alla Corte di Giustizia riguardanti l'IRPH *Cajas*.

Le questioni originano da persistenti dubbi sulle clausole relative a tale indice; dubbi che sono alimentati da quattro sentenze rese dal *Tribunal Supremo* nello scorso autunno [24].

Corte di Giustizia, 26 marzo 2020, *Mikrokasa SA e Revenue Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty c. XO*, C-779/18, punti 52-58; Corte di Giustizia, 3 settembre 2020, *Profi Credit Polska SA c. QJ* e *BW c. DR* e *QL c. CG*, C-84/19, C-222/19 e C-252/19, punti 58-63. Che la clausola contrattuale riproduttiva di una disposizione del diritto nazionale non sia esente da un giudizio di abusività laddove il relativo contenuto sia «contrario all'effetto utile della direttiva 93/13» emerge dalle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar (cfr. spec. il par. 84). In dottrina, v. P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto*, cit., 734 ss.

[23] Su questo specifico profilo si appunta la quinta questione pregiudiziale sollevata dal *Juzgado de Primera Instancia n. 38 de Barcelona* il 2 dicembre 2020 («¿Resulta contrario a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y al efecto disuasorio como principio comunitario, dada la alteración insignificante que se daría en el resultado económico, que declarada abusiva la cláusula que incorpora el índice IRPH *Cajas* al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, el juez nacional sustituya dicha cláusula por otra que incorpore el índice IRPH *Entidades* al contrato, teniendo en cuenta que ambos se determinan por idéntico y complejo método de cálculo y el ordenamiento nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de prestaciones entre las partes?»).

Nella medesima direzione, vedi la dodicesima questione pregiudiziale sollevata dal *Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Eivissa* il 5 gennaio 2021 («Se cuestiona si el artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que declarada nula la cláusula que establece el índice de referencia IRPH en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor, puede subsistir el contrato sin necesidad de que sea sustituida la cláusula por otro índice de referencia. En caso negativo, ¿se opondría al principio de efecto disuasorio contemplado en el art. 7.1 de la Directiva que fuera sustituido por otra subtipo de IRPH (IRPH *Conjunto de Entidades*, IRPH *Cajas*, IRPH *Bancos*, o IRPH *Ceca*) que ocasionaría el mismo efecto, o si por el contrario debería ser sustituido por el índice de referencia más usado y extendido (Euribor para el caso concreto) para la concertación de préstamos entre consumidores y entidades financieras en el momento de la celebración del contrato?»).

[24] Ci si riferisce alle sentenze del *Tribunal Supremo* nn. 595, 596, 597 e 598/2020, rese tutte il 12 novembre 2020.



Infatti, in adesione agli insegnamenti della Corte di Giustizia [25], il *Tribunal Supremo* ha operato una condivisibile distinzione tra il controllo di trasparenza e quello di abusività, chiarendo che il primo costituisce soltanto «un presupposto o un antecedente del secondo».

Sicché, un eventuale accertamento della mancanza di trasparenza della clausola non ne determinerebbe *automaticamente* l'abusività, in quanto il relativo giudizio rimarrebbe articolato su entrambi i presupposti su cui si fonda la nozione di vessatorietà (*i.e.* la violazione della buona fede, da un lato, e l'eccessivo squilibrio fra i diritti e gli obblighi, dall'altro lato) [26].

Il ragionamento non è di poco momento: se una clausola che definisce l'oggetto principale del contratto potesse essere dichiarata abusiva soltanto perché redatta in modo non chiaro o non comprensibile, si giungerebbe al paradosso per cui il (sicuramente più delicato) giudizio di abusività relativo alle clausole c.d. economiche del contratto verrebbe condotto all'esito di una valutazione "semplificata" rispetto a quella compiuta con riguardo alle clausole c.d. normative.

Nelle sue decisioni, il *Tribunal Supremo* – distinguendo concettualmente e giuridicamente il profilo dello squilibrio dei diritti e degli obblighi da quello della chiarezza e comprensibilità della pattuizione – ha ritenuto che la clausola IRPH *Cajas* non potesse considerarsi abusiva.

Spetterà nuovamente alla Corte di Giustizia, allora, chiarire definitivamente se (e per quale ragione) vi sia un automatismo tra l'accertamento del difetto di trasparenza e la valutazione di abusività.

---

[25] Al riguardo, per tutte, cfr. Corte di Giustizia, 26 gennaio 2017, *Banco Primus SA c. Jesús Gutiérrez García,* C-421/14, (punto 64).

[26] In questa prospettiva v. anche A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, cit., 717, nonché G. D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà*, cit., 108 ss.



CASS. CIV., SEZ. I, 13 SETTEMBRE 2021, N. 24639

In materia di buoni postali fruttiferi cointestati e recanti la clausola "pari facoltà di rimborso", in caso di morte di uno dei cointestatari, ciascun cointestatario superstite è legittimato ad ottenere il rimborso dell'intera somma portata dal documento.

...Omissis...

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. [*Omissis*] S.p.a. chiedeva la cassazione della sentenza del 3 luglio 2017 del Tribunale di Cosenza, affidando il ricorso a tre motivi relativi a un giudizio in cui – in linea alla sentenza di primo grado – la stessa veniva condannata a *«rimborsare il 100% del buono postale fruttifero [...] calcolato a norma dei tassi di interessi indicati sul retro del titolo e fino all'effettivo rimborso, oltre interessi legali dalla domanda al saldo».*

2. Per quanto qui di interesse, [*omissis*] conveniva [*omissis*] S.p.a. innanzi al Giudice di pace di Cosenza, chiedendo in via principale la condanna al rimborso dell'intero montante di un buono postale fruttifero, emesso in data 4 novembre 1994, dotato della clausola di *«pari facoltà di rimborso»*, di cui era cointestataria superstite, per sopravvenuto decesso dell'altro cointestatario; in subordine chiedeva la condanna al rimborso della propria quota, pari al 50% del totale.

Il Giudice di pace accoglieva la domanda subordinata.

La sentenza di primo grado veniva appellata da [*omissis*] avanti al Tribunale di Cosenza, il quale condannava la società al rimborso del 100% del buono postale fruttifero. In particolare, la pronuncia si fondava sulle seguenti motivazioni: *i)* la presenza sul titolo della clausola di *«pari facoltà di rimborso»* permetteva a ciascuno dei titolari di riscuotere autonomamente il buono, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 2021 cod. civ.; *ii)* la suddetta cointestazione, costituendo una forma di comunione ordinaria, legittimava ciascuno dei comproprietari a disporre dello strumento di risparmio; *iii)* anche a seguito della morte di uno dei cointestatari è da ritenersi valida la clausola di *«pari facoltà di rimborso»,* in quanto la eventuale applicazione dell'articolo 187 del d.p.r. n. 256 del 1989 subordinerebbe il pagamento del buono alla quietanza congiunta degli eredi del



cointestatario defunto, estinguendo senza ragioni la *«pari facoltà»* prevista dal titolo; *iv)* nessuna norma prevede *«la cessazione della pari facoltà di rimborso in conseguenza del suo carattere personale»; v)* il diritto di riscuotere il buono autonomamente, anche per intero e su semplice presentazione del documento, era garantito da una chiara prescrizione contenuta nel titolo: trattandosi di una obbligazione contrattuale, il diniego da parte di [*omissis*] S.p.a. era da ritenersi pertanto illegittimo; *vi)* il debitore non può rifiutare il pagamento del titolo adducendo l'eventuale lesione dei diritti successori degli eredi del cointestatario defunto, essendo tale questione riconducibile al distinto piano dei rapporti interni tra coeredi.

[*Omissis*] S.p.a. proponeva ricorso per la cassazione della sentenza e [*omissis*] resisteva con controricorso.

Chiamato all'adunanza camerale, il ricorso veniva rimesso alla pubblica udienza per la novità della questione.

MOTIVI DELLA DECISIONE.

1. Il ricorso contiene tre motivi.

1.1. Il primo motivo denuncia la *«violazione e/o falsa applicazione degli artt. 156 e 187 d.p.r. n. 256/1989 (approvazione di regolamento di esecuzione del libro terzo del codice postale e delle telecomunicazioni – servizi di banco posta), 182 d.p.r. n. 156/1973 (testo unico delle disposizioni legislative in materia postale di bancoposta e telecomunicazioni) e dell'art. 7 comma 3 d.lgs. n. 284/1999»*. Osserva la società ricorrente che l'articolo 187 d.p.r. n. 256/1989, applicabile anche ai buoni postali fruttiferi, prevede chiaramente che il rimborso a saldo del credito a persona defunta oppure cointestato – anche in presenza della clausola della *«pari facoltà»* – viene eseguito con quietanza di tutti gli aventi diritto. Tale previsione è posta a tutela sia del debitore, per le eventuali pretese degli eredi del cointestatario defunto, sia di tutti gli aventi diritto, i quali, non intervenienti alla quietanza, potrebbero non godere della fruttuosità del titolo.

1.2. Il secondo motivo denuncia la *«violazione e falsa applicazione degli artt. 1100, 1102, 1111 c.c.»*. Quando la proprietà di un bene – e dunque anche di un diritto di credito – spetta a più persone si applicano le norme sulla comunione ordinaria. Ad avviso della società ricorrente, a seguito della morte di uno dei cointestatari, è da ritenersi applicabile la disciplina prevista dall'articolo 1102 cod. civ. secondo cui *«qualora la cosa comune sia alterata o addirittura sottratta definitivamente alla possibilità di godimento collettivo, si rientra nell'ambito dell'appropriazione del bene comune, per legittimare il quale è necessario il consenso di tutti i partecipanti». Ad abundantiam*, il rimborso della



propria quota, seppur legittimo, sarebbe comunque subordinato alla procedura di scioglimento della comunione prevista dall'articolo 1111 cod. civ.

1.3. Il terzo, e ultimo, motivo denuncia la *«violazione dell'art. 48 commi 3 e 4 d.lgs. n. 346/1999 (testo unico in materia di imposta sulle successioni e donazioni)».* In materia di imposta sulle successioni e donazioni è previsto un vincolo di indisponibilità della prestazione per cui, a seguito della morte dell'intestatario di somme depositate presso un istituto di credito, è necessario procedersi al blocco di qualsiasi operazione di pagamento sino alla esibizione della dichiarazione di successione ovvero di una dichiarazione scritta dell'interessato che attesti l'insussistenza di tale obbligo.

1.4. Il ricorso viene respinto per le seguenti ragioni.

1.5. *In primis*, viene precisato che – nonostante nell'ordinanza interlocutoria la questione sottesa alla clausola di *«pari facoltà di rimborso»* venga considerata una novità per la giurisprudenza di legittimità – nell'arco temporale intercorrente tra l'adunanza che conduceva alla pronuncia interlocutoria e la sua pubblicazione, interveniva la Corte (Cass. 10 giugno 2020, n. 11137) che accoglieva – senza riserve – la posizione della società ricorrente. In particolare, la pronuncia si limitava ad affermare l'applicabilità dell'articolo 187 del d.p.r. n. 256/1989 ai buoni postali fruttiferi.

1.6. L'odierna Corte si propone di verificare, sulla base dell'univocità del testo della citata clausola contrattuale e tenuto conto dell'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità – secondo cui i dati risultanti sul testo dei buoni postali avrebbero un peso predominante (Cass. 31 luglio 2017, n. 19002; Cass. 28 febbraio 2018, n. 4761) – *«se la portata onnicomprensiva* [della clausola] *si scontri effettivamente, oppure no, con l'applicazione di norme imperative».* La stessa società ricorrente non contesta, infatti, l'interpretazione della *«pari facoltà di rimborso»* in base alla quale ciascun cointestatario avrebbe distinta facoltà di ottenere il pagamento dell'intero; per converso, vi contrappone la imperatività di norme di diverso segno.

1.7. Totalmente infondato è da ritenersi il richiamo della società ricorrente alla disciplina della *«comunione di diritti reali»* e, di conseguenza, agli articoli 1102 e 1111 c.c. In base a quanto già osservato nell'ordinanza interlocutoria, la Corte precisa, in primo luogo, che la conformazione dei buoni postali cointestati rinvia alla figura della contitolarità nei diritti di credito piuttosto che alla comunione di diritti reali. Inoltre, nel caso di specie, si discute esclusivamente della legittimazione attiva alla prestazione: posizione soggettiva che, anche sulla base del dato normativo (1992 c.c.), si distingue dalla contitolarità del relativo diritto.

1.8. L'asserita applicabilità, sostenuta dalla società ricorrente, dell'articolo 187 del



d.p.r. n. 256/1989 concernente i libretti di risparmio ai buoni postali fruttiferi – per il tramite dell'articolo 203 dello stesso decreto – è da escludere. Infatti, la semplice omogeneità morfologica tra i libretti di risparmio e i buoni postali fruttiferi e la presunta assenza di una disposizione dedicata alla riscossione dei buoni nel caso di morte di un cointestatario, non può di per sé stessa giustificare l'applicazione dell'articolo 187 del già citato d.p.r. La Corte, al contrario, richiama l'articolo 208 del d.p.r. n. 256/1989, il quale, prescrivendo la *«rimborsabilità a vista»* dei buoni postali, contiene una disciplina specifica riservata alla riscossione degli stessi.

1.9. A ulteriore conferma della distanza che intercorre tra i libretti di risparmio e i buoni postali fruttiferi, la Corte puntualizza la diversa natura giuridica di questi ultimi, i quali appartengono alla specie dei *«documenti di legittimazione» ex* articolo 2002 c.c. e non a quella dei *«titoli di credito»* cui è, invece, riconducibile il libretto di risparmio (per i buoni Cass. SU 15 giugno 2007, n. 13979; Cass. 28 febbraio 2018, n. 4761; Cass. SU 11 febbraio 2019, n. 3963; per i libretti Cass. 9 febbraio 1981, n. 798; Cass. 15 luglio 1987, n. 6242; Cass. 13 maggio 2020, n. 8877).

1.10. Assume fondamentale rilevanza, nella ricostruzione del funzionamento della clausola di *«pari facoltà di rimborso»* in caso di morte di uno dei cointestatari del buono postale fruttifero, il terzo comma dell'articolo 204 del d.p.r. n. 256/1989, il quale sancisce l'intrasferibilità del credito portato dai buoni postali. Tale norma, oltre a ricalcare la diversa natura del buono, evidenzia il rafforzamento del diritto dell'intestatario ad ottenerne il rimborso *«a vista»*. In tale prospettiva, il vaglio di applicabilità previsto dal citato articolo 203 si scontra sia con la peculiare natura dei buoni postali fruttiferi sia con l'aspetto caratterizzante la clausola contrattuale della *«pari facoltà»*.

1.11. In merito alla funzione di protezione dell'erede o dei coeredi del cointestatario defunto – al quale l'articolo 187 del citato d.p.r. sarebbe strumentale – la Corte riporta una recente pronuncia del Collegio di coordinamento ABF (n. 22747/2019), nella quale viene precisato che la diversa normativa di riferimento dei buoni postali fruttiferi non ha la finalità di tutelare gli interessi dei coeredi, in quanto questi ultimi, venuti eventualmente a conoscenza *aliunde* dell'esistenza dei buoni intestati anche a propri danti causa, potranno agire nei confronti del coerede davanti al giudice ordinario. Inoltre, posta la chiara distinzione concettuale tra titolarità del credito e legittimazione alla riscossione, in caso di cointestazione con clausola di *«pari facoltà di rimborso»* si è in presenza di una solidarietà attiva, secondo la cui disciplina – alla morte di uno dei concreditori – l'obbligazione si divide fra gli eredi in proporzione delle quote (art. 1295 c.c.); eppure, la riscossione riservata all'intestatario non interferisce con la spettanza del credito che, in



ogni caso, l'erede o gli eredi del cointestatario defunto potranno far valere in una diversa sede.

1.12. Infine, la società ricorrente richiama la imperatività della norma di cui all'articolo 48 del testo unico sull'imposta sulle successioni e donazioni (per il cui funzionamento la Corte richiama la recente Cass. 13 aprile 2021, n. 9670). Riproponendo l'orientamento espresso nell'ordinanza interlocutoria, la Corte equipara – ai fini dell'imposta di successione – i buoni postali ai titoli di Stato, i quali non rientrano, *ex* articolo 12 lett. i) d.lgs. n. 346/1990, nell'attivo ereditario (viene menzionata anche la Risoluzione del 13 luglio 1999 n. 115 – Min. Finanze – Dip. Entrate Aff. Giuridici Serv. IV). Ne discende, pertanto, che il contribuente non è tenuto a denunziare i buoni nella dichiarazione di successione e che – di conseguenza – la società non potrà rifiutare il rimborso degli stessi.

1.13. Alla luce di quanto sopra rilevato, la Corte rigetta il ricorso.

JUS CIVILE



CARLA FAILLA

Dottoranda di ricerca – Università degli studi di Palermo

BUONO POSTALE FRUTTIFERO COINTESTATO E LA CLAUSOLA DI «PARI FACOLTÀ DI RIMBORSO»: A PROPOSITO DI CASS., SEZ. I, 13 SETTEMBRE 2021, N. 24639

SOMMARIO: *1. Premessa. La regolamentazione dei buoni postali fruttiferi. – 2. Parallelismo tra libretti di risparmio e buoni postali fruttiferi. – 3. La diversa natura giuridica dei buoni postali fruttiferi. – 4. La «rimborsabilità a vista». – 5. Il caso di specie: la clausola di «pari facoltà di rimborso». – 5.1.* Segue*. La legittimazione alla riscossione. – 5.2.* Segue*. Comunione di diritti reali e contitolarità di diritti di credito. – 5.3.* Segue*. Protezione dell'erede del cointestatario defunto. – 5.4.* Segue*. Equiparazione ai titoli di stato. – 6. Conclusioni.*

1. – Le operazioni di raccolta mediante emissione di buoni postali fruttiferi e libretti di risparmio (i quali, congiuntamente considerati, formano il c.d. «risparmio postale» [1]) costituiscono l'attività storicamente realizzata dalle Poste Italiane [2].

I buoni postali fruttiferi (da qui in avanti anche BFP) vennero introdotti nel nostro ordinamento con il d.l. 16 dicembre 1924, n. 2106 quale forma di finanziamento pubblico

[1] Così l'art. 1, lett. h), d.P.R. 14 marzo 2001, n. 144 ("*Regolamento recante norme sui servizi di bancoposta*").

[2] Precisamente, a far data dal 1924. Sui buoni postali fruttiferi nella vigenza della disciplina dettata dal codice postale del 1973 e dalle relative norme attuative v., *ex multis*, G. FALCONE, *Buoni postali fruttiferi*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, II, 1987, 382 ss.; nonché CALABRÒ, *Poste e telecomunicazioni*, in *Enc. giur.*, 1985, 2 ss.; MONTEL, *Poste e telecomunicazioni*, in *D. disc. pubbl.*, XI, 1996, 364. Con riferimento alla normativa successiva al d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284, v. ROCCHIETTI MARCH, *Poste*, in *Enc. giur.*, 2002, 7 ss. Infine, per una disamina delle principali caratteristiche del titolo *de quo* si rimanda a DE POLI, *Buoni postali fruttiferi e letteralità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008, 137 ss.; ROTONDO, *Regime giuridico dei buoni postali fruttiferi: tra eterointegrazione del contratto e tutela dell'affidamento del cliente*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, II, 2016, 633 ss.

Circa la portata dell'attività «storicamente realizzata dalle Poste», si pensi che la dimensione quantitativa propria del risparmio postale nel mercato odierno ammonta – secondo i dati rinvenibili nei documenti di bilancio della Cassa al 31 dicembre 2020 – a 275 miliardi di euro.



alternativo ai buoni ordinari del Tesoro. Successivamente [3], la regolamentazione dei buoni venne affidata alla Cassa Depositi e Prestiti con lo scopo di concorrere così alla dotazione della provvista necessaria per lo svolgimento della funzione legislativamente a questa assegnata [4]; trattavasi nella sostanza di uno strumento differente dal libretto postale, caratterizzato principalmente dalla maggiorazione anno per anno di un tasso di interesse estremamente vantaggioso per il creditore.

Prima dell'inizio del processo di trasformazione delle Poste Italiane e della Cassa in società per azioni [5], la disciplina contrattuale applicabile ai buoni postali fruttiferi si trovava regolata nel Codice Postale e delle Telecomunicazioni (d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 e successivo regolamento attuativo d.P.R. 17 agosto 1989, n. 256). Quella disciplina – ancora applicabile ai buoni emessi in data antecedente al d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284 – governava un rapporto giuridico riconosciuto come di diritto privato [6], nonostante prevedesse un meccanismo di variazione unilaterale delle pattuizioni per mezzo di decreti ministeriali [7]; quale quello rimesso al Ministro del Tesoro dall'articolo 173 (d.P.R. n. 156/1973) [8].

---

[3] Per il tramite della l. 14 giugno 1928, n. 1398.

[4] In merito ai primi periodi di vigenza dei buoni fruttiferi postali quali *«titoli del debito pubblico»* si segnala BUSCEMA, *Buono (in generale),* in *Enciclopedia del diritto,* V, 1959, 708; nonché G. FALCONE, *Buoni postali fruttiferi* cit. Tramite il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284 veniva previsto che la Cassa Depositi e Prestiti svolgesse l'attività – tra le altre di interesse economico generale – di *«concedere finanziamenti, sotto qualsiasi forma, allo Stato, alle regioni, agli enti locali, agli altri enti pubblici, ai gestori di pubblici servizi, alle società a cui la Cassa partecipa e agli altri soggetti indicati dalla legge»* (cfr. art. 1, comma 1, lett. b).

[5] L'art. 5 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326 e successive modificazioni) ha disposto la trasformazione della Cassa Depositi e Prestiti in società per azioni.

[6] Corte Cost., 10-17 marzo 1988, n. 303, ha definito i rapporti delle Poste con gli utenti *«come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al regime del diritto privato»*.

[7] Con il d.m. 28 giugno 1986, n. 148 vennero estesi i nuovi – e inferiori – tassi anche ai buoni postali fruttiferi già emessi, creando così una discrasia tra gli importi indicati nei titoli e quelli maturati secondo gli adeguamenti legislativi; tale circostanza diede inevitabilmente vita a numerosi contenziosi. Secondo la lettura applicativa affermatasi a quel tempo – e successivamente confermata dalle Sezioni Unite (v. Cass., sez. un., 11 febbraio 2019, n. 3963, in *Contratti*, 2019, 263, con commento di U. CARNEVALI, *I buoni postali fruttiferi, la riduzione unilaterale dei tassi d'interesse originariamente fissati e le Sezioni Unite*; S. COSTA, *Buoni fruttiferi postali e modifica unilaterale delle condizioni economiche*, in *Corr. Giur*., 2019, 484) – la variazione operava mediante una dinamica priva dei requisiti strutturali del *ius variandi* privatistico: ossia, non era richiesta una specifica pattuizione e approvazione della clausola. Inoltre, – sul piano delle condizioni di efficacia – era sufficiente la sola pubblicità legale del decreto ministeriale modificativo dei tassi (non essendo necessario alcun atto recettizio di esercizio del potere). In materia si veda, da ultimo, Cass., sez. un., 11 febbraio 2019, n. 3963, in *Banca borsa tit. cred.,* VI, 2019, 673 ss.; inoltre, fra le tante, v. Cass., 31 luglio 2017, n. 19002; Cass., 16 dicembre 2005, n. 27809; Trib. Benevento, 28 gennaio 2019, in *pluris.it.;* Trib. Bologna, 19 maggio 2017, in *dejure.it*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 10 novembre 2014, in *Banca Borsa Titoli di credito*, II, 2016, 630; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 21 maggio 2015, in *Banca*



Nel 1999 si è assistito ad una ridefinizione dell'assetto disciplinare del risparmio postale e, dunque, anche dei buoni fruttiferi, principale strumento di sua gestione [9]. Con l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 284/1999 il legislatore ha infatti incaricato il Ministro del Tesoro di stabilire *«le caratteristiche e le altre condizioni dei depositi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), dei libretti di risparmio postale, dei buoni fruttiferi postali e* [di] *altri prodotti finanziari».*

Tramite il decreto MEF 19 dicembre 2000, n. 1355800 ("*Condizioni generali di emissione di buoni postali fruttiferi ed emissione di due nuove serie di buoni*"), attuativo della suddetta delega, è stato disposto (articolo 1) che i buoni postali fruttiferi *«emessi dalla Cassa depositi e prestiti con la garanzia dello Stato e collocati da Poste italiane S.p.a.»* fossero *«nominativi, non cedibili, salvo il trasferimento per successione per causa di morte del titolare o per cause che determinano successione a titolo universale»* e all'art. 2 che la loro emissione venisse effettuata *«per "serie" con decreti del Ministro* (...) *ove sono indicati il prezzo, il taglio, il tasso di interesse, la durata, l'eventuale importo massimo sottoscrivibile da un unico soggetto nella giornata lavorativa, nonché ogni altro elemento ritenuto necessario»*. In secondo luogo, il Ministro del tesoro ha attuato, trami-

---

Borsa Titoli di credito, II, 2016, 630; Trib. Livorno, 26 maggio 2016, in *pluris.it*; App. Palermo, 8 marzo 2016, in *pluris.it*; Trib. Roma, 22 febbraio 2013 in *pluris.it*; Trib. Como, 6 giugno 2011, in *dejure.it.*

[8] In particolare, l'art. 173 del d.P.R. n. 156/1973 prevedeva: *«il saggio di interesse fissato con d.m. 18 settembre 1974 per i buoni postali fruttiferi della serie emessa dal 1° ottobre 1974 viene esteso, con effetto dalla stessa data, ai buoni di tutte le precedenti serie»*. A ben vedere, il testo originario della norma prevedeva la possibilità di variazioni dei rendimenti – disposte per ogni serie – per mezzo di decreto del Ministro del tesoro (di concerto con il Ministro delle poste e delle comunicazioni, sentito il CICR, da pubblicarsi sulla Gazzetta Ufficiale e riportarsi a tergo dei titoli); gli effetti della variazione erano validi soltanto per i buoni emessi dal giorno dell'entrata in vigore del decreto stesso, mentre a quelli emessi anteriormente continuavano ad applicarsi le tabelle di rendimento apposte sul titolo. La disposizione subiva una prima modifica con il d.l. 30 settembre 1974, n. 460, ed una seconda in sede di conversione – avvenuta con la l. 25 novembre 1974, n. 588 – che fissava la sua formulazione definitiva fino al d.lgs. n. 284/1999. Avverso questa disposizione è stata sollevata, inoltre, questione di legittimità costituzionale. In merito la Consulta rimetteva gli atti al giudice *a quo* affinché ne valutasse la perdurante rilevanza anche a seguito dell'abrogazione della norma impugnata (cfr. Corte Cost., ord. 6 marzo 2001, n. 47, in *Foro it., Rep. 2001*, voce *Posta,* n. 14; ma v. altresì Corte Cost., 7 novembre 2003, n. 333, in *Foro it., Rep. 2004*, voce *Posta*, nn. 4-5). A tal proposito, con riferimento al problema della prevalenza o meno del tasso indicato sul buono postale fruttifero rispetto al tasso fissato con un decreto precedente alla sua emissione si veda PALMIERI, *Nota a Cassazione, sezioni unite, sentenza 15 giugno 2007, n. 13979*, in *Foro it.*, 2007, 2692; DE POLI, *Buoni postali fruttiferi e letteralità,* cit.

[9] L'art. 7 del d.lgs. n. 284/1999, che ha trovato esecuzione nell'art. 9 del d.m. 19 dicembre 2000 – nel testo richiamato – ha previsto che *«a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto è abrogato, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 284, il capo VI del titolo I del libro III del decreto del Presidente della Repubblica 29 marzo 1973, n. 156, e le relative norme di esecuzione contenute nel titolo VI del decreto del Presidente della Repubblica giugno 1989, n. 256. I buoni fruttiferi postali delle serie emesse alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché le operazioni relative ai medesimi buoni, restano regolati dalle disposizioni richiamate dal precedente comma».*



te lo stesso decreto, la ulteriore delega contenuta nel d.lgs. del 1999 concernente l'adozione delle *«norme in materia di pubblicità, trasparenza e comunicazioni periodiche ai risparmiatori»* [10].

Il successivo decreto ministeriale (d.m. MEF 6 ottobre 2004), nei fatti sostituendosi al precedente del 2000, tramite l'art. 1, comma 3, ha attribuito alla Cassa Depositi e Prestiti (e, quindi, non più al Ministero) il potere di *«defini[re]* [le] *condizioni di emissione e* [le] *caratteristiche dei predetti prodotti»*; nondimeno, i profili caratterizzanti i buoni postali fruttiferi – *«prodotti finanziari nominativi* [che] *non sono cedibili salvo il trasferimento per successione per causa di morte del titolare o per cause che determinino successione a titolo universale, e* [che] *non possono essere dati in pegno»* [11] – rimanevano sostanzialmente invariati.

Per il resto mette poi conto osservare come la riconducibilità dei BFP ad un regime di impronta nel complesso privatistica – sussistente sin già dalla prima emissione di BFP – sia stata confermata non soltanto dalla "privatizzazione" delle Poste Italiane e della Cassa Depositi e Prestiti, ma altresì dalla compatibilità, meglio sovrapponibilità, dell'attività di emissione dei buoni postali a quella propriamente svolta dalle banche [12], desumibile a

---

[10] In merito a tale delega, l'art. 3 del d.m. 19 dicembre 2000 ha previsto – con riferimento al rapporto negoziale diretto tra le parti – che *«per il collocamento dei buoni fruttiferi postali rappresentati da documento cartaceo viene consegnato al sottoscrittore il titolo e il foglio informativo contenente la descrizione delle caratteristiche dell'investimento»* (mentre per il collocamento di quelli *non* rappresentati da documento cartaceo veniva stabilito che i contratti *«sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al sottoscrittore, unitamente al foglio informativo dell'emissione»*). All'art. 6 del medesimo decreto veniva inserita, poi, una norma in punto di comunicazioni pubblicitarie: *«Poste italiane S.p.a. espone nei propri locali aperti al pubblico un avviso sulle condizioni praticate, rinviando a fogli informativi, che saranno consegnati ai sottoscrittori, la descrizione dettagliata delle caratteristiche dei buoni fruttiferi postali».* Per quanto attiene, invece, alle comunicazioni in corso di rapporto provenienti dall'emittente, veniva prescritto che esse fossero *«effettuate mediante avvisi su quotidiani a diffusione nazionale di cui uno economico»*. Non facendosi riferimento a modifiche in corso di rapporto, si riteneva soppresso il precedente meccanismo di variazione – per decreto – dei tassi (cfr. MALVAGNA, *Buoni fruttiferi postali e trasparenza*, in *Riv. dir. banc.*, I, 2019, 547 ss.).

[11] Così l'art. 4, comma 1, d.m. MEF 6 ottobre 2004.

[12] Il risparmio postale è stato definito dal d.P.R. 14 marzo 2001, n. 144 come la *«la raccolta di fondi attraverso libretti di risparmio postale e buoni postali fruttiferi effettuata da Poste per conto della Cassa depositi e prestiti»*; veniva inoltre disposto che le attività di bancoposta comprendessero la *«raccolta del risparmio postale».* L'applicabilità della disciplina bancaria nel caso di specie rafforzerebbe il potere – già previsto dalla disciplina di riferimento – di variare le condizioni originarie per il tramite dell'art. 118 (in materia di variazione unilaterale delle condizioni contrattuali). Infine, è previsto che a *«Poste si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni attuative previste per le banche, salva l'adozione di disposizioni specifiche da parte delle autorità competenti»* e anche quelle del testo unico della finanza (cfr. artt. 1, 2 d.P.R. n. 144/2001). Sull'attività di bancoposta in generale si rimanda a CESARINI-COSTI-TUTINO (a cura di), *Bancoposta e mercati*, Bologna, Il Mulino, 1999; CONDEMI, *La regolamentazione delle attività di Poste italia-*



chiare lettere dalla sottoposizione della Cassa alla disciplina prevista dal Titolo V del Tub [13]. A tal proposito, si noti che in direzione del tutto convergente a tale riconducibilità militerebbe l'art. 6, comma 2, del predetto decreto nel prevedere che *«per il collocamento dei buoni postali fruttiferi rappresentati da documento cartaceo viene consegnato al sottoscrittore il documento medesimo unitamente al regolamento del prestito»*, nonché il foglio informativo [14]; mette infine conto rilevare che, nonostante la disciplina appena considerata si mostri priva di ogni richiamo alla tipica normativa che regola i rapporti tra cliente e intermediario nelle operazioni di raccolta del risparmio, è inevitabile ricondurre la materia, quantomeno dal punto di vista sostanziale, nell'ambito della disciplina di trasparenza bancaria [15].

2. – Ora, stante questo quadro di massima, con la recente pronuncia n. 24639 del set-

---

ne, in *Mondo banc.*, 4, 2002, 65 ss.; VALENTINO, *Taglia il traguardo la rivisitazione dei servizi finanziari di bancoposta*, in *Dir. e prat. soc.*, 10, 2001, 27 ss.

[13] Sottoposizione avvenuta per il tramite del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella l. 24 novembre 2003, n. 326 (cfr. art. 5). In attuazione del menzionato d.l. è stato successivamente emanato il d.m. del Ministro dell'economia 5 dicembre 2003.

[14] In particolare, in punto di comunicazioni gravanti sull'emittente, veniva previsto al comma 4 del medesimo articolo che *«le comunicazioni della CDP S.p.a. ai titolari dei buoni postali fruttiferi vengono effettuate mediante l'inserzione di appositi avvisi nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel sito web della CDP S.p.a.»*; inoltre *«al fine di garantire l'effettiva conoscenza delle informazioni pubblicate, queste ultime possono essere rese note anche mediante l'esposizione di appositi avvisi nei locali aperti al pubblico di Poste italiane S.p.a., nonché mediante pubblicazione su quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico, con l'indicazione degli estremi della pubblicazione della Gazzetta Ufficiale della Repubblica ovvero con l'avvertenza che l'avviso è in corso di pubblicazione»*; cfr. MALVAGNA, *Buoni fruttiferi postali e trasparenza* cit.

[15] Si fa riferimento alla l. 17 febbraio 1992, n. 154 (poi versata nel Titolo VI del Tub). Tale parallelismo, *in primis*, è possibile per il fatto che la Cassa Depositi e Prestiti, emittente dei buoni postali fruttiferi, è un ente che per legge svolge un'attività di intermediazione creditizia (cfr. l'art. 1 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284) per quanto essa sia sottratta all'applicazione della direttiva CRD IV (cfr. art. 2, par. 5, punto 12 della direttiva). Il legislatore si è infatti mosso nel senso della positiva definizione dei rapporti tra risparmio postale e normativa di trasparenza. Per completezza si rinvia a MALVAGNA, *Buoni fruttiferi postali e trasparenza* cit., il quale afferma: *«l'esito di tale intervento non è stato quello della soggezione incondizionata dell'operazione alla normativa di trasparenza. Diversamente, la parificazione disciplinare delle operazioni di risparmio postale alla raccolta bancaria, se a una prima impressione appare affermata dalla lettera della legge (il d.p.r. 14 marzo 2001, n. 14411 in materia di servizi di bancoposta, tra le quali si annovera testualmente il risparmio postale), subito si trova circondata da condizioni, limiti e cautele, all'interno di un quadro normativo fortemente ambiguo, se non proprio contraddittorio»*. A ben vedere, l'ABF ha stabilito che, sebbene siano ammessi i ricorsi per controversie relative ai buoni postali fruttiferi (come anche ai libretti di risparmio), a questi non devono applicarsi le disposizioni di trasparenza della Banca d'Italia; la normativa di riferimento sarebbe infatti quella dettata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze (MEF) nel d.m. 6 ottobre 2004, recentemente modificato con il d.m. 5 ottobre 2020.



tembre 2021 [16] la Suprema Corte si è pronunciata su una risalente questione ermeneutica concernente l'estensibilità o meno della disciplina specificamente prevista per i libretti di risparmio ai buoni postali fruttiferi. In particolare, la Corte risponde ad un quesito su cui vi è stato un radicato e diffuso contrasto, sia nella più recente giurisprudenza arbitrale [17] sia nella giurisprudenza ordinaria [18], sintetizzabile con il seguente interrogativo: la disciplina espressamente prevista per il rimborso dei libretti di risparmio con clausola di *«pari facoltà»*, in caso di decesso di un cointestatario, è applicabile anche ai buoni postali fruttiferi?

La *querelle* interpretativa origina invero dalla stessa normativa di riferimento, la quale certamente non fornisce una linea interpretativa chiara ed univoca, sebbene dalla rassegna delle norme che regolano la figura del libretto di risparmio sia possibile tracciare un parallelismo piuttosto stringente tra lo stesso e il buono postale fruttifero.

Ciò che ha fatto emergere profili di contraddittorietà nelle posizioni assunte dalla giurisprudenza è stato, *ex multis*, l'articolo 187 del d.P.R. n. 256/1989, il quale prevede che il rimborso a saldo del credito del libretto di risparmio intestato a persona defunta, oppure cointestato a due o più persone, una delle quali sia deceduta, anche in presenza della clausola di *«pari facoltà»* venga eseguito con quietanza di tutti gli aventi diritto [19]. Non paiono così emergere dubbi interpretativi circa la modalità di rimborso di un libretto postale che presenti le caratteristiche sopra enunciate: la quietanza di tutti gli aventi diritto e, pertanto, anche di tutti gli eredi del cointestatario defunto, è condizione necessaria ai fini dell'operazione di liquidazione.

---

[16] Cass., sez. I, 13 settembre 2021, n. 24639.

[17] A tal riguardo, si evidenzia come tendessero per l'applicabilità della disciplina prevista in materia di libretti di risparmio ai buoni postali fruttiferi, *ex multis*, i seguenti Collegi: ABF Milano (6270/2019; 7946/2015; 4447/2015), ABF Roma (21 dicembre 2016 n. 11308 e 8 settembre 2015, n. 6658); ABF Napoli (30 giugno 2016 n. 6048); mentre, in senso contrario, si richiamano altre decisioni, in particolare, ABF Palermo (4991/2018; 6445/2019); ABF Torino (1165/2019); ABF Bari (8192/2019; 6333/2019); ABF Bologna (15553/2017; 4251/2019).

[18] La Corte d'Appello di Roma – con sentenza del 25 gennaio 2018, n. 557 – ha ritenuto applicabile anche ai buoni postali fruttiferi la normativa relativa ai libretti di risparmio. Si riscontrano, invece, numerose pronunce indirizzate verso la soluzione diametralmente opposta: Trib. Ferrara, 24 marzo 2020; App. Milano, sent. 12 marzo 2020; App. Milano, 17 luglio 2019, n. 3203 e 25 ottobre 2017, n. 4504; Trib. Verona, 26 maggio 2019; App. Torino, 24 luglio 2017, n. 1660; Trib. Lecco, 23 marzo 2017 e 20 febbraio 2015; Trib. Ascoli Piceno, 1° marzo 2016; Trib. Cosenza, 2 luglio 2010 e 31 gennaio 2011; Trib. Genova, 27 febbraio 2006.

[19] L'art. 187 del d.P.R. 17 agosto 1989, n. 256 è, inoltre, una precisazione della regola generale già dettata dall'art. 156 del medesimo d.P.R. il quale richiede sempre – in caso di libretto intestato a più persone – la quietanza simultanea di tutti gli intestatari *«a meno che nell'intestazione del libretto non siano designati quelli fra essi che non hanno la facoltà di riscuotere singolarmente».*



Ora, la possibilità di estendere tale disciplina alla analoga fattispecie di decesso di un cointestatario di un buono postale fruttifero con clausola di *«pari facoltà di rimborso»* è stata ricondotta, essenzialmente, a due norme: l'art. 182 del d.P.R. n. 156/1973 e l'art. 203 del d.P.R. n. 256/1989. L'articolo 182, avente carattere generale, stabilisce – se *«non sia disposto diversamente dal (presente) capo* [VI]*»* – che *«al servizio dei buoni postali fruttiferi si applicano le norme che regolano il servizio dei libretti postali di risparmio»*; l'articolo 203, in merito alla peculiare fattispecie qui considerata, prevede che *«le norme relative al servizio dei libretti di risparmio postali, di cui al titolo V del presente regolamento, sono estese al servizio dei buoni postali fruttiferi, in quanto applicabili e sempreché non sia diversamente disposto dalle norme del presente titolo VI».*

Si è osservato che, nel rapporto tra norme giuridiche, la deroga di una norma all'altra postula evidentemente che entrambe si riferiscano alla medesima fattispecie [20]. Su tale presupposto, rilevato che nel titolo VI del d.P.R. n. 256/1989 non vi è alcun riferimento alla disciplina applicabile in caso di decesso di uno dei cointestatari di un buono postale fruttifero con clausola di *«pari facoltà di rimborso»*, parte della giurisprudenza ha ritenuto di non poter fare riferimento alla previsione di raccordo contenuta nella parte finale del menzionato articolo 203; piuttosto, si è avuto riguardo alla prima parte della norma, la quale prevede un'estensione in via sussidiaria della disciplina in materia di libretti di risparmio.

Sotto il profilo sistematico, il richiamato rinvio è sicuramente indice sintomatico di alcune lacune nella normativa dei buoni postali fruttiferi; senonché, da un canto una sua portata onnicomprensiva escluderebbe ogni autonomia della disciplina dei buoni postali, dall'altro, riconoscere a quest'ultima una totale autosufficienza delegittimerebbe la stessa previsione *ex* art. 203 del d.P.R. n. 256/1989.

D'altra parte, l'art. 187 è stato interpretato – da chi sostiene un parallelismo tra i due titoli – non come limitativo di diritti e dunque da interpretare in modo tassativo (il che comporterebbe, *ex adverso*, la sua applicazione alla sola fattispecie negoziale dei libretti di risparmio cointestati), quanto piuttosto come incidente soltanto sul profilo della legittimazione attiva ad ottenere il rimborso del titolo e, di conseguenza, estendibile anche ai buoni postali [21].

È chiaro che ci si trovi dinnanzi ad una materia di non facile interpretazione:

[20] ABF, Collegio di Coordinamento, 10 ottobre 2019, n. 22747; l'Arbitro ripropone le argomentazioni espresse dal Collegio di Roma nell'ordinanza di rimessione del 25 luglio 2019.

[21] Tesi che si era inizialmente diffusa nella giurisprudenza arbitrale (cfr. tra tutte ABF di Bologna, 28 novembre 2017, n. 15553).



l'intersezione tra regole è stata sì materia di dibattito, ma per vero poi lumeggiata dall'intervento del legislatore che, seppur in riferimento ai rapporti giuridici originatisi successivamente alla sua entrata in vigore, con il d.m. del 2000 ha previsto all'art. 1, comma 4 che *«i buoni fruttiferi postali possono essere intestati a più soggetti, con facoltà per i medesimi di compiere operazioni anche separatamente»* e al contempo ha abrogato, *inter alia*, l'art. 203 dell'ormai noto d.P.R. n. 256/1989.

Tale quadro normativo particolarmente intricato è venuto all'attenzione della giurisprudenza – la quale ha preso posizioni spesso contrastanti [22] – in ragione della prassi di Poste Italiane di rifiutare il pagamento dell'intero montante del buono postale fruttifero al cointestatario superstite; l'assunto da cui muove la parte debitrice nel ritenere applicabile al caso di specie la disciplina in materia di libretti di risparmio si fonda sull'asserita omogeneità morfologica tra i due titoli e sulla presunta assenza di una disposizione dedicata alla riscossione dei buoni nel caso di morte di un cointestatario.

Per un verso l'ABF – insieme alla variegata tipologia di problematiche che interessano i buoni postali fruttiferi [23] – è stato investito da un ragguardevole contenzioso inerente alla riscossione delle serie cointestate con clausola di *«pari facoltà di rimborso»*. Da ultimo [24] il Collegio di coordinamento si è pronunciato nuovamente sul quesito, riconoscendo – in linea con il recente orientamento delineatosi nei vari Collegi – il diritto del contitolare di riscuotere l'intero montante anche a seguito del decesso di uno dei cointestatari.

Sul piano della giurisprudenza di legittimità, invece, la Corte di Cassazione – in assenza di altri precedenti – dava corpo ad un importante *revirement* rispetto agli orientamenti ormai diffusi nella giurisprudenza di merito [25] affermando che *«in assenza di una previsione specifica, al rimborso dei buoni postali fruttiferi cointestati è applicabile per analogia la disciplina prevista dall'articolo 187, comma 1, dal d.p.r. n. 256 del 1989, relativo ai libretti di risparmio postale (per effetto del rinvio di cui all'art. 203, comma 1, dell'anzidetto regolamento), sicché, nel caso di decesso di uno degli intestatari, il rimborso viene eseguito con quietanza di tutti gli aventi diritto»* (Cass., sez. VI, 10 giu-

[22] V. nt. 17 e 18.

[23] La relazione annuale sull'attività dell'ABF relativa all'anno 2020 – pubblicata nel luglio 2021 – contiene un rilevante dato: le controversie su depositi a risparmio e buoni fruttiferi postali costituiscono la seconda voce più significativa (pari al 14% sul totale delle decisioni rese dall'Arbitro) dopo la cessione del quinto. Soltanto nel 2019 le decisioni in merito occupavano il 12% sul totale. Cfr. *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, anno 2020, numero 11, luglio 2021.

[24] ABF, Collegio di coordinamento, del 10 ottobre 2019, n. 22747.

[25] V. nt. 18.



gno 2020, n. 11137). A breve distanza di tempo, la stessa Sezione VI con la pronuncia Cass. 5 agosto 2020 n. 16683 riapriva il dibattito ribaltando la posizione poco prima assunta e – visto il rilievo nomofilattico della questione sottesa alla clausola di *«pari facoltà di rimborso»* – rimetteva la causa alla I sez. civile per la pubblica udienza.

Si è così giunti alla significativa pronuncia in commento che non soltanto ha ridimensionato – seppur entro il circoscritto ambito qui considerato – le pretese di Poste Italiane, ma ha altresì ribadito a chiare lettere quanto già da tempo era andato delineandosi in sede giurisprudenziale, vale a dire la legittimazione di ciascun cointestatario superstite ad ottenere il rimborso dell'intera somma portata dal documento.

3. – La asserita assimilabilità dei libretti di risparmio e dei buoni postali, certamente supportata da una base normativa, trova un insormontabile ostacolo nella "diversa" natura giuridica del buono postale fruttifero. È infatti ormai prevalente la tesi che ammette la natura di titolo di credito del libretto di risparmio [26], ovverosia è accertata e accettata la sua attitudine ad incorporare un diritto di credito esercitabile da parte del possessore del documento. I buoni postali fruttiferi, per converso, sono *«meri titoli di legittimazione»* e hanno, pertanto, la sola funzione di identificare l'avente diritto alla prestazione [27].

---

[26] Tra tutte si segnalano Cass. 9 febbraio 1981, n. 798; Cass. 15 luglio 1987, n. 6242; Cass. 13 maggio 2020, n. 8877.

[27] Circa il riconoscimento della natura di documento di legittimazione al buono postale fruttifero in giurisprudenza si richiama, *ex multis*, Cass., sez. un., 15 giugno 2007, n. 13979; preceduta da Cass. 16 dicembre 2005, n. 27809 e successivamente confermata da Cass. 28 febbraio 2018, n. 4761 con nota di BENCINI, *Buoni postali fruttiferi: cosa sono e quando scade il diritto al rimborso,* in *Dir. e giust.*, 2018, 14 ss.; Cass., sez. un., 11 febbraio 2019, n. 3963 con nota di G. SATTA, *Buoni postali: la parola alle Sezioni Unite*, in *Dir. e giust.*, 28, 2019, 3; con nota di CARNEVALI, in *Contr.*, 2019, 267 ss.; con nota di COSTA, in *Corr. giur.* 2019, 484 ss.; già prima cfr. Cass., sez. I, 16 dicembre 2005, n. 27809 in *dejure.it;* in letteratura cfr. M. FRANCHI, *La sopravvenuta variazione* in pejus *del tasso di interesse dei buoni postali fruttiferi emessi prima del decreto del Ministero del tesoro del 19 dicembre 2000*, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 2019, 688 ss.; ROTONDO, *Regime giuridico dei buoni postali fruttiferi: tra eterointegrazione del contratto e tutela dell'affidamento del cliente*, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 2016, 633 ss.; DE POLI, *Buoni postali fruttiferi e letteralità,* cit., 139. Per la tesi contraria, ormai superata, v. BUSCEMA, *Buono (in generale)* cit.; CALABRÒ, *Poste e telecomunicazioni,* cit.; FALCONE, *Buoni postali fruttiferi*, cit., il quale, in particolare, precisa che *«il buono non incorpora il diritto di credito: permane sempre la pura funzione probatoria ed infatti ne è vietata la cedibilità»*. Sui documenti di legittimazione in generale si rimanda a F. MESSINEO, *Contrassegni e titoli di legittimazione,* in *Manuale di diritto civile e commerciale,* Milano, v. V, 1972, 166 *bis*; TEDESCHI, *Titoli di credito impropri e documenti di legittimazione*, in *Digesto disc. priv. sez. comm.*, XV, 1998, 493 ss.; MACCARONE, *Documenti di legittimazione e titoli impropri*, in *Enc. giur.*, 1999, 1 ss.; F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 2002, 217 ss.; SPATAZZA, *La fattispecie tra tipicità e figure affini,* in *Trattato Cottino*, VII, 2006, 236 ss.; DI AMATO, *I titoli di credito*, in



Ritenuto che nel caso del titolo di credito si sia in presenza di una *promessa* [28] unilaterale del debitore di effettuare una prestazione, da cui derivano un'obbligazione del promittente e un diritto del creditore, ben si comprende la funzione del documento costitutivo [29]; il diritto di credito, infatti, è racchiuso nel titolo e, in considerazione del legame che si instaura tramite il fenomeno della c.d. incorporazione [30], resta immedesimato nel documento. Diversamente, il «*contrassegno*» o documento di legittimazione [31], già chiamato titolo apparente, costituisce sicuramente un tipo di documento di efficacia più accentuata del documento meramente probatorio, pur tuttavia senza raggiungere l'efficacia "costitutiva" del titolo di credito [32].

L'art. 2002 cod. civ. stabilisce testualmente: *«le norme di questo titolo* [il V, Titoli di credito, del IV libro del codice civile] *non si applicano ai documenti che servono solo per identificare l'avente diritto alla prestazione, (...)»*; il documento di legittimazione, pertanto, serve essenzialmente ad agevolare l'esecuzione di un contratto da parte del de-

---

Trattato Rescigno, 13, V, II ed., 2008, 270 ss.; GALGANO, *Dei titoli di credito. Art. 1992-2027*, in *Commentario Scialoja-Branca*, III ed., 2010, 210 ss.; BRIOLINI, *Documento di legittimazione e titolo improprio*, in *Dizionari del diritto privato,* promossi da N. Irti, Milano, 2011, 387 ss.

[28] Cioè, una dichiarazione di volontà e non mero atto giuridico; v. F. MESSINEO, *Il Titolo di credito,* in *Manuale di diritto civile e commerciale,* V, Milano, 1972, 164 *bis.*

[29] TEDESCHI, *Titoli di credito impropri e documenti di legittimazione,* cit.; F. MESSINEO, *Il Titolo di credito,* cit.

[30] La *ratio* sottesa al fenomeno della *incorporazione* del diritto (cartolare) in un documento (il titolo di credito) è da rinvenirsi nella funzione tipica dello strumento, nonché quella di essere volto – principalmente – alla circolazione della ricchezza mobiliare che si attribuisce allo stesso, costituendo un mezzo più rapido ed efficiente della consueta pattuizione contrattuale. Trattasi, cioè, di un collegamento tra la titolarità del credito ed il possesso del documento in cui lo stesso è, appunto, incorporato. Cfr. in merito F. MARTORANO, *Titoli di credito*, Milano, 1994, 19 ss. secondo cui si realizzerebbe un'inversione concettuale del rapporto tra documento e diritto per cui l'acquisto di quest'ultimo diviene l'effetto e la conseguenza del possesso – o proprietà – del titolo.

[31] Si allude alla ripartizione interna dei documenti di legittimazione fra *«titoli di legittimazione»* e *«contrassegni di legittimazione»*. Questi ultimi, seppur non rientranti nella categoria dei titoli di credito, garantiscono una sorta di unicità della prestazione oggetto del documento; cosicché il creditore, per l'individualità della pretesa, potrà provare agevolmente il suo diritto. I "semplici" titoli di legittimazione, invece, attribuiscono a chiunque li possieda il medesimo diritto alla prestazione, senza che la titolarità sia caratterizzata da peculiarità dimostrabili da fonti estranee al documento. A favore della esposta suddivisione si segnalano, tra gli altri, F. MESSINEO, *Contrassegni e titoli di legittimazione,* cit.; F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati,* cit.; DI AMATO, *I titoli di credito,* cit.; in senso contrario SPATAZZA, *La fattispecie tra tipicità e figure affini,* cit.; BRIOLINI, *Documento di legittimazione e titolo improprio,* cit.; MACCARONE, *Documenti di legittimazione e titoli impropri,* cit.

[32] Trib. S. Maria Capua V., 21 maggio 2015, con nota di G. ROTONDO*, Regime giuridico dei buoni postali fruttiferi: tra eterointegrazione del contratto e tutela dell'affidamento del cliente.,* in *Banca borsa tit. cred.,* 5, 2016, 633*;* già TEDESCHI, *Titoli di credito impropri e documenti di legittimazione,* cit., 507; F. MESSINEO, *Contrassegni e titoli di legittimazione,* cit.



bitore, approntando un mezzo di particolare efficacia per l'identificazione della persona del creditore, in quanto l'avente diritto, di per sé, è indifferente al debitore: manca cioè l'*intuitus personae creditoris*.

Si è detto, inoltre, che tale funzione – legittimante l'adempimento di un'obbligazione scaturente da separato contratto – non sia limitata all'aspetto "passivo", ma che si estenda anche all'aspetto "attivo", dando il diritto al possessore di pretendere la prestazione senza sottostare ad alcun onere probatorio [33].

Si aggiunga, poi, nel segno della eterogeneità tra buoni postali fruttiferi (quali titoli di legittimazione) e titoli di credito, la frequente presenza nei primi della clausola di incedibilità, *«siccome escludente il connotato della incorporazione, idoneo a consentire una mobilizzazione del diritto facilitata rispetto alla comune cessione»* [34].

Infatti, mentre il titolo di credito è una «*res* fatta per la circolazione» [35], il contrassegno di legittimazione è privo di tale funzione. Ed in tale prospettiva sembra avere una funzione probante della natura di documento di legittimazione del buono postale fruttifero l'art. 204 del d.P.R. n. 256/1989, che al terzo comma prevede: *«i buoni non sono sequestrabili né pignorabili, tranne che per ordine del magistrato penale; non sono cedibili, salvo il trasferimento per successione a termine di legge, e non posso essere dati in pegno».*

La deroga al principio generale di libera cedibilità dei crediti [36], oltre ad essere

---

[33] F. MARTORANO, *Titoli di credito,* in *Enciclopedia del diritto,* XLIV, Milano, 1979, 572 ss., in cui si richiama il pensiero di BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 300; PELLIZZI, *Principi di diritto cartolare*, Padova, 1967, 183; in senso contrario F. MESSINEO, *Contrassegni e titoli di legittimazione,* cit., 485.

[34] Così F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati,* cit.; cfr. in materia in incedibilità dei documenti di legittimazione TEDESCHI, *Titoli di credito impropri e documenti di legittimazione,* cit., 507; F. MARTORANO, *Titoli di credito,* cit.; DE LUCA, *L'antifattispecie cartolare. Contributo allo studio dei titoli di credito*, in *Banca borsa tit. cred.,* I, 2017, 93.

[35] Così F. MESSINEO, *Il Titolo di credito,* cit. Cfr. C. HONORATI, *Titoli di credito*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, 2013, 983, per cui il titolo di credito non è un tipo concreto di documento, bensì un tipo di funzione economica. La relativa definizione ed il rapporto giuridico che essa esprime, infatti, sarebbe il risultato di una *«fortunata costruzione dottrinale»*, finalizzata al soddisfacimento di specifiche esigenze economiche volte ad una più efficiente circolazione della ricchezza (in merito v. CHIOMENTI, *Il titolo di credito. Fattispecie e disciplina*, Milano, 1977, 4). Sulla funzione dei titoli di credito v. tra i molti TEDESCHI, *Titoli di credito*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.,* XV, 1998, 418; SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito. Documenti circolanti, circolazione intermediata e password*, Torino, III ed., 2012, 77 ss.; DE LUCA, *L'antifattispecie cartolare. Contributo allo studio dei titoli di credito*, cit.

[36] Si segnala, quale corollario di quanto appena sostenuto, la previsione di cui all'art. 1260 cod. civ. secondo cui i crediti sono per natura cedibili, anche contro la volontà del debitore, salvo espresso patto contrario. La disciplina in materia di titoli di credito infatti – posta la centralità che assume la funzione di circolazione del titolo – prevede delle garanzie maggiori rispetto alla generale disciplina della cessione ordinaria: vengono cioè messi in rilievo gli interessi dei terzi cessionari che ripongono legittimo affidamento sulla let-



un'ulteriore conferma della impossibilità di ricondurre il buono postale fruttifero alla categoria generale dei titoli di credito, sottolineerebbe ancora una volta la distanza sussistente con il diverso strumento di risparmio postale, ossia il libretto. Il buono, infatti, si caratterizza per un marcato rafforzamento del diritto dell'intestatario ad ottenere il rimborso *«a vista»* della somma portata dal documento.

4. – Sulla base di tale assunto, sembra doversi escludere l'applicabilità ai buoni postali fruttiferi della normativa di rinvio sopra menzionata, su cui ha invece fatto leva parte della giurisprudenza stante la apparente omogeneità delle fattispecie. *A contrario*, resta applicabile l'art. 178 del d.P.R. n. 156/1973, a mente del quale i buoni postali sono *«rimborsabili a vista»* presso gli uffici di emissione. Nella specifica ipotesi di buono cointestato – a seguito della morte di uno dei cointestatari – sebbene sia indubbio che il titolo in oggetto svolga la mera funzione di identificare l'avente diritto ad una prestazione, senza incorporare alcun diritto cartolare e senza svolgere la funzione di far circolare il credito, deve comunque escludersi che il debitore possa rifiutare la prestazione, sia pure per tutelare le ragioni di terzi [37].

Ammettere tale ipotesi significherebbe, infatti, vanificare la funzione che l'ordinamento ha ad essi assegnato. In particolare, nel titolo VI del d.P.R. n. 256/1989 – cui si riferisce l'articolo 203 nella misura in cui prevede che le norme relative al servizio dei libretti di risparmio postale si applicano ai buoni «*sempreché non sia diversamente disposto dalle norme del presente titolo»* – viene stabilito che «*i buoni sono rimborsabili a vista presso l'ufficio di emissione, per capitale ed interessi, previo confronto dei titoli con le corrispondenti registrazioni operate all'atto della emissione»* (all'art. 208 comma 1); tale norma avrebbe un chiaro contenuto derogatorio rispetto alla disciplina dettata *ex* articolo 203, essendo inoltre perfettamente aderente ed in piena conferma del dettato normativo di cui all'art. 178 del d.P.R. n. 156/1973 [38]. È di tale avviso chi ritie-

---

teralità ed esigibilità del diritto. Tramite la disciplina dei titoli di credito l'ordinamento ha quindi predisposto delle norme a tutela dei terzi, che sono invece assenti – o in ogni caso meno incisive – nella disciplina della cessione ordinaria. Il debitore e il creditore – e talvolta la legge – che intendano rinunciare all'applicazione del complesso di regole posto a garanzia della libera cedibilità dei titoli, dovranno pertanto indicare espressamente che il credito seguirà la forma e gli effetti propri della cessione ordinaria (dovranno cioè stabilire che si tratti di un documento di sola legittimazione o di un titolo improprio). In merito cfr. DE LUCA, *L'antifattispecie cartolare. Contributo allo studio dei titoli di credito,* cit., 102.

[37] Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, 10 ottobre 2019, n. 22747.

[38] Cfr. App. Milano, 25 ottobre 2017, n. 4504.



ne l'art. 187 del d.P.R. n. 256/1989 norma limitativa di diritti e per tale ragione inestensibile [39].

Per di più, si noti che la formulazione letterale del citato art. 203 non sembra ad ogni modo voler estendere tutte le norme di cui al titolo V del provvedimento ai buoni postali fruttiferi, caratterizzati comunque da una evidenziata peculiarità; infatti, la rubrica della norma si riferisce al «*servizio dei buoni*» e all'applicabilità a quest'ultimo delle «*norme relative alle casse postali di risparmio*». È legittimo dubitare che, tramite il testo della disposizione che estende l'applicabilità delle «*norme relative al servizio dei libretti di risparmio postali* (…) *al servizio dei buoni postali fruttiferi*», volesse farsi riferimento alle sole norme organizzative che disciplinano la prestazione del servizio da parte delle casse postali di risparmio e non, invece, alle norme che regolano i rapporti tra l'intermediario e i titolari dei buoni (o i loro eredi) [40].

5. – Orbene, con la decisione in commento la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi giusto su tale risalente controversia. In particolare, i giudici di legittimità si sono espressi circa la possibilità o meno di rimborsare l'intera somma portata da un buono postale fruttifero (emesso in data 4 novembre 1994) dotato della clausola di *«pari facoltà di rimborso»*, di cui la ricorrente era cointestataria superstite per sopravvenuto decesso dell'altro contitolare.

L'assunto secondo cui la disciplina dei buoni postali non regolerebbe il caso di decesso di uno dei cointestatari non può, a detta della Corte, essere collocato a premessa scontata della diretta applicabilità della normativa in materia di libretti di risparmio. Pertanto, viene delineato un quadro giuridico che permette di fare chiarezza circa la linea interpretativa da seguire in una simile circostanza.

Viene nuovamente affermata la natura del buono postale fruttifero quale documento di legittimazione *ex* art. 2002 cod. civ. e su tale premessa la Corte imbastisce il proprio – condivisibile – *iter* argomentativo.

La rilevante differenza che corre tra il buono ed il libretto di risparmio è tale da incidere, *in primis*, sul funzionamento della clausola della *«pari facoltà di rimborso»*. Se è vero che l'art. 187 del d.P.R. n. 256/1989 prevede che il rimborso di un libretto di ri-

[39] «*Trattandosi di una disposizione limitativa di diritti e, come tale, da interpretare in modo tassativo e, dunque, da limitare alla sola fattispecie negoziale per la quale è stata formulata, ossia quella dei libretti postali cointestati*» (così la decisione ABF Bologna n. 15553/2017); cfr. inoltre ABF Bologna n. 14631/2019.

[40] Così ABF Milano, 3 settembre 2019, n. 20407.



sparmio intestato a persona defunta oppure cointestato – anche in presenza della citata clausola – venga eseguito con quietanza di tutti gli aventi diritto, ciò non vale per il caso di un buono postale fruttifero che presenti le medesime caratteristiche.

Piuttosto, la clausola – apposta ad un buono fruttifero – rafforza il diritto ad ottenere il rimborso *«a vista»* dei cointestatari, già previsto in chiave generale e astratta dagli artt. 178 d.P.R. n. 156/1973 e 208 d.P.R. n. 256/1989, e persegue lo scopo di preservare l'immediata liquidabilità del titolo, caratteristica specifica dell'investimento postale in oggetto. L'applicabilità della diversa disciplina prevista per i libretti di risparmio e il conseguente inadempimento della suddetta clausola, porterebbero inevitabilmente il debitore ad incorrere in responsabilità contrattuale [41], senza dire, poi, del consolidato orientamento che ritiene predominanti i dati risultanti sul testo dei buoni postali [42].

5.1. – La previsione della clausola di cui si è appena accennato svolge una particolare funzione che si inserisce in una più ampia fattispecie: la *legittimazione* alla riscossione. È d'uopo precisare che la dichiarata inapplicabilità della normativa propria dei titoli di credito ai documenti di legittimazione può riferirsi, sicuramente, alla parte afferente ai dati differenziali evidenti, ma non all'intero corpo della stessa [43]; sarebbe infatti applicabile per analogia quella parte connessa a connotati comuni di cui è in ogni caso lecito presumere l'esistenza [44]. In tal senso, la portata negativa dell'articolo 2002 cod. civ. deve intendersi limitata a quelle disposizioni che sono espressione dell'incorporazione del diritto nel documento (artt. 1993, 1994 e 1997 cod. civ.) e non, invece, a quelle (artt. 1992 e 2023 cod. civ.) che si riferiscono alla legittimazione del possessore le quali, nei limiti della compatibilità [45], devono invece ritenersi applicabili anche ai documenti di legitti-

[41] Sull'inadempimento quale vicenda patologica dell'obbligazione si veda per tutti BIANCA, *Diritto Civile*, *La responsabilità*, Milano, 2003, 3 ss.

[42] La sentenza in commento – Cass. 13 settembre 2021, n. 24639 – richiama l'ormai consolidato orientamento (*ex multis* Cass. 31 luglio 2017, n. 19002; Cass. 28 febbraio 2018, n. 4761).

[43] Così F. MARTORANO, *Titoli improprio e documenti di legittimazione,* in *Enc. dir.,* Milano, XLIV, 1979, 655 ss.; cfr. inoltre DE LUCA, *L'antifattispecie cartolare. Contributo allo studio dei titoli di credito,* cit.

[44] Sarebbe infatti *«inspiegabile come mai solo rispetto ai documenti qui considerati, e non rispetto a tutti gli altri chirografi di credito, il legislatore abbia sentito il bisogno di dettare una norma apparentemente addirittura superflua nella sua ovvietà»,* F. MARTORANO, *Titoli di credito,* cit.

[45] In particolare, resta ferma la differenza – rispetto ai titoli di credito – nel fondamento della legittimazione attiva: mentre nei documenti di legittimazione questa si riconnette alla funzione probatoria della qualità di contribuente originario o di cessionario del credito, nei titoli di credito la stessa costituisce corollario del fenomeno dell'incorporazione. In questi ultimi, cioè, è pregnante la connessione della titolarità del cre-



mazione. In particolare, è possibile tracciare un parallelismo con i c.d. titoli nominativi che, per definizione, recano il nome del primo prenditore – che è soggetto determinato – e hanno bisogno di una seconda conforme intestazione nel registro dell'emittente [46].

In tale prospettiva, il già citato marcato rafforzamento del diritto di credito dell'intestatario del buono postale fruttifero sulla somma portata dal documento giustifica la estensione di un tratto peculiare dei titoli di credito: il diritto (cartolare) può essere esercitato anche senza la puntuale dimostrazione della titolarità e della capacità di ricevere l'adempimento [47], quest'ultima intesa come facoltà del possessore qualificato di pretendere la prestazione [48]. In tal senso i documenti di legittimazione, pur non costituendo titoli di credito e non richiedendo l'applicazione della relativa disciplina, oltre a determinare sicuramente l'attribuzione di una legittimazione passiva – assimilabile a quella prevista *ex* art. 1992 cod. civ. – in forza della quale il debitore che effettui la prestazione al possessore (anche non titolare) è liberato [49], attribuirebbero al possessore anche la c.d. *legittimazione attiva* tipica dei titoli di credito, nonché il diritto di pretendere il pagamento sulla base della mera presentazione del documento [50].

---

dito ad una posizione reale rispetto al documento. Cfr. F. MARTORANO, *Titoli improprio e documenti di legittimazione,* cit.; ANGELICI, *La legittimazione dell'azionista nel sistema Monte titoli*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1988, 250.

[46] I titoli *«a legittimazione nominale»* sono infatti caratterizzati dal fatto che il nome dell'intestatario risulta, oltre che dalla *chartula,* anche dal registro dell'emittente; cfr. CHINÉ-ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, XII ed., 2020-2021. Sui titoli nominativi si rimanda a LIBONATI, *I titoli di credito nominativi*, Milano, 1965, 54 ss.; F. MARTORANO, *Titoli di credito,* cit.

[47] DE LUCA, *L'antifattispecie cartolare. Contributo allo studio dei titoli di credito,* cit.; Cfr. OPPO, *Diritto cartolare, diritto cambiario, diritto comune: una discussione sul titolo di credito*, in *Riv. dir. civ.,* 1979, II, 185; GUIZZI, *Il titolo azionario come strumento di legittimazione. La circolazione delle azioni tra diritto cartolare, diritto comune e diritto del mercato finanziario,* Milano, 2000; PELLIZZI, *Principi di diritto cartolare,* cit.; F. MESSINEO, *Contrassegni e titoli di legittimazione,* cit.

[48] Così come nel campo dei diritti reali, la tutela del possesso ha un fondamento autonomo rispetto a quello della tutela della proprietà. In merito v. F. MARTORANO, *Titoli di credito,* cit.

[49] V. SPATAZZA, *La fattispecie tra tipicità e figure affini,* cit., in merito all'applicazione ai documenti di legittimazione della disciplina di cui all'art. 1992 cod. civ.; in senso contrario LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999, 85 ss.; MACCARONE, *Documenti di legittimazione e titoli impropri* cit.; MARTORANO *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati,* cit., 223; TEDESCHI, *Titoli di credito impropri e documenti di legittimazione,* cit. Invero, sarebbe proprio il fenomeno dell'incorporazione del credito nel documento cartaceo ad avere l'effetto di estendere a quest'ultimo l'applicazione della regola "possesso vale titolo"; in merito si veda C. HONORATI, *Titoli di credito,* cit.; TEDESCHI, *Titoli di credito* cit.; BUONOCORE, *Titoli di credito in generale,* in *Istituzioni di diritto privato,* a cura di Bessone, XIX ed., 2012, 911.

[50] In senso favorevole al riconoscimento della legittimazione attiva ai documenti *ex* art. 2002 cod. civ. si veda FIORENTINO, *Dei titoli di credito. Art. 1992-2027*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, II ed., 1974, *sub* art. 2002, 132 ss.; VALENTINO, *Documenti di legittimazione, titoli impropri e adempimento*, Napoli, 1988, 28 ss.; PÉREZ MILLÁN, *Documenti di legittimazione e titoli impropri,* Padova, 2005, 42 ss.;



Se già la sola estensione di tale predicato tipico dei titoli di credito giustificherebbe la riscossione del buono postale fruttifero da parte del "semplice" possessore del buono, la sua legittimazione viene ulteriormente rafforzata dalla la suddetta clausola di *«pari facoltà»*, la quale consente senza dubbio a tutti gli eventuali cointestatari di riscuotere l'intero credito.

Invero, il tenore testuale di tale pattuizione – inserita di frequente nei buoni postali cointestati ad una pluralità di soggetti – si manifesta inequivocabile; ossia, non è desumibile, di per sé, una sua inapplicazione nel caso di decesso di uno dei cointestatari.

Anche a voler prescindere dalla parziale assimilazione dei documenti di legittimazione ai titoli di credito – la quale giustificherebbe ulteriormente la *«pari facoltà di rimborso»* del possessore del buono postale – si evidenzia che ancor prima dell'intervento risolutivo della Cassazione si escludeva l'assegnazione di un significato diverso da quello della "legittimazione disgiunta" anche in caso di morte di un intestatario alla suddetta clausola per il tramite di un diverso – ma pur sempre plausibile – argomento: trattandosi di una clausola predisposta in via unilaterale dal contraente Poste, il principio di cui all'art. 1370 cod. civ. avrebbe assicurato, nel dubbio, una interpretazione *contra proferentem* della stessa. Ossia, in risposta alla prassi di ritenere la *«pari facoltà»* nulla per contrarietà a norme imperative *ex* art. 1419, comma 2, cod. civ., con conseguente sostituzione della regola dettata in materia di libretti di risparmio [51], si reputava il comportamento tenuto dalle Poste integrante gli estremi della responsabilità precontrattuale, posto che il contenuto del contratto di cui al buono postale fruttifero segue la modalità strutturale della predisposizione unilaterale *ex* art. 1341 cod. civ. Nella fase di formazione del contratto il predisponente avrebbe, cioè, violato gli obblighi che la legge prescrive ai sensi degli articoli 1337 e 1338 cod. civ. per non aver dato notizia all'altra parte dell'esistenza di una causa di invalidità del contratto; circostanza ulteriormente aggravata in ragione della disparità strutturale che connota il rapporto *de quo*, essendo una parte – le Poste – un'impresa [52].

G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Contratti, titoli di credito, procedure Concorsuali*, a cura di M. Campobasso, III, V ed., Torino, 2014, 258 ss., 274 s.: DI AMATO, *I titoli di credito,* cit., 271; LIBONATI, *I titoli di credito nominativi,* cit., ritiene, inoltre, la suddetta legittimazione un elemento necessario ai fini dell'esercizio del diritto.

[51] Si ritiene che tale prassi fosse il rimedio più espediente per sottrarre dalla portata della pattuizione il caso di morte di un cointestatario. Sulla imperatività delle norme inserite di diritto nel contratto cfr. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.

[52] Cfr. DOLMETTA, *La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari,* in



Secondo tale interpretazione, la natura di impresa del predisponente e il peso prevalente che assume il tenore letterale del titolo varrebbero – di per sé stessi – a fondare la ragionevolezza dell'affidamento del cointestatario. In particolare, l'attività svolta da Poste Italiane sarebbe un elemento determinante su cui l'investitore ripone la propria fiducia [53]; inoltre, la stessa funzione dei buoni, sui quali non potrebbero ricadere inadempimenti imputabili all'impresa [54], basterebbe da sola ad escludere la eventuale colpa del sottoscrittore per *«aver confidato (...) nella validità del contratto»* [55].

Contr., 2008, 84 s.; DOLMETTA, *Efficienza del mercato e* «favor naturalis*» per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2018, 1241: *«l'impresa non è estranea al prodotto immesso sul mercato (...). E, dunque, il produttore: che, come tale, ne assume le responsabilità e ne sopporta i rischi (...). E che, di conseguenza, va trattato come tale nella (confezione e nella) lettura delle norme, come pure nella lettura dei comportamenti»*; in ambito di diritto bancario si rimanda a MAGGIOLO, *Predisposizione e "scambi senza accordo" nei contratti bancari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, I, 2002, 31 ss.; SCODITTI, *Pubblicità e responsabilità precontrattuale nei rapporti bancari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito,* I, 2012, 354, il quale afferma che *«la riconduzione dell'atto all'attività di impresa ha delle particolari conseguenze: le patologie dell'atto sono imputabili ad irregolarità sul piano dell'attività. Se le regole sulla formazione, conclusione ed esecuzione del rapporto integrano la disciplina dell'attività d'impresa, vuol dire che la violazione di tali regole solo all'impresa bancari, e non anche al cliente».*

[53] È ormai da ritenersi acquisita dalla giurisprudenza la natura di impresa delle Poste Italiane; cfr. Cass., sez. un., 15 giugno 2007, n. 13979 secondo cui «*Occorre ricordare che, anche quando servizi come quello in esame erano offerti da un'azienda dello Stato (...) essi si caratterizzavano per l'essere organizzati e gestiti in forma d'impresa: donde già allora conseguiva "la conformazione dei rapporti con gli urenti come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al diritto privato" (così Corte Cost., 17 marzo 1988, n. 303). E, se è pur vero che tali rapporti erano nondimeno destinati a subire anche gli effetti di una normativa speciale, che ancora risentiva della natura soggettiva pubblica dell'amministrazione postale, è altrettanto vero che la loro attrazione nella sera del diritto comune era (ed è oggi a maggior ragione) tanto più accentata proprio per i servizi di bancoposta, comprendenti l'emissione dei buoni postali fruttiferi, che sono sempre stati del tutto privi di lineamenti autoritativi ed ai quali oggettivamente ineriscono connotazioni contrattuali, giacché per struttura e funzione, essi sostanzialmente non si discostano dagli analoghi servizi resi sul mercato dalle imprese bancarie (cfr. in tal senso, esplicitamente, Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 463)*».

[54] L'applicazione dell'unitario corpo di regole di protezione del cliente dettate in funzione dell'efficienza e della competitività delle imprese produttrici discende – in primo luogo – dalle clausole generali e dai valori costituzionali di cui agli artt. 2 e 47 Cost. (v. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, *Regole*, Bologna, 2013, *passim.*). Inoltre, in una prospettiva di identità funzionale fra servizi bancari e di bancoposta *«sembra corretto assumere che all'identità di bisogno finanziario soddisfatto, e cioè all'identità del prodotto dal lato della domanda di mercato, debba corrispondere una medesima risposta normativa di tutela»* così MALVAGNA, *Buoni fruttiferi postali e trasparenza* cit.

[55] Si precisa che non vale a mettere in discussione la ragionevolezza dell'affidamento del cointestatario l'obiezione per cui giurisprudenza e dottrina hanno ritenuto (prevalentemente) incompatibile con il dovere di diligenza *ex* art. 1338 cod. civ. l'informazione sulle cause di invalidità determinate da violazione di norme imperative per il principio *ignorantia legis non excusat.* A tal proposito cfr. MATTEI, *Consenso viziato, lesione e abuso della controparte*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1988, 653 ss.; CRISCUOLI, *Riflessi civilistici della costituzionalizzazione del principio penale di colpevolezza in tema di* «error iuris», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 719 ss.



Al di là della correttezza o meno nel considerare la clausola di *«pari facoltà di rimborso»* quale predisposizione unilaterale delle Poste, ciò che risalta anche in tale ricostruzione è che lo schema sotteso alla pattuizione *de qua* risponde ad una logica di garanzia dell'intestatario – sia pure in termini di "legittimazione disgiunta" – alla riscossione dell'intero montante.

5.2. – Quanto appena evidenziato dirime una ulteriore questione, sorta nel caso di specie e anch'essa motivo di diversi contrasti giurisprudenziali. Parlare di legittimazione attiva, infatti, come si è già avuto modo di sottolineare, suppone l'accettazione della tesi per cui i titoli di credito e i documenti di legittimazione abbiano dei connotati comuni.

In particolare, nella controversia cui è stata chiamata ad esprimersi la Corte, Poste Italiane ha richiamato la disciplina della *«comunione di diritti reali»* al fine di denunciare la *«violazione e falsa applicazione degli artt. 1100, 1102, 1111 cod. civ.».* A detta della ricorrente, quando la proprietà di un bene, e dunque anche di un diritto di credito, spetti a più persone, si applicano le norme sulla comunione ordinaria; pertanto – seguendo tale logica – alla morte di uno dei cointestatari, si applicherebbe la disciplina prevista dall'art. 1102 cod. civ. secondo cui *«qualora la cosa comune sia alterata o addirittura sottratta definitivamente alla possibilità di godimento collettivo, si rientra nell'ambito dell'appropriazione del bene comune, per legittimare il quale è necessario il consenso di tutti i partecipanti».*

Il rimborso della propria quota, seppur legittimo, sarebbe inoltre – a detta delle Poste – subordinato alla procedura di scioglimento della comunione prevista dall'art. 1111 cod. civ.

Orbene, nel caso di specie la Corte precisa quanto già osservato nell'ordinanza interlocutoria: in primo luogo, la conformazione dei buoni postali cointestati rinvia alla figura della contitolarità nei diritti di credito, piuttosto che alla comunione di diritti reali; inoltre, si discute esclusivamente della legittimazione attiva alla prestazione, posizione soggettiva che – come ampiamente sottolineato – si distingue dalla contitolarità del relativo diritto.

Facendo pertanto un passo indietro rispetto alla funzione della *legittimazione attiva,* bisogna interrogarsi sulla natura della "coesistenza" del diritto *de quo*.

Per accogliere una eterogeneità degli istituti, basti ricordare che la fattispecie della comunione dei diritti[56] è definita nel vigente ordinamento come l'ipotesi in cui *«la*

[56] Si fa riferimento alla comunione ordinaria, disciplinata in termini generali nel libro III del codice civi-



proprietà o altro diritto reale spetta in comune a più persone» [57]. In conformità alla tradizione romanistica, infatti, si escludono *a priori* i crediti dall'istituto della comunione [58]. Da ciò consegue che, per il caso di contitolarità del diritto di credito e – per analogia – di contitolarità del buono postale fruttifero, troverà applicazione la disciplina generale in tema di obbligazioni. In particolare, nel caso di specie, è espressamente pattuita la solidarietà attiva, e ciò si evince dalla apposizione della più volte citata clausola di *«pari facoltà di rimborso»*. Pertanto, nonostante l'art. 1298 cod. civ. preveda che *«nei rapporti interni l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o tra i diversi creditori, salvo che sia stata contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi. Le parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente»,* in ordine ai rapporti "esterni" dovrà tenersi conto di quanto disposto dall'art. 1292 cod. civ., il quale stabilisce che ciascun creditore ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione.

5.3. – Facendo leva sulla applicabilità della disciplina in tema di obbligazioni solidali, potrebbe sostenersi che, sulla base del combinato disposto degli articoli 1295 cod. civ. e 1298 cod. civ., si debbano in qualche modo tutelare i soggetti che succedono al defunto nella titolarità del rapporto di credito.

Risponde sicuramente ad una *ratio* di tutela dell'erede o degli eredi del contitolare, l'art. 187 del d.P.R. n. 256/1989, allorché, i subentrati nel diritto di credito per effetto dell'apertura della successione, rimarrebbero altrimenti pregiudicati dalla riscossione effettuata per l'intero dal cointestatario superstite. Per tale ragione, se è vero che la norma incide in senso negativo sulla legittimazione a riscuotere le somme indicate nel titolo, al contempo, concorre indubbiamente ad assicurare tutela agli eredi. In particolare, si ritiene ammissibile una limitazione – per il cointestatario superstite – della facoltà di dispor-

---

le del 1942 (Libro della proprietà, Titolo VII, Capo I, artt. 1100-1116). In realtà, è pacifica in dottrina la incompatibilità delle norme sulla comproprietà con le norme sulla comunione dei crediti. Cfr. tra tutti A. GUARINO*, Comunione (dir. civ.),* in *Enc. dir.,* VIII, Milano, 1961, 252; FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XIII, Milano, 1983, 119; PALAZZO, *Comunione*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, III, Torino, 1998, 168. In merito alla categoria dei diritti (assoluti o relativi) di godimento di cosa altrui già F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. II, Milano, 1946; GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940.

[57] Art. 1100 cod. civ.

[58] Nonostante tale indiscutibile dato, *«la considerazione esegetica della legge impone di aggiungere che anche taluni diritti di obbligazione, e più precisamente quelli che si usa chiamare "diritti relativi di godimento" sono interessati dall'istituto della comunione»* (A. GUARINO, *Comunione (dir. civ.)* cit.).



re del proprio diritto a favore di un interesse meritevole di maggiore tutela: il punto di equilibrio è da rinvenirsi nell'espressa previsione della quietanza di tutti gli aventi diritto per procedere alla riscossione.

Anche tale logica è stata posta alla base della estensione della disciplina prevista in materia di libretti di risparmio ai buoni postali fruttiferi. Invero, è stato dimostrato che dalla letteralità del dato codicistico che definisce il *documento di legittimazione* consegue l'inapplicabilità ai buoni postali della normativa di rinvio, restando, viceversa, applicabile l'art. 178 del d.P.R. 156/1973. Ritenere al contrario applicabile la normativa di rinvio, sulla base di una asserita *ratio* di tutela degli eredi, sovvertirebbe la struttura sistematica su cui si fondano i titoli di legittimazione, nonché quella di identificare l'avente diritto ad una prestazione, senza incorporare alcun diritto cartolare e senza svolgere la funzione di far circolare il credito.

Infatti, nonostante la protezione dell'erede o dei coeredi del cointestatario defunto sia sicuramente meritevole di tutela, la normativa di riferimento non ne fa menzione e non può essere distorta – seppur ragionevolmente – per perseguire fini ad essa estranei. È pacifico, come sottolineato dalla Corte nel caso di specie, che *«la riscossione riservata all'intestatario superstite in nulla interferisca con la spettanza del credito, sicché colui che abbia riscosso rimarrà tenuto nei rapporti interni»* nei confronti dei soggetti eventualmente pretermessi, venuti a conoscenza *aliunde* dell'esistenza dei buoni intestati anche ai propri danti causa [59]. E anche in tale prospettiva appare risolutiva l'appartenenza a due piani distinti e separati dei concetti di titolarità e legittimazione alla riscossione del credito: l'obbligazione solidale infatti, sulla base dell'art. 1295 cod. civ., si divide fra gli eredi in proporzione delle quote, senza che ciò incida sulla disciplina del rapporto obbligatorio; ossia, la riscossione da parte di uno soltanto dei creditori solidali non influirà sul profilo della spettanza del credito, rimanendo – tuttavia – circoscritte al piano dei rapporti interni le pretese degli eredi del cointestatario defunto.

Tale soluzione si trova in una posizione di continuità con quanto stabilito sia dalla giurisprudenza arbitrale sia dalla giurisprudenza ordinaria in materia di crediti: il singolo coerede è infatti legittimato a far valere il credito del *de cuius* caduto in successione sia limitatamente alla propria quota sia per l'intero, senza che l'intermediario resistente possa eccepire l'inammissibilità del ricorso deducendo la necessità del litisconsorzio ovvero richiedendo la chiamata in causa degli altri coeredi; parallelamente, il pagamento compiuto dall'intermediario resistente al coerede ricorrente avrà efficacia liberatoria anche

[59] Così ABF, Collegio di Coordinamento, 10 ottobre 2019, n. 22747.



nei confronti dei coeredi che non hanno agito, i quali potranno far valere le proprie ragioni solo nei confronti del medesimo ricorrente [60].

Di recente, la Suprema Corte si è espressa ad esempio circa l'ipotesi di conto cointestato con firma disgiunta e decesso di uno dei cointestatari [61] affermando che, in tale circostanza, viene a realizzarsi – ai sensi dell'art. 1854 cod. civ. [62] – una solidarietà dal lato attivo dell'obbligazione che sopravvive alla morte di uno dei contitolari; pertanto, il cointestatario ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intero saldo del conto che, una volta conseguito, ha per la banca effetto liberatorio verso gli eredi dell'altro contitolare [63]. Ebbene se solo si pensi che in tale ipotesi i creditori sono addirittura contitolari di una giacenza, non è difficile accogliere una equivalente soluzione anche in caso di coesistenza di un "semplice" diritto alla prestazione.

A ben vedere, le ragioni di pretesa degli eredi – in relazione ai buoni postali fruttiferi – risultano modulate e persino recessive rispetto alla urgenza di *«rimborsabilità»* che caratterizza la struttura stessa del titolo.

È frequente nella prassi il caso di cointestazione tra soggetti che sono legati tra loro

---

[60] V. Cass., sez. un., 15 giugno 2007, n. 13979; Cass., sez. I, 3 giugno 2014, n. 12385; ABF, Collegio di Coordinamento, 20 dicembre 2018, n. 27252.

[61] Si segnala in merito E. MINERVINI, *Conto corrente bancario cointestato e morte del cointestatario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2017, 746; nonché E. MINERVINI, *Il conto corrente bancario cointestato a firme disgiunte e la morte del cointestatario*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 729 ss.; MARTINO, *Contratto di conto corrente bancario, pluralizzazione successoria della parte contrattuale e attuazione del credito*, in *Contr. e impr.*, 2014, 739.

[62] Sulla non esaustività della disciplina prevista all'art. 1854 cod. civ. v. *ex multis* SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1983, 138; TARZIA, *Il contratto di conto corrente bancario*, Milano, 1990, 89; CAVALLO, *Le operazioni bancarie in conto corrente*, in AA.VV., *I contratti bancari*, Milano, 1999, 293 ss.

[63] Cass., sez. II, 19 marzo 2021, n. 7862. Nell'ambito dei rapporti bancari, il mancato frazionamento dei crediti ereditari (diversamente dai debiti) veniva già affermato da Cass., sez. un., 29 novembre 2007, n. 24657, con nota di TIMPANO, in *Riv. Not*., II, 2008, 944 ss.; con nota di DI MAURO, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 305 ss. Resta fermo il fatto che – con particolare riferimento alla fattispecie del deposito bancario a firma disgiunta – la giurisprudenza ordinaria e arbitrale sono d'accordo nel tenere distinto il piano delle relazioni tra la banca e i contitolari da quello interno ai contitolari stessi: cfr. CADILLI, *Raccolta bancaria e depositi. La competenza dell'ABF e gli orientamenti*, in *Banca Borsa Titoli di credito,* I, 2013, 181. Da ultimo, ABF Collegio di coordinamento, 20 dicembre 2018, n. 2752, per cui *«l'esigenza di tutelare l'intermediario resistente da condotte abusive del coerede che promuove il ricorso senza coinvolgere gli altri coeredi trova adeguato soddisfacimento nella circostanza che il pagamento che l'intermediario fa nelle mani del coerede ricorrente ha efficacia liberatoria anche nei confronti degli altri, essendo tale liberazione corollario necessario della legittimazione attiva spettante al singolo coerede»*; il Collegio afferma, pertanto, il principio per cui *«il singolo coerede è legittimato a far valere davanti all'ABF il credito del de cuius caduto in successione sia limitatamente alla propria quota, sia per l'intero, senza che l'intermediario resistente possa eccepire l'inammissibilità del ricorso deducendo la necessità del litisconsorzio (...)»*.



da un vincolo di parentela in forza del quale, alla morte di uno, verranno chiamati all'eredità dell'altro. Tale ipotesi – seppur non trattata nel caso di specie – è spesso stata motivo di ulteriori riflessioni circa la riscossione di un buono postale fruttifero cointestato con clausola di *«pari facoltà di rimborso».*

Si pensi al caso di un buono postale sottoscritto da due genitori con il proprio figlio: tale circostanza, oltre a generare i medesimi interrogativi su cui ci si è sopra soffermati, pone ulteriori dubbi.

Si è sostenuto che l'intestazione congiunta si sostanzi in una donazione indiretta a favore di un figlio; cioè, l'*id quod plerumque accidit* sarebbe che i buoni vengano acquistati solo con denaro dei genitori e che la cointestazione rientri pertanto in quella fattispecie – regolata dall'art. 809 cod. civ. – definita come «liberalità non donativa» ovvero «liberalità indiretta» [64].

In realtà, la giurisprudenza ha chiarito che la cointestazione di un buono postale fruttifero – nella specie operata da un genitore per ripartire fra i figli anticipatamente il proprio patrimonio – può configurare una donazione indiretta ove sia accertato, oltre l'utilizzo di denaro esclusivo del genitore, anche il suo *animus donandi* [65]. Attraverso il ne-

---

[64] L'art. 809 cod. civ., rubricato "Norme sulle donazioni applicabili ad altri atti di liberalità", rivestirebbe la funzione di raggruppare tutti quei negozi che – pur non rientrando nel tipo contrattuale di cui all'art. 769 cod. civ. – perseguono gli stessi scopi. Sulle liberalità non donative v. NARICI, *Le liberalità non donative*, in FAVA (a cura di), *Successioni e donazioni*, Milano, 2017, 2641 ss.; IACCARINO, *Le principali ipotesi di donazioni indirette*, in IACCARINO (diretto da), *Successioni e donazioni*, II, Torino, 2017, 2548 ss.; IACCARINO, *Liberalità indirette*, *Codice delle successioni e delle donazioni*, Torino, 2014, 1368 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Tomo II, Milano, 2014, 1651; IACCARINO, *Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, Milano, 2011, 45; MORETTI, *Art. 809*, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, 2010, 591 ss.; PALAZZO, *Le donazioni*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, VI, Milano, 2009, 88 ss.; IACCARINO, *Donazioni indirette e "ars stipulatoria",* Milano, 2008; AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *Liberalità non donative e attività notarile. I quaderni della fondazione italiana per il Notariato*, 2008, 8 ss.; TASSINARI, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative, Liberalità non donative e attività notarile. I quaderni della fondazione italiana per il Notariato*, 2008, 23 ss.; CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, V, Torino, 2005, 58; GATT, *La liberalità*, Torino, 2002; ALCARO, *Le donazioni indirette*, in *Vita not.*, 2001, 1059 ss.; PALAZZO, *Le donazioni. Art.769-809*, in *Comm. Schlensiger*, Milano, 1994, 191; CHECCHINI, v. *Liberalità (atti di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; CARNEVALI, *Le donazioni*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, VI, Successioni, Tomo II, Torino, 1982, 449; CASULLI, v. *Donazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 988 ss.; TORRENTE, *La donazione*, in CICU – MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXII, Milano, 1956, 59 ss.

[65] Sul concetto di *animus donandi* – nonché la volontà di donare – quale elemento di affinità tra la donazione e gli atti di cui all'art. 809 cod. civ. che permette di valutare l'intento soggettivo del donante si rimanda a BIONDI, *Le donazioni*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Tomo IV, Torino, 1961, 96 ss., ripresa da CELLI, *La donazione di cosa altrui*, in *Riv. not.*, 3, 2017, 451 ss.; nonché CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione,* cit., 55; AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa*



gozio direttamente concluso con il terzo depositario, infatti, la parte che investe il proprio denaro consegue l'effetto ulteriore di attuare un'attribuzione patrimoniale in favore di colui che ne diventa beneficiario per la corrispondente quota, essendo questi – quale contitolare del titolo nominativo a firma disgiunta – legittimato a fare valere i relativi diritti [66].

Inoltre, posto che la richiesta di rimborso dell'intero ammontare del buono da parte dell'erede del cointestatario defunto determina l'esercizio del diritto alla prestazione (riferibile a tutti gli intestatari), ove si ritenesse che tale diritto possa essere esercitato dal superstite esclusivamente in qualità di erede del cointestatario defunto, ciò potrebbe – in astratto – comportare accettazione tacita dell'eredità in conformità al disposto dell'art. 476 cod. civ. [67]. Tuttavia, la identificazione del buono postale fruttifero quale documento di legittimazione *ex* art. 2002 cod. civ. e la conseguente inapplicabilità della disciplina in materia di libretto di risparmio, in tale circostanza, avrebbe la ulteriore funzione di "salvaguardare" l'erede del cointestatario defunto: la riscossione del buono e l'esercizio del diritto alla prestazione sarebbero, infatti, l'estrinsecazione della semplice *legittimazione attiva* che discende dal possesso del titolo e dalla qualità di intestatario e non – invece – un atto dispositivo del patrimonio del defunto. In tal senso, la richiesta di rimborso integrale del buono – che comprende la quota del *de cuius* – non importerebbe di per sé l'esercizio di un diritto che l'intestatario superstite non avrebbe facoltà di esercitare se non in qualità di erede e, pertanto, non integrerebbe i requisiti di cui all'art. 476 cod. civ.

Per vero, il fatto che la riscossione non venga considerata, *generaliter*, un atto conservativo bensì dispositivo del patrimonio ereditario [68], non deve far perdere di vista la

---

nel codice civile cit.; PICCININI, *Gli atti di liberalità*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Padova, 2010, 360.

[66] V. *ex multis* Cass. 9 maggio 2013, n. 10991.

[67] Per una ricostruzione delle fattispecie concrete che danno luogo ad accettazione tacita, si rimanda a BIANCA, *Diritto civile*, *Le successioni,* v. II, 2, Milano, 2015, 98; GORGONI, *Dell'accettazione dell'eredità*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2014; CICERO, *Accettazione di eredità*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, Torino, 2013, 1 ss.; SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. breve succ. e don.*, diretto da Rescigno, coordinato da Ieva, II ed., Padova, 2010, 271; PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in CALVO-G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, v. I, Napoli, 2008, 169; MUSOLINO, *L'accettazione tacita e l'accettazione ex lege dell'eredità*, in *Riv. not.,* 2004, 226; BARBAGALLO e BASSO, *Gli atti che importano accettazione della eredità*, 1999, 1538; già F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. III, VIII ed., parte seconda, Milano, 1952, 249.

[68] A conferma di tale assunto, costituisce accettazione tacita dell'eredità – ai sensi del citato articolo – la riscossione da parte del chiamato di un assegno rilasciato al *de cuius* (v. Cass. 5 novembre 1999, n. 12327).



prevalente funzione identificativa dell'avente diritto alla prestazione precipuamente assegnata al buono postale fruttifero. Infatti, se è vero che la riscossione di per sé – e pertanto nella teoria anche quella del titolo qui considerato – costituisce un atto dispositivo del patrimonio e, quindi, un atto di accettazione tacita dell'eredità, altrettanto vero è che – in tale circostanza – subentra quale elemento risolutivo del dubbio esegetico, nuovamente, la natura giuridica del buono postale fruttifero: ossia, la natura di documento *ex* art. 2002 cod. civ. permette di ritenere il rimborso conseguenza unica della legittimazione attiva riconosciuta al possessore del titolo.

Volendo ipotizzare poi il caso di decesso di entrambi i cointestatari, quanto finora detto permetterebbe all'erede di uno – in possesso del titolo munito di clausola di *«pari facoltà di rimborso»* – di riscuotere l'intero ammontare; i rapporti con gli eventuali eredi dell'altro cointestatario, pretermessi, rimarrebbero anche in tale ipotesi estranei al perimetro di interesse.

5.4. – Un ulteriore cenno merita, infine, l'ultimo motivo di doglianza rappresentato da parte di Poste S.p.a. concernente la presunta violazione *«dell'art. 48 commi 3 e 4 d.lgs. n. 346/1999 (testo unico in materia di imposta sulle successioni e donazioni)».* In materia di imposta sulle successioni e donazioni è previsto un vincolo di indisponibilità della prestazione per cui, a seguito della morte dell'intestatario di somme depositate presso un istituto di credito, è necessario procedersi al blocco di qualsiasi operazione di pagamento sino alla esibizione della dichiarazione di successione ovvero di una dichiarazione scritta dell'interessato che attesti l'insussistenza di tale obbligo [69].

È stato più volte ribadito che i buoni postali fruttiferi siano, ai fini dell'imposta di successione [70], equiparabili ai titoli di Stato e che – come tali – non rientrino nell'attivo

[69] Tale vincolo si rifletterebbe – sul piano dei doveri posti a carico dell'intermediario – in uno specifico obbligo di condotta a non svincolare la somma in capo all'intermediario debitore. A tal proposito si evidenzia che, nelle varie pronunce ABF, a sostegno di tale argomento si rimanda spesso alla decisione del Collegio di Coordinamento n. 5305 del 18 ottobre 2013 in cui veniva rilevato che *«la disposizione di cui all'articolo 48, comma 4, (...) impone al debitore un vincolo dal quale deriva per l'intermediario un vero e proprio divieto di esecuzione della prestazione (alla stregua di una impossibilità giuridica sopravvenuta) (...) in funzione di interessi pubblici ritenuti preminenti dal legislatore».* Si ritiene di dover sottolineare che in tale ipotesi il Collegio veniva chiamato ad occuparsi della questione in oggetto in ordine alla diversa fattispecie della cointestazione di deposito bancario a risparmio, ferma comunque l'estraneità della questione fiscale rispetto al *«profilo relativo alla legittimazione dei cointestatari, che resta regolata dalle disposizioni del codice civile».*

[70] Art. 12, lett. i), d.lgs. n. 346/1990.



ereditario; da ciò consegue l'inesistenza di un *«obbligo da parte del contribuente di denunziare i buoni nella dichiarazione di successione»* [71].

Le voci critiche – tra cui quella di Poste – si levano in funzione di una predilezione per la declinazione della suddetta equiparazione in chiave avvalorativa della tutela degli eredi del cointestatario, giustificata attraverso un doppio ordine di argomenti: il suddetto parallelismo, da un punto di vista strettamente fiscale, comporterebbe un'estrema difficoltà per gli eredi di venire a conoscenza della medesima esistenza dei buoni, nonché del credito ivi incorporato; ciò, pertanto, giustificherebbe l'estensibilità della disciplina in materia di libretti di risparmio alla peculiare fattispecie di rimborso di un buono postale fruttifero in caso di decesso di un cointestatario.

A ben vedere, la giurisprudenza più recente – e a tale interpretazione ha aderito l'odierna Corte – ha avuto cura di rimarcare che all'inesistenza dell'obbligo del contribuente di denunziare i buoni nella dichiarazione corrisponda l'impossibilità per il debitore di *«rifiutare il rimborso del buono (...) non essendo tenuto ad alcun divieto di esecuzione della prestazione, che viceversa non può legittimamente rifiutare».*

Vero è – come è stato anche ribadito da chi rifiuta la riconoscibilità di un diritto di rimborsabilità del cointestatario superstite – che l'inesistenza del menzionato obbligo giuridico renda difficile per gli altri eredi di venire a conoscenza del relativo credito. Altrettanto vero è, però, che proprio tale esclusione elimina l'obbligo di inserire i buoni postali nell'asse ereditario, non essendo per di più prescritto da alcuna norma che la disciplina dei medesimi debba essere volta anche a salvaguardare gli interessi dei coeredi [72].

Senza dire, poi, che la clausola di *«pari facoltà di rimborso»* – contrattualmente apposta dalle parti – perderebbe di significato se si riconoscesse agli eredi del cointestatario defunto una posizione meritevole di maggiore tutela.

6. – In conclusione, la pronuncia della Suprema Corte ha abbracciato le argomentazioni logico-giuridiche [73] promosse dalla giurisprudenza ABF e da sporadiche – ma eloquenti – pronunce di merito. In assenza di precedenti di legittimità, nella ormai piena consapevolezza del notevole rilievo nomofilattico della questione, la Prima Sezione civile si è quindi pronunciata in ordine alla disciplina applicabile in punto di legittimazione

[71] V. anche Risoluzione del 13 luglio 1999 n. 115 – Min. Finanze – Dip. Entrate Aff. Giuridici Serv. IV.

[72] ABF, Collegio di Coordinamento, 10 ottobre 2019, n. 22747.

[73] Contrariamente al precedente – Cass. 10 giugno 2020, n. 11137 – la Corte ripropone quanto sostenuto dalla Sezione VI nella ordinanza interlocutoria n. 16683/2020



alla riscossione – nel caso di morte di un cointestatario – di un buono postale fruttifero [74] cui sia apposta la clausola di *«pari facoltà di rimborso».*

È evidente che la normativa di riferimento abbia posto particolari criticità in ordine alle modalità di rimborso di un buono postale in una tale peculiare fattispecie. D'altronde, sul piano normativo la problematica veniva risolta dal legislatore – per i rapporti giuridici successivi al 2000 [75] – tramite l'abrogazione della disciplina di cui oggi si discute e il riconoscimento della facoltà dei diversi intestatari di compiere operazioni anche separatamente. Certo, la risposta chiarificatoria del legislatore non ha giovato alla giurisprudenza e alla dottrina che si sono più volte dovute adoperare per trovare una soluzione alle fattispecie ancora sottoposte al "vecchio" regime, propendendo *ora* per una soluzione garantista del diritto dell'intestatario *ora* per una lettura – apparentemente – fedele al dato testuale, con la conseguenza di ingenerare dubbi interpretativi e spesso di tradire l'intento del legislatore.

La Prima Sezione civile – in un contesto di forti contrasti – ha fornito la chiave di lettura risolutiva della suddetta normativa. In particolare, è stato chiarito come il tenore letterale della clausola che attribuisce a ciascun cointestatario la disgiunta facoltà di ottenere il rimborso dell'intero montante non si scontri con quelle norme – erroneamente – ritenute imperative e, anzi, rafforzi la disciplina prevista in chiave generale e astratta per i buoni postali fruttiferi. Quest'ultima, senza eccezione alcuna – sulla base della diversa natura giuridica del titolo *de quo* – ne assicura la *«rimborsabilità a vista»*.

[74] Si precisa che si fa esclusivo riferimento ai buoni postali fruttiferi soggetti *ratione temporis* alla disciplina del codice postale e delle telecomunicazioni e al relativo regolamento di attuazione (d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 e successivo regolamento attuativo d.P.R. 17 agosto 1989, n. 256).

[75] D.m. 19 dicembre 2000, n. 1355800.



CASS. CIV., SEZ. III, 22 GENNAIO 2019, N. 1573

In tema di bonifica spontanea di sito inquinato, il proprietario ha diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute, a condizione che sia stata rispettata la procedura amministrativa prevista dalla legge ed indipendentemente dalla identificazione del responsabile dell'inquinamento da parte della competente autorità amministrativa, atteso che, una volta instaurata la causa, tale accertamento ricade nel giudizio di fatto del giudice. Non trova, peraltro, applicazione la regola della responsabilità solidale di cui all'art. 2055 c.c., poiché trattasi di obbligazione "ex lege" di contenuto indennitario, e non risarcitorio derivante dal fatto obbiettivo dell'inquinamento. (In applicazione del principio di cui innanzi, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, escludendo l'applicabilità dell'art. 2055 c.c., aveva determinato l'apporto causale della società convenuta per l'inquinamento del terreno nella misura dei due terzi).

...Omissis...

RILEVATO CHE:

(OMISSIS) s.r.l. convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Verbania (OMISSIS) s.p.a. chiedendo la rifusione dei costi sostenuti per la bonifica ai sensi del Decreto Legislativo n. 152 del 2006, articolo 253, comma 4, ed in subordine ai sensi dell'articolo 2043 c.c., oltre il risarcimento degli ulteriori danni subiti. Espose l'attrice di avere acquistato il complesso immobiliare composto da terreni ed edifici da (OMISSIS) s.p.a., che a sua volta lo aveva acquistato dalla convenuta, e che, riscontrato l'inquinamento del sottosuolo, era stato approvato il progetto di bonifica dell'area presentato da (OMISSIS). Il Tribunale adito, disposta CTU, accolse la domanda, condannando la convenuta alla rifusione sia dei costi di bonifica pari ad Euro 544.512,82 che degli interessi maturati sul finanziamento erogato dai soci per far fronte ai costi di bonifica. Avverso detta sentenza proposero appello principale (OMISSIS) s.p.a. ed incidentale (OMISSIS) s.r.l. Con sentenza di data 7 settembre 2016 la Corte d'Appello di Torino, in parziale riforma della sentenza appellata, condannò (OMISSIS) s.p.a. al pagamento in favore della controparte della somma di Euro 363.008,55 oltre interessi e disattese l'appello incidentale.



Osservò la corte territoriale, premesso che (OMISSIS) non aveva impugnato il provvedimento avente ad oggetto l'approvazione del progetto di bonifica presentato dal proprietario, provvedimento che perciò faceva stato nel presente giudizio, che in base al combinato disposto del Decreto Legislativo n. 152 del 2006, articolo 245 e articolo 253, comma 4, l'esercizio del diritto di rivalsa del proprietario, per avere spontaneamente eseguito la bonifica, non era subordinato all'avvio del procedimento di identificazione del responsabile dell'inquinamento, ben potendo il responsabile essere accertato giudizialmente. Aggiunse che vi era la prova che (OMISSIS) avesse contaminato il sito, essendo stato quest'ultimo nella sua disponibilità dal 1976 al 2007 ed avendovi esercitato l'attività di rifornimento carburante, operazioni di lavaggio e manutenzione in officina sui mezzi del trasporto pubblico e che doveva presumersi la colpa della convenuta per la mancata adozione delle necessarie cautele. Osservò inoltre che irrilevante sarebbe stata l'instaurazione di accertamento tecnico preventivo essendo riservata per legge la valutazione di idoneità delle opere di bonifica alla conferenza di servizi degli enti preposti e che, non trovando applicazione il principio di solidarietà di cui all'articolo 2055 c.c. in materia di inquinamento, l'apporto causale di (OMISSIS) all'inquinamento doveva essere determinato nella misura di due terzi, mentre il terzo residuo era imputabile alla simile attività svolta da Ferrovia (OMISSIS) nel periodo 1959 – 1976. Aggiunse che, oltre il costo stimato in Euro 306.198,16 nella determinazione del 17 febbraio 2010, vi erano state maggiori opere, giustificate proprio alla luce delle prescrizioni contenute nella determinazione menzionata, oltre ancora i costi propedeutici all'attività di bonifica e che la rinuncia all'attività di vagliatura non aveva comportato un aggravio di costi. Osservò quindi che, in relazione alla somma di Euro 544.512,82, la quota di due terzi imputabile a (OMISSIS) era pari ad Euro 363.008,55, e che non vi era prova, in relazione agli interessi per finanziamento soci pari ad Euro 33.297,28, che il finanziamento fosse stato fruttifero (non essendo stati prodotti i bilanci) e funzionale alla bonifica, considerato che (OMISSIS) era una società a socio unico, il bilancio era redatto in forma semplificata e non vi era alcun elemento per ritenere il finanziamento effettuato nel 2011. Concluse la corte territoriale, quanto all'appello incidentale avente ad oggetto il mancato riconoscimento del lucro cessante, che non vi erano elementi da cui evincere i ricavi netti dell'operazione, mancando il progetto completo con l'indicazione di numero e superficie delle unità immobiliari da costruire e la documentazione comprovante la tempistica dell'operazione, e che inoltre, stante il crollo del mercato immobiliare a partire dal 2008, i verosimili ricavi lordi avrebbero avuto un abbattimento del 25-30%, sicché nessun utile sarebbe stato percepito.



Ha proposto ricorso per cassazione (OMISSIS) s.r.l. sulla base di tre motivi e resiste con controricorso la parte intimata, la quale ha proposto altresì ricorso incidentale sulla base di due motivi. È stato fissato il ricorso in camera di consiglio ai sensi dell'articolo 380 *bis*.1 c.p.c. È stata presentata memoria.

CONSIDERATO CHE:

muovendo dal ricorso principale, con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 152 del 2006, articolo 253, comma 4, articoli 2043 e 2055 c.c., ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che trattandosi di danno patito in conseguenza delle azioni imputabili a più soggetti, deve trovare applicazione il principio di solidarietà di cui all'articolo 2055 c.c.

Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 115 e 116 c.p.c., articoli 1815 e 2729 c.c., Decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986, articolo 46, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che il finanziamento soci è stato appostato nel bilancio di esercizio dell'anno 2011 e che mai erano state sollevate contestazioni in ordine all'onerosità del detto finanziamento.

Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 115 e 116 c.p.c., articolo 1226 c.c., ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente, in relazione al mancato riconoscimento del lucro cessante, che la documentazione prodotta raffigurava esattamente l'operazione immobiliare programmata ed interrotta a causa dell'accertamento della contaminazione del suolo e che, quanto all'argomento relativo al crollo del mercato immobiliare a partire dal 2008, pur considerandolo nozione di fatto rientrante nella comune esperienza ai sensi dell'articolo 115, comma 2, sulla base della scienza comune si sarebbe dovuto pervenire ad una diversa conclusione, e cioè che il crollo del mercato immobiliare non si è tradotto in un equivalente crollo dei prezzi e che gli immobili situati in località appetibili non hanno subito alcun crollo dei prezzi. Aggiunge che le circostanze dedotte avrebbero dovuto condurre ad una liquidazione in via equitativa.

Passando al ricorso incidentale, con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 152 del 2006, articoli 3-quater, 240, 242, 242 *bis*, 244, 245, 250 e 253 ed allegato 5 alla parte 4, articoli 1227, 2043, 2050 e 2058 c.c., articoli 37, 101, 345 e 382 c.p.c., articolo 7 c.p.a., L. n. 241 del 1990, articolo 14 *ter*, nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso. Osserva la ricorrente in via incidentale che ove il privato incolpevole dia spontaneamente corso all'intervento di bonifica ai sensi del Decreto Legislativo n. 152 del 2006, articolo 245 non può esercitare il di-



ritto di rivalsa ai sensi dell'articolo 253 (non richiamato dall'articolo 245), il quale postula l'accertamento da parte dell'autorità amministrativa del responsabile dell'inquinamento ed il provvedimento di imposizione dei costi di bonifica a carico del privato incolpevole, nella specie mancanti (non avendo (OMISSIS). attivato un procedimento per l'accertamento del responsabile ed essendo finalizzata l'attuazione spontanea della bonifica al fine di evitare che la stessa sia eseguita d'ufficio dalla pubblica amministrazione), e che nell'ipotesi in cui gli oneri da riversare su terzi siano determinati dallo (il stesso proprietario le disposizioni sarebbero in contrasto con gli articoli 3 e 23 Cost. perché la prestazione patrimoniale insorgerebbe in assenza di parametri volti a predeterminarla secondo criteri ragionevolmente certi. Aggiunge che la competenza esclusiva circa l'identificazione del responsabile, presupposto indefettibile della rivalsa, spetta alla pubblica amministrazione, sicché ricorre un difetto assoluto di giurisdizione del giudice ordinario quanto a tale accertamento, e che (OMISSIS) ha esercitato la rivalsa senza instaurare un procedimento per l'identificazione del responsabile, ovvero attenderne il pronunciamento da parte della competente Provincia, avendo attivato solo il procedimento per l'approvazione del progetto di bonifica spontanea (mentre il giudice ha recepito acriticamente le conclusioni del CTU circa l'identificazione del responsabile). Osserva inoltre che (OMISSIS), benché dovesse presentare un progetto di bonifica che riportasse il complesso immobiliare entro i valori di CSR, economicamente più sostenibili, ha invece parametrato l'intervento sui valori CSC, prevedendo peraltro demolizioni e maggiori scavi che altrimenti non si sarebbero dovuti effettuare e che il provvedimento di approvazione del progetto non aveva preso in considerazione gli aspetti economici. Aggiunge, premesso che l'adesione alle conclusioni del CTU aveva rappresentato un evidente travisamento fattuale, che (OMISSIS) non era stata coinvolta nell'attività di predisposizione del progetto di bonifica volontaria, non essendo peraltro legittimata a sollevare contestazioni o eccezioni, e che il comportamento di (OMISSIS), che non aveva fatto nulla per limitare l'entità del danno, avrebbe dovuto condurre comunque ad una decurtazione di quest'ultimo ai sensi degli articoli 1227 e 2056 c.c..

Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 152 del 2006, articoli 212, 240, 242, 242 *bis*, 244, 245, 250 e 253 ed allegato 5 alla parte 4, articoli 1227, 1489, 2043, 2050 e 2058 c.c., L. n. 349 del 1986, articolo 18, L. n. 241 del 1990, articolo 14 *ter*, nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso. Osserva la ricorrente, in via subordinata, che (OMISSIS) non può essere condannata al pagamento di una somma superiore a quella prevista nella determinazione dirigenziale (Euro 306.198,16) e che i maggiori costi sono imputabili esclusivamente a scelte di



(OMISSIS) (apodittiche e non dimostrate sono al riguardo, precisa la ricorrente, le affermazioni del giudice di appello). Aggiunge che deve essere comunque disattesa la domanda ai sensi dell'articolo 2043 c.c. non essendo stata dimostrata la colpa e che i costi non potevano essere rimborsati in presenza di un procedimento in cui si era discussa solo l'approvazione del progetto presentato e non l'accertamento della responsabilità dell'inquinamento (peraltro i lavori erano stati eseguiti da società collegata a (OMISSIS) non abilitata a svolgere lavori di bonifica).

Il primo motivo del ricorso principale ed il ricorso incidentale possono essere trattati congiuntamente e sono infondati. Va premessa una succinta ricognizione della pertinente disciplina prevista dal Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

In base agli articoli 239 segg. del citato testo legislativo gli interventi di bonifica e ripristino ambientale dei siti contaminati possono essere eseguiti, oltre che dal responsabile dell'inquinamento, obbligato a provvedervi, dal proprietario del sito (o altro soggetto interessato), che a differenza del responsabile ha facoltà e non l'obbligo di intervenire (come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa – Cons. Stato, ad. plen. 25 settembre 2013, n. 21; sez. 6, 5 ottobre 2016, n. 4099) oppure dalla competente pubblica amministrazione, nel caso in cui il responsabile non sia individuabile o non provveda e non provveda il proprietario del sito né altro soggetto interessato. L'obbligo previsto per il proprietario non responsabile è quello di cui all'articolo 245, comma 2, in base al quale "fatti salvi gli obblighi del responsabile della potenziale contaminazione di cui all'articolo 242, il proprietario o il gestore dell'area che rilevi il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento della concentrazione soglia di contaminazione (CSC) deve darne comunicazione alla regione, alla provincia ed al comune territorialmente competenti e attuare le misure di prevenzione secondo la procedura di cui all'articolo 242", cui consegue l'attivazione da parte della provincia per l'identificazione del soggetto responsabile al fine di dar corso agli interventi di bonifica. Il proprietario non responsabile risente poi della disciplina di cui all'articolo 253, in base alla quale gli interventi di bonifica costituiscono onere reale sui siti contaminati qualora effettuati d'ufficio dall'autorità competente e le spese sostenute per gli interventi sono assistite da privilegio speciale immobiliare sulle aree medesime, ai sensi dell'articolo 2748 c.c., comma 2. Sempre in base alla medesima disposizione il privilegio e la ripetizione delle spese possono essere esercitati, nei confronti del proprietario del sito incolpevole dell'inquinamento, solo a seguito di provvedimento motivato dell'autorità competente che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero che giustifichi l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità.



Il perno fondamentale dell'intera disciplina è che gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale seguono le procedure previste dalla legge, dovendo il progetto di bonifica essere assentito dalla competente autorità amministrativa all'esito di un'articolata procedura. Il positivo assolvimento della detta procedura costituisce anche il presupposto di legittimità dell'esercizio del diritto di rivalsa del proprietario del sito nei confronti del soggetto responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute nel caso che egli abbia spontaneamente provveduto alla bonifica del sito inquinato (articolo 253, comma 4). Prevede infatti l'articolo 245, comma 2, ultima parte che "è comunque riconosciuta al proprietario o ad altro soggetto interessato la facoltà di intervenire in qualunque momento volontariamente per la realizzazione degli interventi di bonifica necessari nell'ambito del sito in proprietà o disponibilità". Contrariamente a quanto affermato nel ricorso incidentale, l'articolo 245, comma 2, e l'articolo 253, comma 4, contemplano, per ciò che concerne lo spontaneo intervento del proprietario non responsabile, la medesima fattispecie, riguardando la rivalsa l'intervento volontario che "in qualunque momento" il proprietario è abilitato a compiere. L'inciso "in qualunque momento" chiarisce che, fermo l'obbligo di comunicazione all'autorità amministrativa non appena rilevi il superamento o il pericolo del superamento della concentrazione soglia di contaminazione, il proprietario non deve attendere l'identificazione del soggetto responsabile da parte della competente amministrazione ma può "in qualunque momento" procedere agli interventi di bonifica ed esercitare successivamente il diritto di rivalsa. Condizione, necessaria e sufficiente, di legittimità sia della condotta sul piano amministrativo che dell'esercizio del diritto sul piano privatistico è la sottoposizione dell'intervento del proprietario alla procedura prevista dalla legge.

Una volta che la bonifica sia stata eseguita dal proprietario a proprie spese in base alle forme previste dalla legge può essere promossa l'azione per la rivalsa, indipendentemente dalla circostanza se l'amministrazione abbia identificato o meno il responsabile dell'inquinamento. Al riguardo va precisato che rientra nella cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria l'accertamento della qualità di responsabile dell'inquinamento, oltre che della congruità dell'importo per il quale sia esercitata la rivalsa. Elemento costitutivo della fattispecie della rivalsa, fissato dalla pubblica amministrazione, è solo quello dell'intervento di bonifica nelle forme assentite dalla competente autorità. Sul punto la cognizione del giudice è limitata all'accertamento fattuale se l'intervento si sia svolto in base alla procedura prevista dalla legge. L'identificazione del responsabile dell'inquinamento, una volta instaurata la controversia, ricade nel giudizio di fatto del giudice che procede e l'eventuale identificazione che sia intervenuta per opera dell'amministrazione



rileva sul piano esclusivamente probatorio, da valutare insieme alle altre prove, non essendo previsto che l'identificazione amministrativa del responsabile faccia stato nel processo giurisdizionale, come previsto invece dal Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, articolo 7, comma 1, ("attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea"), per il quale "ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui alla L. 10 ottobre 1990, n. 287, articolo 10, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso" (mentre ai fini della natura e portata della violazione la decisione dell'autorità costituisce prova, valutabile con le altre prove). L'accertamento giurisdizionale del responsabile dell'inquinamento e dell'ammontare del credito vantato, unitamente alla sottoposizione della legittimità della rivalsa al rispetto della procedura di bonifica prevista dalla legge, sgombrano il campo dai dubbi di legittimità costituzionale della normativa insinuati dalla ricorrente in via incidentale.

Venendo più in dettaglio agli elementi costitutivi della fattispecie di rivalsa, va evidenziato che soggetto passivo dell'obbligazione prevista dalla legge è il "responsabile dell'inquinamento". La qualifica di "responsabile" attiene non al giudizio di valore della condotta sotto il profilo soggettivo del requisito psicologico (dolo o colpa), ma al giudizio eziologico relativo al profilo oggettivo dell'avere meramente dato causa all'inquinamento. Depongono in questo senso sia i riferimenti nelle disposizioni in esame all'"evento" di contaminazione (in base all'articolo 242 il responsabile dell'inquinamento dà avvio alle previste procedure operative e amministrative al mero "verificarsi di un evento che sia potenzialmente in grado di contaminare il sito"; in base all'articolo 244 la provincia svolge le opportune indagini volte ad identificare il responsabile dell'evento di superamento e diffida il responsabile della potenziale contaminazione a provvedere al ripristino ambientale), sia la logica indennitaria che presiede al sistema normativo in esame, secondo il quale il responsabile del procedimento è tenuto a tenere indenne l'amministrazione o il proprietario del sito delle spese sopportate per la bonifica e conseguenti al fatto obiettivo dell'inquinamento. Essendo eseguito il ripristino ambientale sulla base dell'evento di inquinamento, la ripetizione delle spese viene esercitata sul presupposto del mero evento, senza connotazioni soggettive di valore quanto alla condotta del responsabile. Vi è nella fattispecie legale una responsabilità per pura causalità non



riconducibile neanche alla responsabilità civile di tipo oggettivo, la quale contempla pur sempre una forma di imputazione soggettiva dell'evento dannoso di natura "posizionale", dipendente cioè dalla particolare collocazione del soggetto reso responsabile rispetto alla causa del danno, tale da renderlo come il soggetto che meglio di chiunque altro può prevenire tale pregiudizio (ne è un esempio, proprio nel Decreto Legislativo n. 152 del 2006, la responsabilità per danno ambientale prevista dall'articolo 311, comma 2, in relazione al tipo di attività svolta dall'operatore). Ai fini della disciplina in esame la responsabilità dell'inquinamento non corrisponde a responsabilità per danno ma a responsabilità dell'evento, cui la legge collega un complesso di effetti giuridici (detto altrimenti, ciò che rileva è solo la causalità materiale – la relazione fra condotta ed evento –, e non anche la causalità giuridica di cui all'articolo 1223 c.c. – la relazione fra l'evento e le conseguenze pregiudizievoli).

La logica puramente indennitaria che presiede all'azione di rivalsa nei confronti del responsabile, esercitata dall'autorità amministrativa o dal proprietario del sito, sottrae la fattispecie della rivalsa all'illecito aquiliano. Il carattere volontario dell'esborso sopportato dal proprietario, e l'adempimento di funzione pubblica per ciò che concerne le spese sostenute dalla pubblica amministrazione, escludono che la rivalsa possa acquistare il contenuto della reintegrazione di una perdita patrimoniale determinata da un illecito. La ripetizione delle spese è conseguenza così di un'obbligazione di fonte legislativa i cui presupposti di fatto, per ciò che concerne il proprietario del sito, sono l'esecuzione della bonifica nel rispetto delle procedure operative e amministrative e la spontaneità o volontarietà dell'intervento di bonifica. Trattasi di obbligazione *ex lege*, di contenuto indennitario e non risarcitorio, soggetta quindi all'ordinario termine di prescrizione decennale ed alle regole dell'onere probatorio in materia di obbligazioni non derivanti da fatto illecito. L'esclusione della regola della responsabilità solidale di cui all'articolo 2055 c.c. non deriva quindi dall'applicazione del Decreto Legislativo n. 152 del 2006, articolo 311, comma 3, ("nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale"), norma i cui limiti di operatività sono comunque segnati da Cass. 6 maggio 2015 n. 9012 e che riguarda il risarcimento del danno ambientale e dunque un'ipotesi di illecito aquiliano (integrante peraltro, come si è detto, un'ipotesi di responsabilità oggettiva dipendente dal tipo di attività svolta dall'operatore, mentre dolo e colpa restano criteri di attribuzione della responsabilità per gli altri soggetti – articolo 311, comma 2). Non vige la responsabilità solidale perché la norma contempla un'obbligazione di carattere non risarcitorio derivante pertanto non da fatto illecito, ma da un altro fatto idoneo a produrla secondo l'ordinamento giuridico (cfr. articolo



1173 c.c.). Il riferimento nell'articolo 253, comma 4, all'eventuale maggior danno subito ("nel caso in cui il proprietario non responsabile dell'inquinamento abbia spontaneamente provveduto alla bonifica del sito inquinato, ha diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute e per l'eventuale maggior danno subito") non è da intendere nei termini del danno ingiusto che connota l'illecito aquiliano (non a caso la norma adopera il semplice termine "danno" privo della qualifica di ingiusto), ma come voce ulteriore di spesa che sia da porre in relazione causale diretta ed immediata con la bonifica spontanea.

Si esce invece dall'obbligazione *ex lege* di cui all'articolo 253 nel caso in cui il proprietario del sito non esegua spontaneamente la bonifica ma sia attinto dal provvedimento dell'autorità competente che eserciti nei suoi confronti il privilegio e la ripetizione delle spese per l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto (o di infruttuosità dell'azione): la rivalsa è invero contemplata dalla legge solo nel caso di spontanea bonifica da parte del proprietario non responsabile dell'inquinamento. Estraneo alla rivalsa di cui all'articolo 253 è anche il danno ingiusto in senso tecnico, quale la lesione alla salute o al buon nome commerciale in conseguenza dell'inquinamento (cfr. Cass. 6 luglio 2017, n. 16654 relativa al concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nel caso di acquisto di immobile che sia risultato inquinato ed abbia avuto bisogno di opere di bonifica). In tali casi si ritorna nell'orbita dell'articolo 2043 c.c., con i relativi termini prescrizionali ed oneri probatori, oltre che dei requisiti soggettivi della fattispecie in termini di dolo o colpa dell'autore dell'inquinamento. La stessa causalità acquista un'ulteriore dimensione, perché ciò che viene in rilievo, nel caso del danno ingiusto in senso tecnico, come è evidente, è non solo la causalità materiale, ma anche la causalità giuridica. In questo quadro non può sfuggire, nell'intendimento del legislatore, il carattere premiale della rivalsa prevista dall'articolo 253, che consente al proprietario del sito di esercitare in giudizio più agevolmente il diritto a ripetere le somme necessarie per la bonifica ove si attivi egli stesso, spontaneamente, per l'esecuzione delle relative opere.

Va in conclusione affermato che "il proprietario non responsabile dell'inquinamento che abbia spontaneamente provveduto alla bonifica del sito inquinato, ha diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute a condizione che sia stata rispettata per la bonifica la procedura amministrativa prevista dalla legge ed indipendentemente dall'identificazione del responsabile dell'inquinamento da parte della competente autorità amministrativa"; "non trova applicazione la regola della responsabilità solidale di cui all'articolo 2055 c.c. nel caso dell'obbligazione del responsabile



dell'inquinamento avente ad oggetto il rimborso delle spese sostenute dal proprietario per la bonifica spontanea del sito inquinato poiché trattasi di obbligazione *ex lege*, di contenuto non risarcitorio ma indennitario, derivante non da fatto illecito ma dal fatto obiettivo dell'inquinamento".

Le ulteriori ragioni di censura sollevate nel ricorso incidentale attengono a profili afferenti al giudizio di fatto riservato al giudice di merito e censurabile nella presente sede di legittimità esclusivamente nei limiti della denuncia del vizio motivazionale, nella specie non ritualmente proposta nelle forme disegnate dalla giurisprudenza (Cass. sez. U. 7 aprile 2014, n. 8053).

Il secondo ed il terzo motivo del ricorso principale, da valutare unitariamente, sono inammissibili. Essi attengono al giudizio di fatto del giudice di merito, sindacabile nella presente sede di legittimità mediante la denuncia di vizio motivazionale, nella specie non proposta. Circa il riferimento alla non contestazione nel secondo motivo va poi precisato che l'onere di contestazione sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per quelli ad essa ignoti (Cass. 18 luglio 2016, n. 14652; 13 febbraio 2013, n. 3576), sicché non può dedursi il carattere incontroverso della circostanza senza dedurre la conoscenza in capo alla controparte della circostanza medesima.

La censura al fatto notorio posto alla base della decisione, e cioè il crollo del mercato immobiliare a partire dal 2008, contenuta nel terzo motivo, è inammissibile sotto un duplice profilo. In primo luogo difetta di decisività, in quanto la decisione di rigetto dell'appello incidentale ha una duplice ratio decidendi, l'assenza di elementi da cui evincere i ricavi netti dell'operazione e l'argomento tratto dal crollo del mercato immobiliare a partire dal 2008: la permanenza della prima ratio rende non decisiva la censura della seconda ratio. In secondo luogo non viene contestata l'inesatta nozione di notorio, che è il profilo censurabile in sede di legittimità (fra le tante Cass. 18 maggio 2007, n. 11643), ma l'inferenza desunta dal fatto notorio e costituente giudizio di fatto.

Va disposta la compensazione delle spese stante la reciproca soccombenza.

Poiché il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 e viene disatteso, sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, articolo 1, comma 17, che ha aggiunto il comma 1 – quater all'articolo 13 del testo unico di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della parte ricorrente, principale ed incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.



P.Q.M.

Rigetta il ricorso principale e il ricorso incidentale. Compensa integralmente le spese processuali.

Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, articolo 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente principale e della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale e per il ricorso incidentale, a norma del comma 1 *bis*, dello stesso articolo 13.

JUS CIVILE



EDOARDO PELLEGRINO

Avvocato

DECONTAMINATION OF THE POLLUTED SITE BETWEEN SPONTANEOUS ACTIVATION OF THE NON-POLLUTING OWNER AND POLLUTING SUBJECT'S "PURE CAUSALITY" LIABILITY (NOTE TO JUDGEMENT CASS. CIV., SEZ. III, 22 GENNAIO 2019, N. 1573)

SUMMARY: *1. The case. – 2. Preamble: regulatory and judicial framework and guiding principles of the subject. – 2.1. Jurisdiction on the verification of the person responsible. – 3. Polluant liability model: "liability for pure causality". – 3.1. First corollary: compensation in the event of voluntary decontamination and compensation in the eventi of an "*ex officio*" intervention by the public administration. – 3.2. Second corollary: passive solidarity. – 3.3. Strict liability. – 3.4. – Critical remarks.*

1. – The Supreme Court, with its recent pronouncement [1], gave an interesting interpretation of the question regarding voluntary decontamination of polluted locations by a non-polluting owner.

In particular, the judges deal with the issue by analyzing all the civil aspects of greater importance, especially dwelling on the nature of the responsibility of the polluting owner.

Another particularly interesting aspect of the pronouncement pertains to the different legal consequences, also referring the lawsuit that can be brought against the person responsible for the pollution. This implicates the voluntary decontamination by the non-polluting owner, compared with the case in which the latter arises from an administrative act, with which the public authority communicates the unofficial activation of the process aimed at decontamination.

In this case, *Alfa* company acquired a site from *Beta* company, which had acquired it from *Gamma* company. Once the pollution of the subsoil had been noticed, the *Alfa*

[1] The reference is to Cass. 22 January 2019, n. 1573 in annotation.



company voluntarily reclaimed the land, in accordance with articles 239 of the d.lgs. 152/2006 (environmental "T.U."). The company then sued the *Gamma* company, asking for the refunding of all the costs incurred for the decontamination, pursuant to article 253 c. 4 d.lgs. 152/2006 or, alternatively, to article 2043 cod. civ., on the basis of the existence of a bond of solidarity between the two companies justifying the claim for the refunding of all the incurred costs.

The judge of the first instance and the appellate judge verified the responsibility of the *Gamma* company, since it was in possession of the site in the period between 1976 and 2007 and conducted a business on the site of washing and maintenance of public means of transport.

The judges concluded that the company was to be held responsible for having omitted to the precautions necessary to avoid pollution. With this last pronouncement, however, the judge denied the existence of the bond of solidarity and sentenced the *Gamma* company to refund two-thirds of the decontamination costs.

Consequently, the *Alfa* company lodged an "appeal in Cassation" against the judgement of the court of the second instance, whilst the *Gamma* company submitted a cross-appeal and a defence. The latter claimed the existence of the bond of solidarity and the former contested that the other company could bring an action according to article 253 "T.U. ambientale" and questioned the existence of responsibility pursuant to article 2043 cod. civ., for lack of negligence.

2. – The subject of environmental protection is particularly delicate, as can be seen from the specific legislation both supernational and national, and as proven from the fact that this legislation concerns civil, administrative and criminal aspects.

The decontamination of polluted sites, from a phenomenal point of view, is a particular exemplary case compared to those of real environmental damage, since in the first case a damaging occurrence has not happened yet, but there is a concrete risk that it may happen.

In general, the legislation that regulates environmental question is guided by four fundamental principles [2], that are contained in article 191 T.F.E.U., and transposed to the Italian T. U. environmental.

[2] For an in-depth examination of the fundamental principles that inspire European intervention in environmental matters: B. CARAVITA-L. CASSETTI-A. MORRONE (a cura di), *Diritto all'ambiente*, Ed. Il Mulino, 2016, 88 ss.



The first two principles concern caution [3] and prevention; these may seem overlapping but are to be considered different.

With the first one, we refer to the management of unsure risks, the second one refers to actual risks [4]. Essentially, it the caution principle entails the obligation to act in order to avoid potential risks, the prevention principle concerns the management of real and concrete risks.

The third principle is about correcting environmental damages right from the beginning.

The fourth principle, which is fundamental for our analysis, is the so called "if you pollute, you pay" principle [5].

---

[3] The caution principle acquires a decisive role in international law following the overcoming of the so-called "Principle of assimilation capacity" based on the assumption of the suitability of the environment to neutralize by itself a certain amount of harmful effects resulting from pollution, with the consequence that emissions below this "assimilability" threshold were considered permitted. The undoubted difficulties of identifying these thresholds of "assimilability" with scientific rigor have led to the progressive abandonment of this approach and the contextual adoption of the different precautionary logic, to the point of making it a cornerstone of environmental matters. The moment of consecration of the precautionary principle is identified in the Concluding Declaration of the United Nations Conference on Environment and Development, held in Rio de Janeiro in June 1992. Subsequently, the precautionary approach has seen its scope of application expand into sectors different such as that of human and animal health in the food sector (the so-called Cartagena Protocol on Biosecurity of January 2000), up to its applicability in the commercial field in the case of multilateral agreements stipulated at the World Trade Organization, in which however, it assumes significance from the point of view of limiting the freedom of commercial exchanges. The variegated sources that characterize the principle under examination have sparked a doctrinal debate about the juridical nature of the same, with particular reference to its mandatory scope or not. A first approach recognizes its mandatory dimension, making it fall within the general customs or principles of international law. A second approach, on the other hand, relegates the caution principle to a mere indication of a political nature addressed to member states. Particularly refined is a third approach which, enhancing the diversity of the areas in which the principle is enucleated, assigns it a "strong" dimension in some (such as, for example, the environmental one following the aforementioned Rio Conference) a "weak" one in others (such as in the multilateral trade sector). For an in-depth analysis of the precautionary principle, see L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Cedam, 2004; F. BATTAGLIA, *Sul principio di precauzione*, in *Le Scienze*, n. 394, giugno 2001, 110 ss.; A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, in *American Journal of International Law*, Volume 96, ottobre 2002, 1016 ss.; S. MARR, *The precautionary principle in the law of the sea: modern decision making in international law*, Martinus Nijhoff, 2003; G. MANFREDI, *Osservazioni su ambiente e democrazia*, in *Riv. giur. amb*., 2010, 293 ss.; P.G. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2011; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, 2005; U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, in *Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento*, 2004.

[4] On this point, see the reconstruction of N. DE SADELEER, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2002, 74-75, 89-90, 117 ss. e 156 ss.

[5] On the value of this principle and the consequent importance of the causal assessment in the matter,



These principles are provided by European le and by Italian law, specifically by article 3 *ter* d.lgs. 3rd April 2006 n. 152, that provides that "the protection of the environment and of natural ecosystems (…) has to be assured by all public and private authorities and by natural and legal persons – public or private – through an appropriate action which is inspired by the rules of precaution, of preventive action and also by the 'if you pollute, you pay' principle".

The "if you pollute, you pay" principle is also stated by the specific framework that regulates the decontamination procedure and the securing of the polluted site, given by "titolo V parte IV T.U. ambientale", in particular by article 239. Moreover, for what concerns the peculiar obligations of prevention measures, of securing and decontamination, article 242 of the T.U. environmental states that these obligations are on who altered or compromised the environment.

The problem arises when environmental pollution emerges, but the polluting person is not the land-owner.

As national [6] and supernational [7] judges have clarified, there is no legal obligation for the non-polluting owner to decontaminate. He only needs to avoid causing environmental damage, taking any urgent and temporary necessary measure; in the Italian legal system there is no legal prevision that obliged the non-polluting owner to decontaminate the site. These conclusions are direct corollaries of the "If you pollute, you pay" principle, a principle which therefore prevents negative external effects of pollution from falling back on the community, and consequently, makes it possible for the person responsible for the pollution to be inseparably connected to the decontamination of the site he has polluted.

Otherwise, the position of the owner who is not responsible is made up of both obligations (obviously less trenchant than those of the polluting person) and of a faculty.

---

see CGUE, 9 marzo 2010, cause C-378, C-379, C-380; CGUE, 4 marzo 2015, causa C-534/ 13, resa su rimessione da parte dell'Adunanza Plenaria del Cons. Stato con ordinanza di rinvio 25 settembre 2013, n. 21. In dottrina, si vedano L. MELI, *Le origini del principio del "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della Comunità Europea*, in *Riv. giur. amb*., 1989, 218; L. BUTTI, *L'ordinamento italiano e il principio del "chi inquina paga",* in *Riv. giur. amb*., 1990, 411.

[6] On this point, see Cons. Stato, 25 gennaio 2018, n. 502; Cons. Stato 5 ottobre 2016, n. 4099 Cons. Stato, 29 novembre 2016, n. 5023; Cons. Stato, Ad. Plen. 25 settembre 2013 n. 21; T.A.R. Firenze, (Toscana), 19 giugno 2018, n. 882; T.A.R. Firenze, (Toscana), 21 gennaio 2018, n. 291; T.A.R. Trieste, (Friuli-Venezia Giulia), 24 febbraio 2016, n. 54; T.A.R. Lecce, (Puglia), 21 maggio 2015, n. 1697.

[7] CGUE, 4 marzo 2015, causa C-534/13. Among the numerous comments on pronunciation, see, in particular, CGUE, 4 marzo 2015, causa C-534/13, in which a comparison is offered between the Dutch, Flemish, French, English and Spanish systems.



In particular, pursuant to article 245, the non-responsible owner, once the polluting fact has been verified (or the distance from the CSC, that is the level of contamination), must inform the Region, the Province and the Municipality and must carry out prevention measures, pursuant to article 242. The Province will then identify the person responsible but the owner of the site can intervene at any moment to perform the necessary decontamination. If he does this, he has, according to article 253 c.4, the right to recourse against the person responsible for the pollution, if identified.

On the contrary, as stated in article 250, if the owner for the site (whether responsible or not for the pollution) or the person responsible do not decontaminate the site, the procedure foreseen by article 242 are by official rule carried out by the Municipality concerned.

This rule is connected to that of the article 253, which foresees that operations of decontamination carried out by official rule by the competent authority are burdens belonging to the site. It also foresees that the expenses involved have a special property privilege on that site. Consequently, in the case of a forced operation, the public administration will submit a claim for credit against the non-offending owner, credit that the latter must pay *within the limits of the value of the property* and therefore, according to some legal writings [8] and some court decisions [9], within the limit of his enrichment.

2.1. – After these necessary premises, it is now possible to examine in depth the pronouncement.

The jurisdiction to identify the person responsible for the pollution is a crucial question analyzed in the verdict.

In particular, the party that submitted the cross-appeal in Cassation claims that verification of the person responsible, pursuant to article 245 c.2, and start of decontamination procedures by public administration are indefectible requirements to have the right of recourse stated in article 253.

Essentially, according to this party, in the event of voluntary decontamination by the non-responsible person, there would be no right to recourse pursuant to article 245 c. 2, last sentence. Otherwise, the regulations would clash with articles 3 and 23 Constitution,

[8] See in this sense B. Pozzo, voce ''*Responsabilità civile per danni all'ambiente*'', in *Digesto civ*., VIII Agg., 2013, 593.

[9] T.A.R. Milano (Lombardia), 30 maggio 2014, n. 1373; T.A.R. Trieste (Friuli-Venezia Giulia), 17 dicembre 2009, n. 837; T.A.R. Catania (Sicilia), 20 luglio 2007, n. 1254.



since it would involve a monetary obligation with no reasonably definite requirements. The conclusion is that the exclusive jurisdiction in the identification of the person responsible is up to the public administration, and that the ordinary judge has no jurisdiction.

The judges reject this opinion, declaring that the right of recourse could appear just in the event of voluntary decontamination (about this question, *vide infra*) and that a necessary and sufficient condition for it is not the identification of the person responsible by public administration, but the undergoing of the intervention of the owner to the procedure stated by the law.

The Court of Cassation states that, according to article 245 c. 2 last period, the non-responsible owner could intervene and decontaminate at any moment and, then, whether the person responsible has been identified by the public administration or not. Consequently, since the right of recourse is connected to the voluntary decontamination, it is not necessary to wait for the identification of the person responsible by public authority in order to bring that action

The Court also states that in the event of voluntary decontamination the identification of the person responsible is up to the ordinary judge and that the potential identification by the public authority is not significant in court, but just under probatory point of view. The judges conclude in these terms also discussing *a contrario* in relation to article 7 c. 1, d.lgs. 19th January 2017, n. 3, which foresees, in relation to damage compensation caused by violation of the competition law, according to which infringement of right is believed to be permanently verified once the antitrust authority gave a pronouncement which cannot be appealed to the judge.

The reasoning of the Court meets essentially the "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*" principle.

This approach is after all corroborated by purely logic observations.

The identification of the polluting person allows the public administration to activate its public powers for the forced decontamination, preventing the costs to fall back on the community. If the owner voluntarily decontaminates the site, the interests of the public administration to protect the environment and to allocate the related costs on a certain person are satisfied. Consequently, the question drifts on a private-law point of view and the jurisdiction on the verification of the person responsible can only be up to the judicial authority.

3. – In analysing the characteristic features of the pollutant's liability pursuant to art.



253 c. 4 T.U. environmental, the Supreme Court seems to recognize a new model of responsibility.

In particular, the Court affirms that there is an obligation *ex lege* arising from a liability "of pure causality" [10], in which all that is relevant is the material connection between the fact of the pollution and the conduct of the subject who caused the event.

The Court specifies that causality has to be understood only in the material sense [11] stated in Articles 40-41 of the criminal code and not also in the legal one pursuant to art. 1223 of the Italian Civil Code: this exclusion implies that when the law refers to "damage", it does so exclusively with reference to the "damage event" and not also with reference to the concept of "damage consequence". Therefore, when the law speaks of "greater damage", it does not refer to loss of profit but to other items of expenditure that are directly attributable to the reclamation, even if they are not an integral part of the related expenditure.

What the law provides, as the Supreme Court clarifies, is an indemnity logic, rather than compensation.

The result that the law wants to achieve is that of blaming the negative externalities with the pollution exclusively on the polluting person, without blaming them on the administration or on the non-polluting owner: it is the manifestation of the "*if you pollute, you pay*" principle.

Moving on to the structure of the liability in question, as mentioned, the Supreme Court considers it a liability of "pure causality", distinguishing it from objective liability.

---

[10] There are two different approaches to ascertaining the causal link in this matter. According to a first, endorsed by T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, 15 febbraio 2017, n. 125, the notion of cause should be traced back to that of increased risk. Consequently, according to this reconstruction, it would not be necessary to achieve a level of certainty in the causal assessment capable of demonstrating the logical probability close to 100%. On the other hand, according to another orientation, followed by the prevailing administrative jurisprudence (Cons. Stato, 30 luglio 2015, n. 3756; Cons. Stato, 9 gennaio 2013, n. 56; Cons. Stato, 5 settembre 2005, n. 4525) ascertaining the causal link between the behavior of the subject and the pollution event must cover the characteristics of certainty.

[11] On the element of material causality in the civil liability, see: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, 1960; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, 1967; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno,* Giuffrè, 1967; P. TRIMARCHI., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, 2017, 449 ss.; R. PUCELLA, *La causalità ''incerta''*, Giappichelli, 2007; L. NOCCO, *Il ''sincretismo causale'' e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Giappichelli, 2010; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità`. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionalità*, Cedam, 2012; G.E. NAPOLI, *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, ESI, 2012; M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, ESI, 2012; P.G. MONATERI-D. GIANTI-M. BALESTRIERI, *Causazione e giustificazione del danno*, in *Tratt. resp. civ*., diretto da P.G. Monateri, Giappichelli, 2016.



In particular, this last form of responsibility would be characterized by the existence, in addition to the necessary causal link, also by the element of the person's "position", or its relationship with the *res* that materially triggers the causal course that leads to the verification of the damage event.

However, this differentiation does not seem convincing, since, as it will be seen below, the two forms of responsibility do not seem distinguishable, since both have, as their fulcrum, an etiological link, which is the only true element on which both the objective responsibility and the pure causality are based on.

3.1. – Apart from the critical observations set out and summarized above, what is obvious is that the responsibility of the pollutant does not fall within the scope of art. 2043 of the Italian Civil Code, as long as the non-responsible party spontaneously decontaminates the polluted site.

The first corollary of the nature of the liability identified by the Court involves the issue of recourse pursuant to art. 253 c. 4 "T.U. ambientale" [12]. In this case, as pointed out by the Supreme Court, an obligation *ex lege* arises, with an indemnity and non-compensatory content, on the polluting person, who will have, therefore, to refund the expenses incurred by the person that decontaminates.

There are two constituent elements of this obligation: voluntary execution of the remediation by the owner of the site and compliance with the procedures provided by the T.U. The case in question therefore falls within the scope of legal obligations that do not derive from an unlawful fact: consequently, it will be subjected to the ten-year limitation period rule.

On the other hand, in the event that the owner of the site does not take action to carry out the remediation voluntarily, according to the provisions of art. 250 T.U. environmental, the public administration will carry out the remediation. This eventuality entails, by law, that the public body, if it cannot identify the person responsible for the pollution or cannot exercise recourse against the polluting person, will exercise the privilege against the owner of the site.

After the refunding of the expenses by the owner towards the public administration, the former will not be able to benefit from the compensation provided by art. 253 T.U.

[12] V. CORRIERO, *Diritto di rivalsa e obbligazioni parziarie risarcitorie nel sistema italo-europeo di responsabilità ambientale,* in *Rassegna di diritto civile*, I, 2021, 342 ss.; U. SALANITRO, *Bonifica ambientale e azione di rivalsa,* in *Corr. giur.*, X, 2019, 1245 ss.



environmental, which, as peremptorily stated by the Court, is provided for by law only in the case of spontaneous remediation by the owner who is not responsible for the pollution. As stated by the Ermellini, in fact, the indemnity logic underlying the compensation is unrelated to the case in which the property loss of the owner of the site is caused by an offense.

Consequently, in order for the expenses incurred to reimburse the Public Administration to be refunded, the owner of the site will have to bring an action against the polluting party, pursuant to art. 2043. This obiously entails the re-emergence of the discipline of the obligation from an illegal act. In particular, the rule of limitations will be five years, the burden of proof on the plaintiff will be more onerous, in addition to the re-emergence of the subjective requirements.

Moreover, in this case, the etiological link ceases to have an exclusively material value, since in the discipline of the illicit fact it takes on a double value.

Alongside material causality (connection between the conduct of the responsible party, the polluting event and the exercise of the privilege by the Public Administration), legal causality is also relevant, i.e. the link that connects the pollution to the damage unjustly suffered by the non-polluting owner.

It is clear, as pointed out by the Court, that voluntary reclamation by the non-polluting owner is a reward and, therefore, the owner will be able to obtain more easily the refunding of the incurred expenses.

Prudent doctrine [13], however, highlights how this mechanism, while creating the reward system emphasized by the Court, on the one hand would weaken the European "if you pollute, you pay" principle and, on the other, does not take into consideration the fact that the recourse would be, in any case, placed in the sphere of civil liability. It is stated, in fact, that the characteristics of *synallagmatic compensation* of the reimbursement paid in the form of compensation would be lacking, since the refunding of the costs by the polluting person to the owner would not be in form of compensation, but of a real refunding, since the first damaged by the polluting event is the inculpable owner.

3.2. – The second corollary that derives from the statute of liability of the pollutant concerns the rule of solidarity pursuant to art. 2055 of the Civil Code, which the Court refuses to apply to the present case. In particular, as a basis for this decision, there would

[13] V. CORRIERO, *Diritto di rivalsa e obbligazioni parziarie risarcitorie nel sistema italo-europeo di responsabilità ambientale,* cit., 355.



be no art. 311 c. 3 [14] of the T.U. environmental, as well as the application of general principles in civil matters.

In fact, art. 311 c. 3 concerns another case, namely the one of environmental damage which, as seen, occurs logically later than the one at issue. Otherwise, the denial of the solidarity rule derives from the nature of the responsibility which, as mentioned, is not a reimbursement, but a compensation, to the extent that it falls within the obligations *ex lege* from a lawful fact.

This conclusion, although it passes through the questionable exclusion of the compensatory nature of the recourse action [15], is consistent with the general principles on subjectively complex obligations, according to which an obligation is partial when multiple absolutely independent securities converge between them, applying, on the other hand, art. 2055 of the Italian Civil Code if the title is the same.

In the present case, in fact, the conducts of the polluting person and of the owner of the site cannot be traced back to units, maintaining their own autonomy that is as logical as it is factual [16].

3.3. – In order to better understand the legal nature of "pollution liability", it appears preferable, first of all, to outline the essential features of objective liability, in order to assess the validity of the distinction made by the Supreme Court.

According to most of the doctrine [17], indeed, the only unfailing element of objective responsibility would be the one of the causal link, an objective element *par excellence* of the civil offense.

In fact, it is possible to reach this conclusion by reviewing some cases that the doctrine places under this form of responsibility.

---

[14] Which reads verbatim in the last sentence: "In cases of concurrence in the same event of damage, each is liable within the limits of their personal responsibility".

[15] V. CORRIERO, *Diritto di rivalsa e obbligazioni parziarie risarcitorie nel sistema italo-europeo di responsabilità ambientale,* cit; U. SALANITRO, *Bonifica ambientale e azione di rivalsa,* cit., who points out that it is not in fact understood how the rejection of the local rule on the subject of wrongdoing would have prevented the application of solidarity, which would in any case derive from the general discipline of obligations.

[16] See, on this point, M. ORLANDI, *Concorso nel danno ambientale e teoria dell'equivalenza*, in I.A. NICOTRA-U. SALANITRO (a cura di), *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Giappichelli, 2010, 141.

[17] P.G. MONTANERI, *La responsabilità civile,* in *Tratt. Sacco*, Utet, 1998, 1010; M. FRANZONI, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in G. ALPA-M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile,* II, 2, Cedam, 1987, 459; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè 1961, 48; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVIII ed., ESI, 2017, 726 ss.



Analysing articles 2051 of the Italian Civil Code (Damage caused by things in custody) [18] and 2052 cod. civ. (Damage caused by animals) [19] we can see how these forms of responsibility are characterized not only by the centrality of the causal link, but also by the enhancement of the relationship between the responsible party and the "thing in custody" (art. 2051 cc) or the animal (art. 2052 cc).

However, this assumption cannot lead, *sic et simpliciter*, to the conclusion that such relationships are among the essential elements of strict liability.

In fact, by analysing what the liberating evidence that can be experienced by the injuring party in these cases is, in both cases it takes the form of the demonstration of fortuitous events, of *force majeure*, of the fact of the third party or of the fact of the injured party. Well, these four eventualities essentially translate into the interruption of the causal link between damaged person and damaged *res*.

Furthermore, analysing art. 2050 cc, another case that the doctrine, now prevalent [20], identifies as a hypothesis of objective responsibility, it can be noted that there is no difference between the responsible person and the *quid* which triggers the causal course that leads to the verification of the damage; this case is then characterised by the type of activity conducted by the person, and not by the type of the "person" himself (thing in custody or animal).

According to the jurisprudence, in some of the typical cases of strict liability (liability for things in custody [21], for damage caused by animals [22] or for the ruin of a building [23])

---

[18] C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, V, Giuffrè, 2011, 712; G. ALPA-M. BESSONE-V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti,* VI, II ed., Utet, 1995, 353; G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile,* Laterza, 2003, 172; M. FRANZONI, *Fatti illeciti,* in *Comm. cod. civ.,* Zanichelli, 1993, 604; M. FRANZONI, *L'illecito,* in *Tratt. Resp. Civ.,* I, II ed., Giuffrè, 2010, 505; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale,* Giuffrè, 1988, 118.

[19] G.D. COMPORTI, *Fatti illeciti. Le responsabilità oggettive*, *art. 20149-2053,* in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Giuffrè, 2009, 350; G. BRANCA, *Sulla responsabilità oggettiva per danni causati da animali,* in *RTDPC,* 1950, 255; F. CORDERO, *Riflessioni sugli artt. 2052-2054,*in *GI,* 1952, 239; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto civile), ND, VIII,* Utet*, 1962,* 645; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1229; G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, cit., 173; G. ALPA-M. BESSONE-V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti, cit.,* 357; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* Giuffrè, 1961, 131; D. CARUSI, *Forme di responsabilità e danno. Attuazione e tutela dei diritti,* IV, *Responsabilità e danno, III, Diritto civile,* diretto da N. Lipari-P. Rescigno, Giuffrè, 2009, 455; M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., 618; P.G. MONTANERI, *Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile, Tr. Sacco,* III, Utet, 1998, 1061; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile,* II ed., Cedam, 1999, 801.

[20] P.G. MONTANERI, *La responsabilità civile,* cit., 1010; M. FRANZONI, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, cit., 459; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 48.

[21] On this point, see: Cass. 23 gennaio 2019, n. 1725; Cass. 1 febbraio 2018, n. 2480; Cass. 31 ottobre 2017, n. 25837.



the analysis of the position (owner of the res or of the animal) is aimed at ascribing liability to a legal entity liable to civil liability.

In these cases, technically, the causal course is triggered by an element that can never be considered responsible (the *res* or the animal), and that explains why it's the condition of the owner that have to be considered in order to convey the consequences of the fact on someone who can be civilly responsible for it.

Similarly, in the criminal responsibility for the so-called "offence by neglect"[24], the examination about the condition of legal guarantee of the offender is on a causal level, where the non-execution of the legal obligation to prevent the event replaces the active conduct, which is typical of the commissive crime.

Moreover, even in "position liability" the only way for the holder of the guarantee position to free himself from liability is demonstrating the existence of fortuitous events or *force majeure*[25], or facts that affect directly the causal link ending it.

Consequently, in strict liability, the only way for the person to be exempt from liability is by demonstrating the interruption of the causal link[26].

Therefore, in the light of what has been seen, it can be affirmed that strict liability is a form of liability based on the causal link and that the assessment of the condition of the civilly imputable person is a way to ascribe the harmful consequences of the offense, which, otherwise, would be incomplete, lacking.

---

[22] Cass. 21 aprile 2016, n. 8042 which expressly states*: "In the hypothesis of damage caused by animals, the relevance of the fortuitous must be appreciated from a causal point of view, as it is susceptible of an evaluation that allows to bring back to an external element, rather than to the animal that is the source immediate, the damage actually occurred. "See also Cass. civ. Section 3, no. 7260 of 22/03/2013 where it is stated: "it is up to the plaintiff to prove the existence of the etiological link between the animal and the injurious event, while the defendant, in order to free himself from responsibility, must prove that he is not guilty, but the existence of a factor extraneous to its subjective sphere, capable of breaking the causal link".*

[23] Cass. 25 agosto 2014, n. 18168; Cass. 27 gennaio 2005, n. 1666; Trib. Milano, 21 giugno 2018, n. 6952.

[24] See, on this point, Cass., sez. un., 10 luglio-11 settembre 2002, n. 30328, n. 8, in *Riv. dir. civ*., 2003, II, 361 s., with comment by M. Bona, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali sulla causalità omissiva*, *ivi*, 417 ss., with comment by S. Landini, *Causalità giuridica e favor veritatis*; in *Nuova giur. comm*., 2003, I, 246 ss., with comment by M. Capecchi, *Le sezioni unite sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessi per la responsabilità civile del medico?*; in *Corr. giur*., 2003, 348 ss., with note by B. Di Vito, *Le Sezioni unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità medica*; in *Danno e resp*., 2003, 195 ss., with comment by S. Cacace, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale.*

[25] On the difference between fortuitous event and force majeure and on the conditions for their occurrence, see Cass. 31 ottobre 2017, n. 25837.

[26] Cass. 6 maggio 2015, n. 9009; Cass. n. 10300/2007.



3.4. – Having clarified this, it is possible to make some critical remarks to the pronouncement in question.

In particular, the delineated differentiation between strict liability and liability pursuant to art. 253 c. 4 T.U. environmental [27]. Both forms of responsibility are based on "pure causality", which, in the two hypotheses, acts differently only from a phenomenal point of view, in regard to the intrinsic characteristics of the model of reference.

In the case under examination, unlike what has been seen with reference to the assumptions of strict liability, the rule requires the identification of a "person responsible", therefore of a person to whom the damage event is causally attributable to; the rule, however, does not statue anything about the causality model, since it could sometimes have an "active form" and other times an "omissive form" and, in the latter case, it would require an investigation into the condition of the person. In fact, the aforementioned responsibility can be recognized, for example, both in those who have voluntarily spilled toxic material on land and in the owner of a tanker whose breakage caused the same spill.

Consequently, as it's been noticed, all the analysed hypotheses (strict liability and "pollution liability") have the common trait of focusing all the negligence of the fact in the causal link, leaving out the subjective profile (wilful misconduct or negligence) and requiring, as the only liberating evidence, the proof of the fortuitous event, of the *force majeure* or of the fact of the third party or of the damaged party.

This assumption implies that, if the Supreme Court wants to enhance the distinction that it operates between strict liability and liability from "pure causality", it should affirm that, in the second case, the institutions of fortuitous events or *force majeure* are not applicable.

Take the case of a container, with a potentially polluting substance inside, which suffers damage because of the falling of a tree or of exceptional atmospheric agents, resulting in the spillage of the substance on the ground and in the connected alterations of the environment. In this case, it is evident that the fortuitous event, abstractly, would directly affect the causal link between the person (owner or keeper of the container) and the occurrence (pollution), excluding the responsibility of the former.

---

[27] On this point, see V. CORRIERO, *Diritto di rivalsa e obbligazioni parziarie risarcitorie nel sistema italo-europeo di responsabilità ambientale,* cit., 359. The author, in particular, underlines how the interpretation given by the Supreme Court with the ruling in comment on the issue of the nature of liability from "pure causality" as differentiated from a form of objective liability, is in contrast with the he granite orientation of the European Court of Justice, which has repeatedly reiterated the necessary existence of ascertaining the causal link in objective European environmental liability.



On the basis of this reasoning, and therefore considering that these institutions are not applicable in pollution liability, it would not be strange to envisage shadows of unconstitutionality on the rule in relation to art. 3 of the Constitution, from the point of view of reasonableness.

In fact, the protection of the pre-eminent environmental good justifies that the responsibility of the polluting person is not subjected to the canonical rules of imputation of responsibility, which require the assessment of the subjective element, with consequent transfer of responsibility in the objective sphere of pure causality. However, believing that the causal link cannot be ended, through fortuitous events or *force majeure*, appears to be an excessive and too far from the traditional liability model stretch, not justifiable even with the importance of the legal asset protected by the law.

On the other hand, the "if you pollute, you pay" principle, which, evidently, can be read under multiple profiles, upholds this interpretation. Putting the responsibility on the landowner, as in the case of the example shown before, would mean holding responsible those who, technically, did not cause the pollution.

Such a responsibility would imply a model, as the Supreme Court said, of "pure condition", that is a responsibility based exclusively on the qualification of the person as owner, without even detecting the etiological link. Consequently, we would witness the paradox whereby a responsibility from pure causality would turn into an ascertained responsibility, even without causality.

Consequently, it does not appear bearable that the provisions of fortuitous event and *force majeure* are not applicable to the present case, with the further consequence that, this way, the only difference, abstractly conceivable, between the two forms of responsibility would be lacking.

Concluding on this point, it does not seem that between the case in question it deviates significantly from strict liability except from the point of view of the possible phenomenological expression of the causal link.

Furthermore, this conclusion is supported by the comparison of this case with the one of environmental damage stated in art. 300 T.U. environmental.

In particular, unlike liability for pollution (which, as mentioned, requires, *sic et simpliciter*, the existence of a polluting fact, or a deviation of the values of the environmental matrix as compared to the CSC or CSR), liability for environmental damage is a logically subsequent case in terms of progression of offense to the environmental legal good, which requires, pursuant to art. 300 T.U. environmental, a significant and measurable deterioration, direct or indirect, of a natural resource or of the utility ensured by the latter,



compared to which the decontamination is not enough but an environmental restoration action is required; this action, following the definition contained in the art. 240 c. 1 letter Q), is not simply a conservation action, just like decontamination, but is an active intervention to re-create the deteriorated environmental matrix.

Well, in the event of environmental damage, jurisprudence [28] and doctrine [29] undoubtedly believe that the relative responsibility is divided into objective [30] responsibility and ordinary responsibility, pursuant to art. 2043.

Consequently, it would seem incongruous to believe that a more severe liability regime is connected to a logically preceding case, which is characterized by lesser social danger and lesser capacity to damage the protected legal right.

[28] Cass., 19 febbraio 2016 n. 3259.

[29] . D'ADDA, *Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento,* in *Nuova giur. civ.,* 2013, 7-8, 407; M. BENOZZO, *La responsabilità per danno ambientale da attività autorizzate tra imputazione oggettiva e assenza dell'antigiuridicità,* in *Contratto e impresa*, 2018, 4, 1323 ss., B. POZZO, *Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente, in Europa*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, 623; S. AMEDEO, *La responsabilità ambientale nel Trattato della Comunità Europea*, in B. POZZO (a cura di), *La nuova responsabilità civile per danno all'ambiente*, 2002, 70; F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente: l'attuazione della direttiva 2004/35/ CE*, 2006, 46-50; Si v. fra gli altri F. DEGL'INNOCENTI, *I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale*, in *Contr. impr.,* 3/2013, 751 ss.

[30] Pursuant to art. 311 c. 2 T.U. environmental, liability for environmental damage assumes the connotations of strict liability if the fact is committed by one of the parties listed in Annex IV to part VI of the T.U. environmental, as they engage in risky activities. For other subjects, as the law specifies, the title of responsibility is for willful misconduct or negligence.



D. FAUCEGLIA, *I MERCATI REGOLATI E L'INTEGRAZIONE DEI CONTRATTI DI IMPRESA*, IN *QUADERNI DELLA RASSEGNA DI DIRITTO CIVILE DIRETTA DA PIETRO PERLINGIERI*, NAPOLI, ESI, 2021, 416 PP.

Da sempre gli operatori giuridici hanno ritenuto che la competenza a determinare il contenuto del contratto spettasse ai privati. Tale convinzione, storicamente, si ricollega con il principio dell'autonomia contrattuale, anzi da essa discende quale conseguenziale corollario. L'attribuzione dell'autonomia contrattuale ai privati non può, infatti, che risolversi in altro se non nella competenza loro attribuita di determinare il contenuto del contratto, come, del resto, puntualmente dispone l'art. 1322 cod. civ. Tuttavia questa competenza riconosciuta ai privati, come del resto tutti gli altri poteri loro attribuiti, deve svolgersi entro limiti previsti dalla legge, come puntualmente dispone il comma 1 dell'art. 1322 cod. civ.

Il concetto di limite, che la norma richiama, autorizza a pensare che i privati, nello svolgere la loro attività negoziale, possano incorrere in divieti, ossia è plausibile supporre che ai privati possa non essere consentito di assumere determinate pattuizioni. Alcuni di tali limiti sono contenuti nel codice stesso, laddove, ad esempio, viene disposto che la causa o l'oggetto del contratto debba corrispondere a determinati requisiti (cfr. artt. 1343-1345 e 1346 cod. civ.).

Tuttavia il principio desumibile dall'art. 1322, comma 1, cod. civ. è, ben presto, per così dire depotenziato dal successivo art. 1339, il quale dispone che le clausole, i prezzi di beni o di servizi imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti. Orbene, l'istituto dell'inserzione automatica di clausole, all'evidenza, comprime, fortemente, il principio secondo cui la competenza a determinare il contenuto del contratto spetta ai privati. Tale istituto, infatti, non si risolve in un limite all'autonomia privata: in questo caso, infatti, non si è in presenza di un divieto rivolto ai privati di assumere un determinato contenuto contrattuale, se è vero che la norma prevede che sia possibile che il contenuto del contratto venga integrato da una fonte eteronoma.

Sul finire del secolo scorso, l'istituto dell'inserzione automatica di clausole è stato sottoposto a raffinate analisi da parte di giuristi di assoluto rilievo – tra i quali Stefano



Rodotà –, con il precipuo scopo di sottoporre a profonda revisione la categoria del contratto. In tale contesto, veniva acquisito il risultato che il contenuto del contratto sarebbe il prodotto delle pattuizioni delle parti a cui si aggiungerebbero, quali fonti di integrazione, la legge e – attraverso le clausole generali di correttezza e buona fede – la giurisprudenza. La dottrina più legata alle tradizionali teorizzazioni ha tentato di depotenziare la portata dell'art. 1339 cod. civ., sostenendo che l'intervento eteronomo della legge non inciderebbe tanto sul contenuto, bensì sugli effetti del contratto. Si tratta all'evidenza di un tentativo di introdurre una distinzione quanto mai labile, se è vero che la sostanza del fenomeno non cambia, poiché è indiscutibile che l'inserzione automatica di clausole ha introdotto un elemento di novità che non può non indurre l'esigenza di una revisione critica della categoria del contratto.

In questo contesto, il volume oggetto di recensione ha ad oggetto il tema dell'integrazione dei contratti, movendo dal recente fenomeno di liberalizzazione dei settori dei servizi di interesse economico generale che sino a qualche decennio fa erano sottoposti ad un monopolio statale.

Sin dagli anni Novanta dello scorso secolo, infatti, al fine di creare – quanto più possibile – uno stato di concorrenza nei settori in cui vengono erogati i servizi essenziali per il cittadino (servizi di trasporto, energetico, idrico e gas, di comunicazione elettronica e postale, ma anche i servizi bancari, assicurativi e finanziari), le Autorità indipendenti hanno svolto una duplice funzione: impedire all'*ex* monopolista (*incumbent*) di riprendere il sopravvento rispetto ai *competitors*; nonché – nell'ottica di una maggiore soddisfazione degli utenti – garantire il rispetto degli obblighi di servizio pubblico da parte di tutti gli operatori vigilati. In quest'ottica, afferma l'A., siccome è impensabile regolare un settore di mercato senza poter in alcun modo sindacare i comportamenti di chi vi opera, le Autorità indipendenti sono spesso chiamate a controllare, correggere e limitare gli strumenti con i quali le imprese operano in un mercato: i contratti. Sicché, nei settori dei servizi di interesse economico generale, lo strumento contrattuale se da un lato – come è ovvio – è *formato* dalla volontà delle parti, dall'altro lato si presenta sempre più *conformato* dai regolamenti delle Autorità indipendenti (p. 13 s.).

La problematica, ben inquadrata dall'A., attiene ai contratti di impresa (I Capitolo), ossia quelli unilateralmente predisposti dall'imprenditore. Egli (p. 37 ss.), considerando la centralità dello strumento contrattuale nell'esercizio dell'attività di impresa, chiarisce il particolare nesso che lega le forme di controllo dell'attività di impresa e le forme di conformazione e "correzione" dei contratti ad opera dei provvedimenti delle Autorità indipendenti.



Dopo aver collocato i provvedimenti delle Autorità indipendenti tra le fonti di integrazione del contratto (pp. 137-184), l'A., nell'ultimo capitolo, si sofferma (per oltre 120 pagine) sul fenomeno dell'integrazione del contratto.

In questa sede si nota un istituto, quello dell'integrazione del contratto, che, nel contesto dei mercati regolati, risulta del tutto innovato.

A tal proposito, con riferimento all'integrazione ad opera dei regolamenti delle Autorità indipendenti, particolari sono le forme di integrazione *diretta* (ossia l'*immediata* integrazione del contratto ad opera dei provvedimenti delle Autorità indipendenti) e le forme di integrazione *indiretta* (o *mediata*) del contratto. Ebbene, in quest'ultima ipotesi il contratto non è direttamente integrato da un regolamento dell'Autorità indipendente, ma da una differente fonte. Particolarmente esemplare è il caso dell'integrazione del contratto di utenza telefonica, in cui il regolamento dell'AGCom non opera direttamente sul regolamento contrattuale, bensì regola il contenuto della Carta dei servizi che, a sua volta, integra il singolo contratto di utenza telefonica. Le due forme di integrazione, diretta e indiretta, operano sia nelle ipotesi di integrazione suppletiva che nelle ipotesi di integrazione cogente.

Nel mettere a fuoco i fenomeni di integrazione cogente del contratto, con riferimento alle norme imperative, si condivide la distinzione che l'A. offre tra le norme aventi funzione meramente proibitiva e norme aventi funzione conformativa (p. 318).

Nel distinguere l'operatività delle norme imperative e nell'osservare le diverse conseguenze derivanti dalla loro violazione, si distingue la nullità contrattuale dalla sostituzione di singole clausole. L'A. ritiene che le norme aventi funzione proibitiva vietano *tout court* un contratto che abbia certe caratteristiche. A tal proposito, alle pp. 322 ss., vengono esaminate le ipotesi in cui i regolamenti delle Autorità indipendenti possano addirittura invalidare l'intero contratto (si veda tutti i casi relativi ai contratti di assicurazione sulla vita connessi al mutuo immobiliare o al credito al consumo, p. 332; ai contratti dei mercati finanziari, p. 338; ai contratti bancari, p. 344 e ai contratti pubblici, p. 353). Ebbene, per le ipotesi appena citate, nel caso in cui il contratto non sia conforme al regolamento dell'Autorità indipendente, non si pone alcun problema di integrazione perché, in verità, non esiste un valido ed efficace contratto da integrare.

Diverse, invece, sono quelle norme aventi funzione conformativa che non invalidano il contratto, bensì "correggono" il regolamento contrattuale. Con riferimento alle ipotesi di integrazione cogente, l'A. riferisce che l'integrazione non riguarda più solo le condizioni giuridiche del contratto (cioè i diritti e gli obblighi derivanti dal regolamento), ma spesso le Autorità indipendenti, nell'ottica di una più generale politica di *price cap*, regolano anche le condizioni economiche contrattuali.



Dall'indagine effettuata dall'A. si osserva un istituto del tutto innovato dell'integrazione del contratto e molto più complesso rispetto a quello disciplinato dal codice civile.

Particolarmente interessante è una ulteriore osservazione dell'A. che considera il contratto non solo come strumento di regolazione dei rapporti economici. Il contratto viene integrato dalla legge. Quest'ultima altro non è che la veste formale che la classe politica dà alle trasformazioni della realtà sociale. La legge completa e corregge il contratto, attribuendogli, dunque, una particolare carica ideologica. L'A., infatti, osserva che le tensioni tra autonomia ed eteronomia contrattuale hanno caratterizzato le diverse fasi storiche del contratto a seconda della prevalenza dell'autonomia o dell'eteronomia contrattuale. Le diverse ideologie politiche, infatti, tendono a concedere ampio spazio alla libertà dei privati o all'uguaglianza attribuendo inviolabilità all'autonomia o maggiore rilievo all'eteronomia. A tal riguardo, infatti, la storia ha conosciuto sia i movimenti d'ispirazione liberale che pongono l'accento sulla libertà, tutelata allo stremo anche a costo di mantenere e aggravare le diseguaglianze, sia i movimenti d'ispirazione socialista che difendono l'uguaglianza al punto di sacrificare anche la libertà delle persone. Alla luce di tali riflessioni l'A. (p. 63 ss.) nota che l'ultima fase storica del contratto, ossia quella del "contratto del duemila" (nel richiamare Vincenzo Roppo), conosce un legislatore (sia interno che europeo) che non si appiattisce su nessuna delle due estreme posizioni di libertà e uguaglianza contrattuale, preferendo trovare il giusto equilibrio fra i due valori che spesso entrano in conflitto tra loro: viene, dunque, garantita la libertà delle persone, ma al tempo stesso ammette che possano venire ragionevolmente limitate. In questi termini, rileva l'intento del legislatore a svincolare lo strumento contrattuale da un insaziabile perseguimento di interessi esclusivamente privati ed egoistici: «il contratto deve porsi come 'uno strumento a plurimo impiego', assolvendo anche alla funzione, a fianco a quella tradizionale della manifestazione di autonomia privata e di regolamentazione di rapporti privati, di strumento diretto anche a perseguire e soddisfare interessi pubblici» (p. 63).

Personalmente condivido il messaggio che l'integrazione contrattuale è un fenomeno che non rende insensibile il contratto al clima politico ed economico dell'epoca in cui si vive. Non è un caso, infatti, che la tematica dell'integrazione del contratto abbia attratto l'attenzione di grandi giuristi e Maestri anche politicamente impegnati (il riferimento è a Pietro Barcellona e a Stefano Rodotà).

In conclusione, l'opera si lascia apprezzare, nell'insieme, per la completezza dell'indagine, anche in virtù di un solido apparato bibliografico, di ricchi riferimenti comparatistici e storici, e per lo stile chiaro e scorrevole.

[OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA]



CHE NE RESTA DELLA SEPARAZIONE LEGALE COME CAUSA DI DIVORZIO?

La proposta di modificare l'art. 3, n. 2, lett. b, l. n. 898/1970 e ammettere il divorzio diretto, senza necessità di passare per la fase intermedia della separazione legale, ha sempre suscitato un immediato e duro fuoco di sbarramento ideologico da parte di chi riteneva che il divorzio senza previa separazione legale fosse un attentato alla stabilità della famiglia legittima [1]. Così la norma è rimasta invariata e ha continuato a richiedere la pregressa separazione legale durata per un certo tempo, senza accontentarsi di quella di fatto. Come pure è rimasta invariata la necessità di due distinti procedimenti giudiziari, prima quello per la separazione e poi quello per il divorzio, con l'ovvia conseguenza di maggior lavoro per gli avvocati e quindi maggiori costi economici per la parti, maggior lavoro per i tribunali, a mio avviso sostanzialmente inutile, e tempi molto più lunghi – spesso incubatori di conflitti – per giungere al risultato perseguito, lo scioglimento del matrimonio.

Ciò che non è mai riuscito per la via del diritto sostanziale, è invece inopinatamente riuscito per la via del diritto processuale: la legge delega per la riforma dei procedimenti civili, approvata nel novembre scorso, contiene una sorta di *abrogazione di fatto* della regola che vuole la previa separazione legale come causa di divorzio [2]. Non solo, ma questa abrogazione di fatto ha avuto successo senza che sorgessero i soliti conflitti politico-ideologici: che i nostri politici non se ne siano accorti? O che alla necessità della previa separazione legale non creda più nessuno, ma ci siano remore ideologiche insuperabili ad ammetterlo esplicitamente? O che l'ascia di guerra sia stata sotterrata in nome di ragioni più forti della difesa della stabilità della famiglia legittima? Ma quali? Forse la garanzia di una maggior efficienza della giustizia, voluta dal PNRR, o la garanzia di una durata ragionevole del processo, voluta dall'art. 6 CEDU e dalla Corte di Strasburgo? Il

[1] Al periodo di separazione legale era attribuita la virtù di permettere alla coppia il ripensamento, nella prospettiva di favorire un'eventuale ripresa della convivenza. È noto a tutti che nella società d'oggi la funzione di periodo di ripensamento è invece svolta dalla separazione di fatto, non essendo certo necessaria l'autorizzazione del giudice per vivere separati.

[2] Devo la locuzione *abrogazione di fatto* a C. CECCHELLA, *Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Q. giust.*, 2021, n. 3, 232.



dibattito che si svilupperà nei prossimi mesi, in vista della redazione dei decreti delegati, potrà forse dare qualche risposta.

Vediamo come si è arrivati a questa sorta di abrogazione di fatto. Siccome le prescrizioni della legge delega sono l'esito – che al momento appare finale, ma dubito lo sia davvero – di un lungo percorso, che ha progressivamente ridotto l'importanza e la peculiarità della separazione legale, è utile ripercorrerne brevemente le quattro principali tappe. Le prime due, di fonte giurisprudenziale, sono il risultato di prese di posizione assai ragionevoli della Corte suprema, che si sono immediatamente consolidate. Le successive due sono invece di fonte legislativa.

La prima tappa è stata l'affermazione che i doveri personali tra i coniugi si estinguono con la separazione legale. Ne consegue una sua *assimilazione* al divorzio che, pur ovviamente parziale, è molto significativa, perché tocca un aspetto di importanza centrale per giustificare l'esistenza stessa della separazione come distinta dal divorzio [3].

La seconda, eminentemente processuale, è stata quella di stabilire che costituisce causa di divorzio anche la sentenza di separazione *parziale*, che giudica solo sull'intollerabilità della convivenza, mentre il processo continua per decidere sugli altri aspetti della lite [4]. Siccome la lite non verte mai effettivamente sull'intollerabilità, data la sua notoria e ormai pacifica soggettività [5], questo orientamento ha prodotto una rilevante abbreviazione dei tempi per giungere al divorzio e ha tolto spazio alle tattiche processuali per allungarli a fine defatigatorio, se non addirittura ricattatorio.

La terza tappa è stata legislativa e consiste anch'essa in un'abbreviazione: la l. n. 55/2015 ha portato il periodo di tempo di separazione legale necessario per chiedere il divorzio da 3 anni a 6 o 12 mesi, secondo i casi.

A questo modo ciò che in precedenza poteva accadere, ma non era gran che frequente, è diventato frequentissimo, anzi statisticamente normale: dato che i 12 mesi sono un tempo largamente inferiore a quello di solito necessario per ottenere una sentenza di separazione giudiziale completa, cioè definitiva, il processo di separazione giudiziale e quello di divorzio si trovano molto spesso a essere pendenti contemporaneamente [6]. Questa sovrapposi-

---

[3] Cass. 7 dicembre 1994, n. 10512.

[4] Cass., sez. un., 3 dicembre 2001, nn. 15248 e 15279; la sentenza parziale dev'essere pronunciata anche d'ufficio: vd. da ultimo Cass. 26 luglio 2019, n. 20323.

[5] Per la sua ammissione esplicita, la capostipite è Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099.

[6] Si è sempre escluso che la pronuncia di divorzio facesse venir meno la materia del contendere del processo di separazione: uno dei tanti corollari della declamata differenza radicale tra divorzio e separazione, come pure tra divorzio e annullamento del matrimonio. La sua radice si trova in quella sorta di



zione di processi – formalisticamente inappuntabile ma sostanzialmente assurda – è una delle conseguenze del sistema vigente, la cui irrazionalità mi sembra molto difficile da contestare. Non solo, ma genera anche il rischio di sovrapposizioni fra le decisioni provvisorie dei due giudici, quello della separazione e quello del divorzio, soprattutto in materia di assegni, tema sul quale la Corte suprema ha dovuto pronunciarsi più volte [7].

Una così drastica abbreviazione dei termini porta anche a un'altra conseguenza della massima importanza sul piano fattuale: è raro che le condizioni esistenziali, economiche e psicologiche della coppia possano cambiare in modo significativo dal tempo della separazione a quello del divorzio. Questo rende molto più facile dare un assetto definitivo ai loro rapporti già al momento della separazione, cioè fin dall'inizio della controversia giudiziaria, collaborando efficacemente a ridurre il contenzioso fra le parti [8].

La quarta tappa è giunta or ora e sembra essere quella che porta a termine, pur soltanto nei fatti e per via soltanto processuale, la soppressione del requisito della previa separazione legale per ottenere il divorzio: è contenuta nel comma 23, lett. *bb*) della legge delega n. 206/2021 per la riforma dei procedimenti civili [9].

La possibilità tanto per il ricorrente quanto per il convenuto – e a maggior ragione per entrambi di comune accordo – di chiedere il divorzio già al momento in cui inizia il procedimento per la separazione affossa la duplicazione dei processi: ne risulta, finalmente,

---

"cordone sanitario" che per decenni la Corte suprema, con l'avallo di molta dottrina, ha teso intorno al divorzio, una delle tante manifestazioni della strana sopravvivenza sotterranea del principio indissolubilista.

[7] La parte interessata – com'è noto – può chiedere la modifica delle condizioni economiche al giudice della separazione, il quale decide secondo l'art. 156, comma 7, cod. civ.; tale decisione è destinata a valere fino alla sentenza di divorzio che decide sull'assegno. Se invece la richiesta di modificare le condizioni della vita separata è presentata al giudice del divorzio, il quale decide secondo l'art. 5, comma 6, l. 898/1970, la richiesta di modifica non può più essere presentata al giudice della separazione.

[8] Ricordo che l'assetto definitivo concordato dalle parti al momento della separazione e destinato nella loro intenzione iniziale a valere anche al momento del divorzio continua a essere pervicacemente osteggiato dalla Corte suprema, nonostante da molto tempo gran parte della dottrina sia dissenziente. Per un riesame critico delle argomentazioni della cassazione in proposito, rinvio da ultimo al mio *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021, 770 ss.

[9] Eccone il testo: «*bb*) prevedere che nel processo di separazione tanto il ricorrente quanto il convenuto abbiano facoltà di proporre domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, disponendo che quest'ultima sia procedibile solo all'esito del passaggio in giudicato della sentenza parziale che abbia pronunciato la separazione e fermo il rispetto del termine previsto dall'articolo 3 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e che sia ammissibile la riunione dei procedimenti aventi ad oggetto queste domande qualora pendenti tra le stesse parti dinanzi al medesimo tribunale, assicurando in entrambi i casi l'autonomia dei diversi capi della sentenza, con specificazione della decorrenza dei relativi effetti».



un processo *unico*, che si chiude con una sentenza *unica*, che decide tanto sulle condizioni della separazione quanto su quelle del divorzio e precisa la decorrenza dei relativi effetti. Se però la domanda di separazione e quella di divorzio sono presentate separatamente, è ammessa la riunione dei relativi procedimenti, purché pendenti davanti allo stesso tribunale.

Vediamo analiticamente la successione degli eventi nelle diverse procedure, per come appaiono dalla norma della legge delega: si tratta comunque di una delega assai articolata e quindi piuttosto stringente per il legislatore delegato.

La domanda congiunta di divorzio, formulata insieme con quella di separazione consensuale, è ancora *improcedibile* al momento della sua presentazione. Diventa procedibile dal giorno in cui il tribunale emana il decreto di omologazione, o il pubblico ministero dà il nulla osta all'accordo negoziato, o l'ufficiale di stato civile redige l'atto che contiene l'accordo delle parti.

In ogni caso resta necessario che siano trascorsi 6 mesi dalla data dell'udienza iniziale davanti al tribunale, o dalla data dell'accordo raggiunto con la negoziazione assistita, certificata dagli avvocati, o dalla data in cui l'ufficiale di stato civile ha redatto l'atto contenente l'accordo.

La domanda di divorzio di una parte contro l'altra, formulata insieme con quella di separazione giudiziale, è anch'essa *improcedibile* al momento della presentazione. Diventa procedibile con la sentenza parziale di separazione, che pronuncia solo sull'intollerabilità della convivenza e dev'essere emessa immediatamente (art. 709 *bis* cod. proc. civ.). Dato che ormai è pacifico che l'intollerabilità sia soggettiva e possa essere anche solo unilaterale, come già rilevato sopra, il processo non comporta alcuna effettiva istruttoria, sicché la sentenza parziale può essere emanata in un tempo molto breve; non solo, ma la sua impugnazione dev'essere immediata ed è decisa in camera di consiglio.

In ogni caso resta necessario che siano trascorsi 12 mesi dalla data dell'udienza iniziale.

Il procedimento di separazione può ovviamente continuare, ma le sue conseguenze patrimoniali sono effimere. L'assegno di mantenimento stabilito provvisoriamente secondo l'art. 156 cod. civ. è destinato a cessare, per essere sostituito dall'assegno di divorzio (art. 5, comma 6, l. n. 898/1970), sia con la sentenza che chiude il processo, sia prima, se durante il corso del processo per il divorzio ne viene chiesta la modifica [10].

Mi sembra si possa ragionevolmente ipotizzare che per lo più le parti, magari per ri-

[10] Ciò purché l'orientamento giurisprudenziale attuale, accennato alla nt. 7, sopravviva alla riforma.



sparmiare sulle spese legali, rinunceranno a proseguire il processo di separazione giudiziale, una volta ottenuta la sentenza parziale.

Ma allora che ne sarà delle controversie sull'addebito? La lite sulla scorrettezza delle condotte di un coniuge nei confronti dell'altro si sposterà dal processo di separazione, ove tali condotte possono determinare l'addebito e la conseguente perdita *totale* del mantenimento, a quello di divorzio, ove possono incidere solo *parzialmente*, sul se e quanto dell'assegno. Il criterio «ragioni della decisione» assumerà così un peso maggiore che in passato e sarà davvero *pari ordinato* agli altri criteri di cui all'art. 5, comma 6, l. n. 898, in coerenza con il recente orientamento della Corte suprema [11]. A questo modo la battaglia sulle condotte scorrette perderà la drammaticità attuale e forse potrebbe anche risultarne ridotta l'acrimonia della lite.

Gli eventuali trasferimenti di beni o impegni a effettuarli, concordati in sede di separazione, non potranno non essere considerati anche in sede divorzio, come comunque già avviene oggi per via interpretativa; oppure rinviati – ma ormai solo di qualche mese – al momento della pronuncia definitiva del divorzio.

L'affidamento dei figli è regolato già oggi dalle stesse norme, sicché la decisione presa in sede di divorzio sarà eguale a quella eventualmente presa in sede di separazione.

Merita ancora di essere segnalato che il comma 23 della legge delega, alla lett. *ll)*, prevede «un unico modello processuale» per le tecniche specifiche di garanzia del pagamento degli assegni, prendendo come modello quello di cui all'art. 8 l. 898, e pone così fine all'assurda disparità delle regole vigenti in proposito: artt. 156, comma 6, 316 *bis*, comma 2, e 342-*ter*, comma 2, cod. civ.; art. 8, commi 3, 4 e 6, l. n. 898.

Con queste nuove regole processuali, che cosa diventa la separazione legale? Pur restando formalmente una causa – anzi *la causa* – di divorzio, si trasforma nei fatti in una semplice fase interna, al processo di divorzio, iniziale e soprattutto priva di un'effettiva autonomia quanto alla determinazione dello stato delle persone. Se non è ancora la formale abrogazione della causa di divorzio "separazione legale", come disciplinata dall'art. 3, n. 2, lett. *b,* l. 898, nei fatti ben poco ci manca. E se la separazione legale non ha più questa funzione, è destinata a diventare rapidamente, salvo usi distorti, un istituto desueto, relitto del tempo che fu.

Un'ultima osservazione: dato il percorso che ha portato a questo esito con riguardo

[11] Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287: nel caso deciso il criterio che la Corte ha inteso valorizzare era quello del contributo personale ed economico dato alla vita familiare; tuttavia la proclamata *pari ordinazione* non può che riferirsi a tutti i criteri, quindi anche a quello delle ragioni della decisione.



allo scioglimento del matrimonio, e data soprattutto la sua ultima tappa, è inevitabile che persista una diversità rispetto alla procedura per ottenere lo scioglimento diretto dell'unione civile (comma 24, l. n. 76/2016). Benché sia facilmente spiegabile sul piano storico e ideologico, è una diversità irrazionale e difficilmente giustificabile sul piano sistematico, che dovrebbe essere superata.

[LEONARDO LENTI].