JUS CIVILE

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



6-2022

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

Agibilità dell'immobile e tutela delle parti [**]
di *Salvatore Monticelli* 1387

L'evoluzione sostenibile della riforma italiana della giustizia civile [*]
di *Carlo Pilia* 1394

La tutela del consumatore dalle asserzioni ambientali ingannevoli [*]
di *Tiziana Rumi* 1408

Estinzione anticipata del credito al consumo e 'giusta' determinazione dei costi rimborsabili dopo la Corte costituzionale [*]
di *Davide Achille* 1423

La protezione dell'affidamento "qualificato" nel diritto privato europeo Sullo sfondo del dialogo tra Corte Edu e giudici nazionali in materia di ripetizione degli emolumenti non dovuti dalla P.A. [*]
di *Carlotta De Menech* 1443

Tecniche civilistiche di tutela del lavoro autonomo e divieto di abuso di dipendenza economica [*]
di *Stefano Gatti* 1459

La decorrenza della prescrizione dell'azione di riduzione [*]
di *Ennio Cicconi* 1485

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

[*] Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE



pag.

Ai confini della manifestazione tacita di volontà: sul possibile significato estintivo (concludente) della restituzione della caparra e della sua ricezione senza riserve *

di *Sara Scola* 1525

Giudicato implicito e tutela del consumatore. La nascita di un processo speciale *

di *Valerio Ceccarelli* 1538

La riforma dell'impresa sociale: aspetti centrali e profili problematici della disciplina italiana ed il contesto europeo di riferimento *

di *Gianluca Riolfo* 1567

Tutela della riservatezza dell'*influencer* e rimedî contrattuali *

di *Fabio Trolli* 1598

Considerazioni sul "diritto del minore ad una famiglia", alla luce della pronuncia della Corte costituzionale *

di *Chiara Savazzi* 1616

Giurisprudenza europea

Sulla nozione d'«impresa» e sugli effetti riguardo al p*rivate antitrust enforcement*. Qualche riflessione a margine di una sentenza della Corte di Giustizia *

di *Emanuele Stabile* 1624

JUS CIVILE



SALVATORE MONTICELLI

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Foggia

AGIBILITÀ DELL'IMMOBILE E TUTELA DELLE PARTI*

SOMMARIO*: 1. Premesse. – 2. La segnalazione certificata di agibilità e l'ambito oggettivo di applicazione alla luce del quadro normativo. – 3. Le conseguenze civilistiche della carenza della certificazione di agibilità e gli interessi tutelati. – 4.* Segue*. Il necessario distinguo tra l'ipotesi in cui non sussistano le condizioni per l'agibilità e quella in cui manchi solo la certificazione. – 5. La rinuncia all'agibilità. – 6. Carenza dell'agibilità, annullabilità del contratto per errore o dolo e convalida. – 7. Le responsabilità dei soggetti coinvolti.*

1. – Il tema assegnatomi implica la necessità di affrontare due problematiche che variamente impattano sulla circolazione del bene carente del certificato di agibilità: esse ineriscono ai consequenziali riflessi di tale carenza in ordine al contratto stipulato o, meglio, come si vedrà, in ordine al rapporto contrattuale instauratosi tra i contraenti, quindi al piano dei rimedi, ed in ordine alle responsabilità a carico delle parti e del notaio rogante.

2. – Com'è noto la segnalazione certificata di agibilità dal 2016 ha sostituito il certificato di agibilità e quello di abitabilità, giacché, nella sostanza ed esemplificando, ha unificato il certificato di abitabilità che riguardava di regola le case a uso di civile abitazione e quello di agibilità, richiesto, invece, per tutte le altre costruzioni destinate a uso non abitativo (es. uffici, esercizi pubblici e commerciali) [1].

Detta certificazione unica attesta, ai sensi dell'art. 24 del d.p.r. n. 380/2001 come sostituito dall'art. 3 del d.lgs. n. 222/2016, "la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente, nonché la conformità dell'opera al progetto presentato e la sua agibilità".

Tralasciando gli aspetti tecnici in ordine alla presentazione della certificazione in questione ed alle espresse conseguenze, essenzialmente in termini di sanzione amministrativa, derivanti dalla mancata presentazione, ciò, che ai fini civilistici maggiormente rileva è anzitutto l'ambito oggettivo di applicazione della normativa di che trattasi.

---

* Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione svolta al Convegno organizzato dalla Fondazione Nazionale del Notariato sul tema "*Trasferimenti immobiliari e normativa urbanistica e catastale: il ruolo del notaio*", in data 6 ottobre 2022 e trasmesso in differita streaming dal 24 ottobre al 31 dicembre 2022 su piattaforma *e-learning https://elearning.fondazionenotariato.it*.

[1] Per una puntuale ricostruzione della disciplina in questione nell'evoluzione legislativa cfr., G. TRAPANI, *La nuova agibilità e la modulazione delle clausole contrattuali*, in *Studio n. 83-2018* del Consiglio Nazionale del Notariato.



A tal riguardo l'art. 24, sopra richiamato, al comma 3, specifica che la segnalazione certificata di agibilità deve essere presentata per le nuove costruzioni, per le ricostruzioni o sopraelevazioni (totali o parziali), e per gli interventi sugli edifici esistenti che possano influire sulle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati. Il successivo comma 4, inoltre, puntualizza che la segnalazione certificata di agibilità può riguardare anche singoli edifici o singole porzioni della costruzione, purché funzionalmente autonomi, qualora siano state realizzate e collaudate le opere di urbanizzazione primaria relative all'intero intervento edilizio e siano state completate e collaudate le parti strutturali connesse, nonché collaudati e certificati gli impianti relativi alle parti comuni; oppure può riguardare singole unità immobiliari, purché siano completate e collaudate le opere strutturali connesse, siano certificati gli impianti e siano completate le parti comuni e le opere di urbanizzazione primaria dichiarate funzionali rispetto all'edificio oggetto di agibilità parziale.

In ragione dell'individuazione del perimetro oggettivo di applicazione della norma citata nonché di quanto disposto dal testo unico sull'edilizia del 30 giugno 2003, ne segue che non è dato rinvenire l'obbligo di presentare la segnalazione certificata di agibilità per le vecchie costruzioni che non siano state oggetto di interventi successivamente all'entrata in vigore del testo unico sull'edilizia (30 giugno 2003), che ha abrogato tutta la disciplina previgente.

Ed inoltre, ed è quello che maggiormente qui rileva, che nel nostro ordinamento non esiste una norma che vieta di alienare un fabbricato in mancanza dei requisiti di agibilità, e tantomeno una norma che vieta di alienare un fabbricato in mancanza della certificazione dell'agibilità, pur sussistendone i requisiti [2].

3. – Le puntualizzazioni di cui innanzi assumono evidente rilievo al fine di fare chiarezza sulle conseguenze che derivano, sul piano civilistico, dalle carenze della certificazione in questione dovendosi distinguere, come si dirà, l'ipotesi in cui, pur rientrando la tipologia di immobile oggetto di trasferimento nell'ambito oggettivo di applicazione dell'art 24 cit., comma 2 e 4, sia carente dei requisiti di agibilità o, pur avendoli, sia trasferito in assenza della relativa certificazione.

L'insussistenza di un divieto esplicito di alienare l'immobile mancante dei requisiti di agibilità, ipotesi che ovviamente ricomprende quella meno grave in cui i requisiti esistano ma non vi sia il certificato, consente senz'altro di sgombrare il campo da qualsivoglia ricostruzione volta a configurare nella fattispecie una nullità del contratto con cui si realizza il trasferimento, per supposta incommerciabilità del cespite e/o illiceità dell'oggetto.

Ed infatti, tale approdo interpretativo è rimasto isolato ad un unico arresto del Tribunale di Venezia del 9 febbraio 1978, secondo cui la mancanza della certificazione in questione determinerebbe la nullità del contratto di vendita per illiceità dell'oggetto [3]. Di tutt'altro tenore è invece altra giurisprudenza che, pur definendo il bene privo di abitabilità "incommerciabile" [4], opportunamente chiarisce, anche se talvolta implicitamente, che il termine è da intendersi in senso economico e non in senso giuridico nel senso di "bene che presenta

[2] In questi termini cfr. P. TONALINI, *L'agibilità nella giurisprudenza e nella prassi notarile*, in *https://www.federnotizie.it/l agibilita-dei-fabbricati-nella-pratica-notarile/.*

[3] Espressamente in senso contrario cfr. App. Campobasso, 15 marzo 2016, n. 56 e, in precedenza, Cass., 11 agosto 1990, n. 8199, in *Riv. Notariato*, 1991, 747.

[4] Cass., 30.1.2017, n. 2294, in *Riv. Notariato* 2017, 3, II, 554 con nota di ZANELLI,BONORA dal titolo *Agibilità: "incommerciabilità economica" non è incommerciabilità giuridica*; Cass. 23.1.2009 n. 1701, in *Giust. Civ. mass.*, 2009, 1, 107.



problemi di commerciabilità" dal punto di vista pratico, secondo la definizione più corretta già utilizzata dalla Corte di Cassazione in precedenti sentenze [5].

Il che è d'altra parte coerente con le conseguenze che trae la stessa Suprema Corte, nelle citate decisioni, dalla mancanza dei requisiti di agibilità, ovvero la risoluzione del contratto per inadempimento e il risarcimento del danno, e non già la nullità dell'atto, escludendo così la possibile configurazione della fattispecie alla stregua di vendita di un bene "fuori commercio" e tantomeno in termini di vendita con oggetto illecito, e trovando, piuttosto, corretto inquadramento quale ipotesi di trasferimento di *aliud pro alio* [6].

Si evidenzia, infatti, che la carenza dei requisiti di agibilità determina che la cosa consegnata appartiene a un *genus* differente da quello proprio della cosa convenuta, o presenta difetti tali che le impediscono di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale delle parti: in definitiva è da considerarsi come una cosa del tutto diversa da quella dedotta in contratto [7].

L'assenza dell'agibilità, dunque, può svilire e perfino azzerare il valore del bene compravenduto, minandone in radice la commerciabilità. Di conseguenza l'interesse tutelato dalla normativa che, per determinate categorie di immobili, prescrive che il venditore rilasci il certificato d'agibilità, è un interesse essenzialmente privato, volto a tutelare l'acquirente ad acquisire in proprietà un cespite dotato delle caratteristiche di sicurezza, igiene, salubrità etc., declinate nell'art. 24 citato. Trattasi perciò di un interesse disponibile dalla parte che ne è titolare e, dunque, abnorme e in distonia con la natura privata/individuale dell'interesse tutelato sarebbe ipotizzare, laddove l'immobile trasferito manchi dei predetti requisiti, pur rientrando tra i cespiti che sarebbero tenuti ad averli, la nullità dell'atto traslativo.

4. – Individuato l'interesse tutelato dalla normativa in questione appare coerente con esso l'approdo interpretativo cui è pervenuta la oramai costante giurisprudenza di merito e di legittimità circa le conseguenze, sull'atto traslativo, della assenza del certificato di agibilità; dovendosi, peraltro, opportunamente distinguere l'ipotesi in cui esso manchi, in conseguenza dell'assenza dei requisiti dell'immobile che ne consentano il rilascio, dal differente caso, certamente meno grave, in cui i requisiti ci siano ma manchi il certificato.

Quanto alla prima ipotesi giova richiamare, per la chiarezza di un passaggio argomentativo, una risalente pronuncia della Cassazione [8] secondo cui, in materia di vendita di immobile destinato ad abitazione, «integra ipotesi di consegna di *aliud pro alio il difetto assoluto* della licenza di abitabilità *ovvero l'insussistenza delle condizioni necessarie per ottenerla* in dipendenza della presenza di insanabili violazioni della legge urbani-

[5] Cfr., per esempio, Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Giust. Civ.*, 2007, 6, I, 1454.

[6] Cfr., *ex multis*, App. Milano, 23 maggio 2022, n. 1736, in *Massima Redazione De Jure*, 2022; App. Roma, 20 settembre 2021, in *Massima Redazione De Jure*, 2022; App. Aquila, 30 giugno 2021, n. 1061, in *Massima Redazione De Jure*, 2022; Cass., 13 agosto 2020, n. 17123, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2020, 5, I, 1267. Tra i più recenti contributi dottrinali circa le conseguenze civilistiche della mancanza di agibilità dell'immobile oggetto di compravendita cfr., M. Capecchi, *Compravendita di immobile privo di agibilità: quali rimedi?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.,* 2018, 6, 826; M. De Paolis, *Il certificato di agibilità nel Testo Unico dell'edilizia: finalità e ambito applicativo*, in *Azienditalia*, 2019, 12, 1745; R.P. Puce, *Compravendita immobiliare, certificato di abitabilità e buona fede*, in *Corr. Giur.*, 2019, 6, 766.

[7] In termini P. Carbone, *Il certificato di agibilità nella contrattazione immobiliare*, in *Altalex* 3 settembre 2012, che altresì evidenzia che il riferito costante orientamento giurisprudenziale, volto ad inquadrare la fattispecie in questione in un'ipotesi di consegna di un *aliud pro alio*, e non quale vizio o mancanza di qualità essenziali della cosa oggetto della vendita, consente all'acquirente di esperire la generale azione di risoluzione per inadempimento, soggetta solo al termine di prescrizione ordinario decennale e a nessun termine di decadenza, previsti, invece, dalle cd. «azioni edilizie».

[8] Cass., 27 luglio 2006, n. 17140, in *Giust. Civ. mass.*, 2006, 7-8, 43, e, più di recente, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2294, in *Riv. Notariato*, 2017, 3, II, 554.



stica». Nella ricorrenza di tali ipotesi, che si ripercuotono sulle aspettative di legittimo godimento e commerciabilità dell'immobile nel senso sopra chiarito, l'acquirente è legittimato a domandare la risoluzione del contratto per grave inadempimento del venditore, nonché chiedere il risarcimento dei danni, oltre a poter formulare, quale meccanismo di tutela preventiva, l'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 cod. civ.

Con orientamento parimenti costante la giurisprudenza chiarisce, altresì, e con ciò mettendo il sugello sulla natura disponibile dell'interesse tutelato, che l'apparato rimediale e la tutela risarcitoria sopra indicata viene meno laddove il venditore abbia espressamente rinunciato al requisito dell'abitabilità o comunque esonerato il venditore dall'obbligo di ottenere la relativa licenza [9].

Diverso è il caso in cui pur sussistendo i presupposti per l'ottenimento della certificazione in questione essa non venga consegnata all'acquirente. In tale ipotesi, con condivisibile scelta ermeneutica in ordine alla possibile insussistenza nella fattispecie di un inadempimento di tale gravità da legittimare senz'altro l'acquirente a chiedere la risoluzione per inadempimento, taluna giurisprudenza ha chiarito che *la sola omessa consegna* della certificazione non è sufficiente ad integrare l'ipotesi della consegna di "aliud pro alio", richiedendosi, a tal fine, che *non sussistano anche le condizioni per ottenerla*, a causa di insanabili violazioni della legge urbanistica; quando non sia questo il caso (e, quindi, si tratti di *mera mancanza documentale* del certificato di agibilità), la risoluzione non potrebbe essere senz'altro pronunciata, bensì si dovrebbe verificare, con riferimento alla specifica fattispecie ricorrente, l'importanza e la gravità dell'omissione, alla luce di quanto previsto nell'art. 1477, comma 3, cod. civ., in concreto, in relazione al godimento, alla commerciabilità del bene e alle specifiche esigenze del compratore [10]. Fatto salvo, in ogni caso, il diritto al risarcimento del danno.

5. – L'accertata disponibilità del diritto da parte dell'acquirente in relazione ai meccanismi di tutela di cui si è detto sposta il *focus* di queste riflessioni sulle modalità attraverso le quali detto atto dispositivo possa ritenersi, in concreto, sussistente. Come si è detto innanzi la giurisprudenza ritiene che la rinuncia al requisito dell'abitabilità/agibilità o al diritto di ottenere dal venditore la relativa licenza deve estrinsecarsi in una espressa ed inequivocabile manifestazione del volere. Di tal che la Cassazione, in una recente pronuncia in materia [11], giunge ad affermare che la specificazione nell'atto, nella fattispecie un contratto preliminare, dell'assenza del certificato di abitabilità/agibilità, non potesse intendersi quale espressa rinuncia da parte del promissario acquirente ad ottenere detta certificazione alla stipula dell'atto di vendita.

La decisione è corretta: ed infatti, quanto alle modalità attraverso le quali la rinuncia debba avvenire per liberare il venditore, si osserva che, da un lato, quale atto abdicativo del diritto, non può che essere inequivoca, dall'altro che essa può estrinsecarsi in un atto dispositivo unilaterale oggetto di una dichiarazione o di un patto aggiunto al contratto di vendita, contestuali od anche successivi a detto contratto, oppure di una pattuizione che sia inserita in quest'ultimo, senza che ciò ovviamente implichi alcun mutamento in ordine alla natura unilaterale del negozio abdicativo.

---

[9] In termini, tra le altre, Trib. Sassari, sez. I, 24 novembre 2020, n. 1149, in *Massima Redazionale De Jure*, 2021; Trib. Salerno 18 marzo 2013, n. 752; App. Palermo, 15 febbraio 2013, n. 227; Trib. Catanzaro 11 aprile 2011.

[10] In termini Trib. Nola, 3 gennaio 2015 ed in precedenza Cass., 31 maggio 2010, n. 13231, in *Giust. Civ*., 2010, 9, 1863, che evidenzia: "la risoluzione non può essere pronunciata ove in corso di causa si accerti che l'immobile promesso in vendita presentava tutte le caratteristiche necessarie per l'uso suo proprio e che le difformità edilizie rispetto al progetto originario erano state sanate a seguito della presentazione della domanda di concessione in sanatoria, del pagamento di quanto dovuto e del formarsi del silenzio-assenso sulla relativa domanda". Analogamente Cass., 22 novembre 2006, n. 24786, in *Giust. Civ. mass.*, 2006, 11; 3 luglio 2000, n. 8880, in *Giust. Civ. mass.*, 2000, 1482.

[11] Cass., 20 maggio 2020, n. 9226, in *Guida al diritto*, 2020, 27, 85.



È altresì evidente che, poiché l'effetto traslativo consegue al contratto definitivo ed in tale momento sorge il diritto dell'acquirente ad ottenere la certificazione in questione, la conoscenza da parte del promittente acquirente dell'assenza della certificazione di agibilità al momento della stipula del preliminare non può ragionevolmente implicare alcuna rinuncia tacita da parte di quest'ultimo a fare valere il diritto. Ciò rende fortemente consigliabile alla parte promittente venditrice, che abbia consapevolezza che la certificazione in oggetto non potrà essere rilasciata nelle more della stipula del contratto definitivo, né successivamente, di esplicitare alla promittente acquirente tale carenza ed a impegnarsi nella futura vendita solo se nel contratto preliminare stesso o in un patto aggiunto coevo vi sia l'espressa rinuncia del promittente acquirente al diritto in questione anche con riferimento al momento perfezionativo del definitivo [12].

6. – L'individuata azione di risoluzione, esercitabile dalla parte acquirente, per grave inadempimento del venditore che alieni un immobile carente dei requisiti di agibilità non esclude che, con riferimento alla fattispecie concreta, possa configurarsi anche un vizio dell'atto traslativo per la ricorrenza di un vizio del volere in capo all'acquirente – errore per mancanza delle qualità essenziali del bene, o dolo del venditore – sempreché, ovviamente, ne ricorrano i presupposti anche soggettivi. In dette ipotesi la rinuncia al diritto ad ottenere la certificazione, necessariamente, in tal caso, successiva alla stipula dell'atto, può anche integrare un'ipotesi di convalida.

7. – Venendo, infine, alle responsabilità che investono le parti a vario titolo coinvolte nel trasferimento di un cespite immobiliare carente dell'agibilità, anzitutto, come si è già detto, integrando tale assenza un possibile grave inadempimento da parte del venditore per aver trasferito all'acquirente una cosa diversa (*aliud pro alio*) da quella pattuita conseguirà a carico del primo un obbligo risarcitorio, variamente graduato a seconda se la carenza in questione sia dovuta all'assenza dei requisiti per l'agibilità o sia circoscritta alla sola mancanza della certificazione [13].

Quanto, invece, alle possibili responsabilità per condotta negligente riferibili al Notaio investito dalle parti della stipula del rogito deve anzitutto sgombrarsi il campo, coerentemente con quanto posto in evidenza innanzi, da qualsivoglia ricorrenza di una responsabilità *ex* art. 28 L.N. per aver stipulato un atto avente ad oggetto un immobile privo della certificazione, giacché, come si è acclarato, la carenza dei requisiti per la certificazione di agibilità non implica la nullità dell'atto.

Nel contempo, come si è giustamente osservato, va tenuto conto che il rifiuto del notaio di stipulare il contratto rappresenterebbe una violazione dell'art. 27 della L.N. [14].

---

[12] Cfr., al riguardo, Cass., 8 febbraio 2016, n. 2438, in *www.studiolegale.leggiditalia* ove si evidenzia che "ai sensi dell'art. 1477, comma 3, c.c., il venditore ha l'onere, ai sensi di legge, di consegnare il certificato di agibilità. Pertanto il rifiuto, opposto dal promissario acquirente, di stipulare la compravendita definitiva dell'immobile, sprovvisto dei certificati di agibilità, abitabilità e conformità alla concessione edilizia, deve ritenersi giustificato." Nello stesso senso, Cass., 22 febbraio 2018, n. 4307, in *www.studiolegale.leggiditalia.*

[13] Con riferimento alla eventuale responsabilità del mediatore immobiliare nell'ipotesi di preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile non agibile cfr., S. Nardi, *Preliminare di vendita di immobile non agibile e diritto del mediatore alla provvigione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 2, 568 e ss.

[14] Cfr., P. Zanelli, F. Bonora, *Agibilità: "incommerciabilità economica" non è incommerciabilità giuridica*, in *Notariato*, 2017, 3, 283 che evidenziano: "sotto il profilo del ruolo e delle responsabilità dal notaio, la validità della vendita di un immobile



Poste tali premesse e spostando, quindi, l'oggetto di queste riflessioni dalla responsabilità disciplinare alla responsabilità civile professionale, appare evidente che il fulcro della responsabilità del notaio, nella fattispecie in questione, si incentra essenzialmente sulla portata e sulla corretta esecuzione degli obblighi informativi su di esso gravanti laddove le parti gli richiedano di stipulare un rogito avente ad oggetto un immobile non dotato di certificazione di agibilità.

Prima di analizzare le poche specifiche pronunce esistenti in proposito, è utile fare qualche considerazione di carattere più generale che, a parere di chi scrive, rappresentano il necessario punto di partenza.

Ebbene, basta prestare una pur fugace attenzione alla varia casistica giurisprudenziale per accorgersi che la maggior parte delle pronunce relative ad ipotesi di responsabilità del notaio per aver adottato una condotta negligente nello svolgimento dell'opera professionale affidatagli attiene, in particolar modo, all'attività preparatoria al compimento dell'atto. È in tale attività che, specialmente, si collocano gli obblighi d'informazione delle parti contraenti, anche nella considerazione che lo svolgimento dell'attività d'informazione è anteriore e coeva al compimento dell'atto ed è, necessariamente, correlata all'indagine della volontà delle parti, che costituisce uno dei momenti essenziali della formazione del rogito.

Come per altre professioni gli obblighi d'informazione gravanti sul notaio possono coincidere con la prestazione professionale affidatagli, come ad esempio nel caso in cui sia incaricato di redigere una relazione ipocatastale non necessariamente finalizzata alla stipula di un atto, oppure possono essere collegati funzionalmente alla stipulazione del rogito. In questa seconda ipotesi la violazione da parte del notaio degli obblighi d'informazione relativi all'attività esercitata ed a tutte le possibili implicazioni che da quell'atto possano direttamente conseguire per le parti in ordine agli interessi coinvolti genera a suo carico una responsabilità contrattuale nei confronti di tutte le parti che partecipano al compimento del contratto, e non solo, dunque, nei confronti della sola parte che gli abbia conferito l'incarico professionale.

Malgrado talune pronunce giurisprudenziali meno recenti [15], peraltro non riferibili specificamente alla vendita, si tratta, infatti, oramai, di un punto d'approdo che, nonostante taluni dissensi, sembrerebbe condiviso in dottrina [16] e giurisprudenza [17] e che appieno si giustifica in ragione non solo del contatto sociale che viene a determinarsi nei confronti di tutti gli stipulanti, con conseguente assunzione da parte del notaio rogante dei relativi obblighi di protezione nei confronti di essi, ma anche della funzione pubblica esercitata dal notaio.

Il ruolo del notaio si afferma, dunque, in tutta la sua indipendenza ed imparzialità, in una compiuta infor-

---

sprovvisto dell'agibilità comporta l'obbligo in capo allo stesso di procedere, se richiesto, alla stipulazione del contratto. Non ricorrendo gli estremi per l'applicabilità dell'art. 28 L.N., il notaio che si rifiuti di ricevere un siffatto negozio violerebbe infatti l'art. 27 L.N., incorrendo nella responsabilità di cui al secondo comma dell'art. 138 L.N.".

[15] Cfr., ad esempio, Cass., 23 ottobre 2002, n. 14934, in *Guida al dir.*, 2003.

[16] G. CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007, p. 73 ss. In generale sul tema della natura della responsabilità ascrivibile al professionista il quale, nell'esercizio della sua attività professionale, abbia provocato un danno a soggetti che non siano parti di un contratto stipulato per la prestazione dell'opera professionale, cfr., l'interessante contributo di M. MAGGIOLO, *La (de)contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *Jus civ.*, 2015, 1, 21 ss., che, all'esito di una meditata ricostruzione degli interessi contrapposti, conclude evidenziando che «una scelta interpretativa nel segno di un favor per il danneggiato dev'essere quanto meno consapevole, deve quindi maturare non nella prospettiva unilaterale della tutela del danneggiato, ma nella prospettiva bilaterale della contrapposizione tra legittimi interessi di danneggiante e danneggiato. In caso contrario, la strada verso la responsabilità professionale diventa un'autostrada senza limiti di velocità, percorsa da un traffico incontrollato e pericoloso».

[17] Cfr. significativamente, Cass., 9 ottobre 2016, n. 9320, in *Notariato*, 2016, 362, secondo cui la relazione notarile preliminare redatta nel corso di un'istruttoria di un mutuo bancario determina, in ogni caso, l'assunzione di obblighi non soltanto nei confronti del mutuatario, il quale abbia da solo dato incarico al notaio di effettuare le visure, ma pure nei confronti della banca mutuante. Il danno causato al mutuante per l'inesatta o incompleta informazione contenuta nella relazione notarile preliminare sarà quindi da parametrare sulla colposa induzione dell'istituto di credito ad accettare in ipoteca, con riguardo al finanziamento, un bene non idoneo a garantire la restituzione del credito erogato.



mazione volta a promuovere la consapevole autodeterminazione dei contraenti. Sotto tale profilo, perciò, l'esaustivo e corretto adempimento dell'obbligo informativo, unitamente ad una corretta interpretazione da parte del notaio della funzione di adeguamento, finiranno per svolgere una efficace funzione antiprocessuale, preventiva dei conflitti [18].

A questo complesso compito d'informazione e consulenza è, perciò, chiamato il notaio che voglia, al passo con i tempi, interpretare correttamente la propria funzione, attualizzando, così, il celebre aforisma di Carnelutti "*Tanto più notaio, tanto meno giudice*".

Su queste premesse è possibile, con riferimento alla fattispecie che ci occupa, individuare quale sia il comportamento che il notaio debba correttamente osservare: sul punto con chiarezza si esprime la Cassazione [19] evidenziando che se la corretta esecuzione della prestazione professionale da parte del notaio comprende *l'indagine catastale e ipotecaria*, assicurandosi della presenza di tutti gli elementi per produrre tutti gli effetti giuridici voluti dalle parti ed, in loro mancanza, dovrà informare le parti della situazione, viceversa i suoi obblighi professionali *non si estendono alla verifica, in concreto, dell'agibilità dell'immobile*, qualità che può incidere sulla sua commerciabilità e sul suo effettivo valore. E, perciò, egli dovrà verificare che il Certificato esista, e qualora esso manchi, dovrà avvisare le parti sullo stato delle cose e sulle conseguenze giuridiche derivanti da tale mancanza, ma *non è responsabile della constatazione tecnica dell'agibilità stessa dell'immobile in oggetto*.

L'arresto citato è condivisibile giacché opportunamente distingue gli obblighi informativi strettamente connessi alle competenze tecnico/giuridiche del notaio da quelli che, esulando da tali competenze, certamente non possono, ad alcun tiolo, essergli ascritti.

E, quindi, se le verifiche ipocatastali e la verifica dell'esistenza della certificazione di agibilità, riferibili all'immobile oggetto di trasferimento, rappresentano, in quanto ascrivibili alle competenze giuridiche del notaio, attività da questi esigibili e che lo stesso è tenuto a compiere e ad informarne i contraenti, in ragione dell'alta professionalità oltre che in ragione della funzione antiprocessuale che deve connotare la sua opera, viceversa le indagini tecniche circa la constatazione dell'agibilità dell'immobile in concreto esulano dalle sue competenze e, dunque, non incidono sulle eventuali responsabilità ascrivibili al suo operato.

Qualora poi sia chiaro che manchi o comunque non possa ottenersi il certificato di agibilità il notaio dovrà diligentemente informare le parti sulle conseguenze che da tale carenza possano derivare. In particolare dovrà rendere edotto l'acquirente che da tale carenza consegua una ridotta commerciabilità dell'immobile idonea i minarne significativamente il valore economico ed il legittimo godimento in conseguenza della carenza di una qualità essenziale per l'uso cui è destinato; informare il venditore dei rischi cui si espone in termini di responsabilità da grave inadempimento con consequenziale possibile risoluzione del contratto e risarcimento danni nei confronti dell'acquirente, nonché delle sanzioni amministrative cui va incontro ai sensi dell'art. 24, citato; invitare le parti a regolamentare, nell'equo contemperamento dei reciproci interessi, nell'atto o in separata scrittura i reciproci rapporti in ordine alla carenza in questione.

Svolta tale complessiva attività d'informazione e consulenza – nel pieno rispetto del ruolo di terzietà che deve contraddistinguere l'operato del notaio – assicurandosi che essa sia ben compresa dalle parti, e, aggiungo, serbandone prova e dandone riscontro nell'atto sia pure succintamente, si deve ragionevolmente ritenere che il notaio possa procedere alla stipulazione del rogito in assenza di responsabilità ascrivibili al suo operato.

---

[18] Sul tema dell'estensione degli obblighi d'informazione e l'attività di consulenza del notaio sia dato rinviare per qualche ulteriore approfondimento a S. MONTICELLI, *Vendita immobiliare ed obblighi d'informazione dei professionisti incaricati*, in *Rass. Dir. civ.*, 2017, fasc. 3, 944 ss.

[19] Cass., 13 giugno 2017, n. 14618, in *www.federnotizie.it.*

JUS CIVILE



CARLO PILIA

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Cagliari

L'EVOLUZIONE SOSTENIBILE DELLA RIFORMA ITALIANA DELLA GIUSTIZIA CIVILE

SOMMARIO*: 1. L'evoluzione della disciplina interna. – 2. La Legge delega n. 206/2021. – 3. Verso un testo unico in materia di ADR. – 4. L'estensione dell'obbligatorietà della mediazione. – 5. Gli incentivi. – 6. L'elevazione della formazione, trasparenza e qualità.*

1. – Con il recepimento della Direttiva europea 2008/52/CE [1] l'Italia si è dotata della prima disciplina per la mediazione delle controversie in materia civile e commerciale che in precedenza non era praticata, né insegnata e neppure conosciuta dalla maggioranza degli italiani. La novità normativa è stata salutata con sorpresa e non poca contrarietà specialmente dal mondo forense, colto impreparato ad affrontare i necessari cambiamenti di approccio rispetto alla tradizionale gestione giudiziale delle controversie.

La disciplina italiana degli aspetti organizzativi e di funzionamento della mediazione si trova raccolta in due principali fonti normative: il d.lgs. n. 28/2010 [2], che contiene le disposizioni legislative interne, e il d.m. n. 180/2010 [3], che riunisce le disposizioni attuative regolamentari. Nell'insieme, le iniziali disposizioni sono ancora in vigore, malgrado nel corso degli anni, a più riprese, siano state apportate significative modifiche normative che hanno rafforzato l'originaria impostazione costrittiva della disciplina italiana della mediazione [4].

---

[1] Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Sulla disciplina europea della mediazione, cfr. AA.VV., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. IGLESIAS CANLE, Valencia, 2014; AA.VV., *Proceso civil y mediación. Su analisis en la ley 5/2012, de mediacion en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. BONET NAVARRO, THOMSON REUTERS ARANZADI, 2013; AA.VV., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. FERNÁNDEZ CANALES, REUS, Madrid, 2012; AA.VV., *ADR e mediazione* a cura di C. STICCHI DAMIANI, Torino, 2012; AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. CENNI, E. FABIANI, M. LEO, Napoli, 2012; G. ESPLUGUES, G.L. IGLESIAS, G. PALAO, *Civil and commercial Mediation in Europe, I, National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013; M. GIACALONE, P. GIACALONE, *The development of e-mediation: a comparative apporach and the reasons for a double speed*, in *Rivista del commercio internazionale,* 2/2022, 343 ss.

[2] D.lgs.4 marzo 2010, n. 28 "*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*".

[3] Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180 "*Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità' di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità' spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del d.lgs.4 marzo 2010, n. 28*".

[4] Sulla disciplina italiana della mediazione, tra le numerose opere collettanee pubblicate, Sulla disciplina italiana della mediazione civile e commerciale, tra le principali opere collettanee, v. AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. BOVE, Padova, 2011; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico*



Poiché di armonizzazione parziale, minima e graduale, la Direttiva europea 2008/52/CE concede ampia autonomia normativa agli Stati membri per declinare le discipline nazionali della mediazione secondo differenti modelli, da scegliere in base alle proprie tradizioni ed esigenze giuridiche. In via schematica, sul piano della qualità, l'art. 4 [5] sollecita gli Stati a promuovere i codici di condotta dei mediatori e i meccanismi di controllo della qualità del servizio compositivo. In particolare, si individua nella formazione iniziale e in quella successiva la principale leva qualitativa della professionalità del mediatore e dell'attività di mediazione. Sul piano della legalità, l'art. 5 [6] prevede che la legislazione nazionale, senza pregiudicare l'accesso alla giurisdizione, possa rendere obbligatorio l'esperimento della mediazione, attribuire al giudice il potere di sollecitare le parti ad esperirla e, comunque, introdurre un sistema di agevolazioni e sanzioni per promuoverne l'utilizzazione.

Fin dal recepimento della Direttiva 2008/52/CE, l'Italia ha optato per un modello costrittivo della mediazione, così da sostenerne rapidamente l'introduzione e l'utilizzazione, principalmente per la necessità di attuare una politica deflattiva dell'enorme carico giudiziario che già da tempo oberava i tribunali. Il modello costrittivo italiano, in sintesi, si caratterizza essenzialmente per l'imposizione dell'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione, oltre che della necessaria partecipazione e collaborazione delle parti allo svolgimento del procedimento compositivo.

Più precisamente, la normativa italiana impone che in moltissime controversie civili e commerciali sia preventivamente esperita la mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale (c.d. mediazione obbligatoria per legge) [7]. Inoltre, si attribuisce al giudice il potere di ordinare alle parti di esperire la mediazione in qualunque fase del giudizio, anche in fase d'appello (c.d. mediazione delegata o obbligatoria per ordine giudiziale) [8]. Ancora, sono contemplate sanzioni economiche e processuali a carico della parte che

---

al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali cura di B. SASSANI, F. SANTAGATA, Roma, 2010; AA.VV., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. BANDINI, N. SOLDATI, Milano, 2010; AA.VV., *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare" (d.l. 69/2013, conv. con mod., in l. 98/2013),* a cura di G. FALCO y G. SPINA, Milano, 2014; AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010,* a cura di M.L. CENN, E. FABIANI, M. LEO, Napoli, 2012; AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, Commentario al d.lgs.4 marzo 2010, n. 28* a cura de A. CASTAGNOLA, F. DELFINI, Padova, 2010; AA.VV., *La mediazione civile e commerciale,* a cura di C. BESSO MARCHEIS, Torino, 2010.

[4] Art. 2, d.lgs. n. 28/2010.

[5] Articolo 4 (*Qualità della mediazione*) della Direttiva 2008/52/CE: "*1. Gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione.*

2. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti".

[6] Articolo 5 (*Ricorso alla mediazione*) della Direttiva 2008/52/CE: "*1. L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili.*

2. La presente Direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario".

[7] L'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 impone l'esperimento preventivo della mediazione come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale nelle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

[8] Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.



senza giustificato motivo non partecipi alla mediazione [9] ovvero rifiuti la proposta scritta di risoluzione della controversia formulata dal mediatore [10]. Limitate risultano le agevolazioni fiscali concesse per l'accesso alla mediazione [11]. I percorsi formativi per i mediatori, sia quelli iniziali che quelli successivi, sono brevi di durata e poco approfonditi [12]. Minimi appaiono i requisiti di accreditamento necessari per iscriversi nei registri italiani dei mediatori [13], degli organismi di mediazione [14], dei docenti e dei centri di formazione in mediazione [15].

L'esperienza italiana è stata segnata principalmente dall'obbligatorietà della mediazione che ha prodotto i più significativi risultati da apprezzare e, al contempo, manifestato le gravi criticità da superare. Anzitutto, si è avuto un notevole numero di procedimenti compositivi, la gran parte riferiti proprio alle ipotesi di mediazione obbligatoria, mentre risultano poche le mediazioni delegate dal giudice e quelle volontarie. I dati statistici sono significativi perché le mediazioni obbligatorie registrano percentuali di successo inferiori rispetto alle altre tipologie di mediazione [16]. Inoltre, si è assistito alla rapida e diffusa infrastrutturazione organizzativa del sistema compositivo stragiudiziale, quanto all'istituzione di enti per la formazione dei mediatori e all'individuazione dei docenti, all'apertura di organismi per la gestione delle mediazioni e all'abilitazione di un numero significativo di mediatori che operano sul mercato [17]. Il sistema italiano della mediazione si è attestato sulle prescrizioni che impongono l'osservanza dei requisiti legali minimi di accreditamento e funzionamento per quanti operano in mediazione, senza che ancora si sia sviluppata una dinamica competitiva, capace di sospingere l'innalzamento dei livelli qualitativi dei servizi compositivi e la ricerca del gradimento degli utenti.

Con la crisi pandemica Covid-19, più di recente, sono state introdotte anche in Italia delle misure straordinarie di tipo emergenziale che hanno inciso profondamente sull'ordinamento giuridico, non solo di diritto sostanziale ma anche processuale [18]. A causa delle forti limitazioni sanitarie alla circolazione e alla riunione delle persone, nello svolgimento delle attività giuridiche si è imposto l'utilizzo degli strumenti tecnologici per la gestione a distanza anche delle tutele giudiziali [19] e stragiudiziali dei diritti [20]. Così, in particolare, si è

---

[9] Art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

[10] Art. 13 d.lgs. n. 28/2010.

[11] Artt. 17 e 20 d.lgs. n. 28/2010.

[12] Art. 18, comma 2, lett. *f*) e *g*), d.m. n. 180/2010.

[13] Art. 4, comma 3, d.m. n. 180/2010.

[14] Art. 4 d.m. n. 180/2010.

[15] Art. 18 d.m. n. 180/2010.

[16] Ai sensi dell'art. 11 del d.m. n. 180/2010, il Ministero della Giustizia procede al periodico monitoraggio dei dati statistici dei procedimenti di mediazione (distinti tra mediazioni obbligatore, delegate e volontarie), che provvedere a rendere accessibili al pubblico tramite il proprio sito web al seguente indirizzo: *https://webstat.giustizia.it/StatisticheGiudiziarie/Mediazione%20Civile.aspx*.

[17] I registri pubblici degli organismi di mediazione, degli enti di formazione, dei mediatori e dei formatori in mediazione sono tenuti dal Ministero della Giustizia, che rende accessibili al pubblico i relativi dati tramite il proprio sito web al seguente indirizzo: Mediazione Civile (giustizia.it).

[18] Sulle principali normative emergenziali anticovid introdotte in Italia, in generale, AA.VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia, vol. 1, 2* e *3*, in *Giustizia civile.com*, in *http://giustiziacivile.com/*.

[19] Con riferimento alla gestione a distanza dei processi, v. N. PISANESCHI, *Udienze civili: i sistemi di videoconferenza ai tempi del Coronavirus*, in *Quotidianogiuridico.it*; G. MARINAI, F. SANTINON, *Il dl n. 11 del 2020 e l'udienza in videoconferenza: un'opportunità anche per il futuro*, in *Questionegiustizia.it.*; G. GANDINI, *L'udienza tra assenti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 2020, 1443 ss.

[20] Con riferimento alla gestione a distanza delle mediazioni, v. S. ORTIS, *Le conciliazioni da remoto: un nuovo modello di dialogo conciliativo fra interventi normativi e prassi nell'emergenza sanitaria*, in *Lavoro, Diritti, Europa, 2020, 20 ottobre 2020*, in *https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/processo-del-lavoro/552-le-conciliazioni-da-remoto-un-nuovo-modello-di-dialogo-conciliativo-*



rapidamente sviluppata la mediazione a distanza [21], in precedenza poco utilizzata [22]. Inoltre, sempre con finalità deflattiva del contenzioso giudiziale, è stata introdotta un'altra fattispecie di mediazione obbligatoria per le controversie contrattuali derivanti dall'applicazione delle misure sanitarie restrittive anticovid [23] che, come è noto, hanno colpito pesantemente il sistema economico interno e internazionale.

Trascorso oramai un decennio dall'introduzione in Italia della disciplina della mediazione, per più ragioni, si è avvertita l'esigenza di una complessiva revisione normativa e organizzativa che tenesse conto sia delle indicazioni emergenti dalla pratica pluriennale e sia delle nuove necessità originate dal contesto giuridico profondamente mutato a seguito dell'avvento devastante della recente pandemia. L'applicazione della normativa italiana, infatti, è stata accompagnata da una crescente incertezza e conflittualità come dimostrano le numerose pronunce giurisprudenziali che hanno affrontato diverse questioni controverse in materia [24]. Più in generale, però, le istituzioni europee e quelle italiane hanno sollecitato una riforma profonda e complessiva del sistema nazionale della giustizia, tanto sul versante della giurisdizione, quanto su quello delle tutele stragiudiziali, a cominciare dalla mediazione [25].

2. – Dietro impulso dell'Unione europea [26] ed avvalendosi anche delle risorse europee messe a disposizione con i fondi del programma *New Generation EU* [27], l'Italia ha approvato un imponente piano nazionale di finanziamento per la realizzazione di varie riforme strutturali (*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* [28]) che, tra l'altro, interessano direttamente diversi settori della giustizia [29]. In attuazione dei predetti piani, sul versante della riforma della giustizia civile, la recente l. 206/2021 [30] contiene l'ampia delega al Governo per

---

fra-interventi-normativi-e-prassi-nell-emergenza-sanitaria; S.A. CERRATO, F. DE SANTIS, *L'arbitrato fra lockdown e fase due: una proposta di intervento normativo*, in AA.VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia, vol. 3*, cit., 13 ss.

[21] Sulla mediazione a distanza, v. C. PILIA, *La justicia a distancia para acercarse a los usuarios*, in AA.VV., *El renacer de la tecnología tras la pandemia. Una justicia alternativa de futuro*, dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, C. PILIA, in Santiago de Chile, 2020, 55 ss.

[22] L'art. 7, comma 4, d.m. n. 180/2010 già consentiva agli organismi di mediazione di prevedere nel proprio regolamento che l'accesso alla mediazione potesse avvenire anche attraverso modalità telematiche.

[23] Art. 3, comma 6-*ter*, d.l. 23 febbraio 2020 n. 6 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*), convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, F. VALERINI, *Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure COVID-19,* in Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure COVID-19 (dirittoegiustizia.it); M. SCARSI, *Mediazione e controversie covid 19*, in *Diritto.it*, *8 luglio 2020;* C. PILIA*, La medizione al tempo del Covid-19,* in *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, 2021,* 175 ss.

[24] Sulla necessità di una riforma organica delle tutele stragiudiziali, v. G. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2017, 793 ss.

[25] In particolare, si richiamano i lavori della *Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi* nominata dal Ministero della Giustizia e presieduta dal prof. Francesco Paolo Luiso, la cui relazione finale è stata valutata in sede di approvazione della legge di riforma in commento ed è resa accessibile al seguente indirizzo web: *commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf (giustizia.it)*.

[26] Da ultimo, la *Raccomandazione del Consiglio del 20 luglio 2020 sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, accessibile al seguente indirizzo web: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0826(12)&from=IT.*

[27] NextGenerationEU (europa.eu).

[28] Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Ministero dell'Economia e delle Finanze (mef.gov.it).

[29] Le misure per la Giustizia nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (camera.it).

[30] Legge 26 novembre 2021, n. 206 "*Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*".



migliorare l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie [31].

In generale, in base al primo comma dell'art. 1, la delega per la riforma complessiva della giustizia dovrebbe efficientare il processo civile mediante l'introduzione di novità normative che riguardano le principali fonti, codice di procedura civile e leggi speciali. La riforma comporta un riassetto formale e sostanziale del processo civile che risponde ai tre obiettivi principali della semplificazione, speditezza e razionalizzazione, da realizzare nella garanzia del contradditorio e nell'osservanza dei principi e criteri direttivi della delega. All'interno di siffatta delega, nel quarto comma del medesimo art. 1, si precisano i principi e criteri direttivi da applicare nella revisione delle discipline delle due principali procedure stragiudiziali di composizione consensuale delle controversie, la mediazione e la negoziazione assistita.

Dalle disposizioni della Legge delega, in sintesi, emerge una visione integrata della giustizia civile da riformare che abbraccia tanto il processo, quanto gli strumenti complementari di composizione stragiudiziale. Per tutti, infatti, si pone l'esigenza di una riforma strutturale, in quanto sia le tutele giudiziali che quelle stragiudiziali presentano delle gravi criticità che devono essere superate per rendere efficiente la giustizia civile. Comuni sono percorsi di riforma e gli obiettivi generali da realizzare, espressi con formule elastiche (semplificazione, speditezza e razionalizzazione) variamente modulabili a seconda delle tutele giudiziali e stragiudiziali.

Dai principi e criteri della delega, in via schematica, emergono gli aspetti più significativi della riforma della mediazione, a cominciare dalla revisione del sistema delle fonti, per passare ai contenuti innovativi della disciplina. Tra essi, fin d'ora si segnalano l'estensione dell'accesso alla mediazione da realizzare non solo mediante il rafforzamento dell'obbligatorietà, ma anche attraverso l'introduzione di incentivi, semplificazioni e finalmente lo sviluppo dei meccanismi qualitativi per il miglioramento dei livelli della formazione e del servizio compositivo stragiudiziale.

3. – Anzitutto, la delega legislativa concessa al Governo prevede un complessivo riassetto normativo della giustizia, che abbraccia l'insieme delle fonti giuridiche esistenti, a cominciare dal codice di procedura civi-

[31] Per un primo commento alla Legge delega, v. P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2022; G. FACCHINI, *Questioni relative al giusto processo ad una prima lettura della Riforma Cartabia*, in *www.rivistafamilia.it*; C. CAVALLINI, *Verso il nuovo modello del procedimento ordinario di cognizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2022, 161 ss.; S. VITRÒ, *Il case management dei processi IP nel Covid e nel dopo Covid*, in *Il Diritto industriale*, 2/2022, 143 ss.; C. CECCHELLA, *Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Quest. giust.*, 2021, 223 ss.; G. SCARSELLI, *La riforma del processo di famiglia*, in *www.giustiziainsieme.it*; M. DOGLIOTTI, *La riforma della giustizia familiare e minorile: dal Tribunale per i minorenni al Tribunale per le persone, i minorenni, le famiglie*, in *Famiglia e diritto*, 4/2022, 333 ss.; F. DANOVI, *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2022, 837 ss.; A. CORDIANO, *La riforma n. 206 del 2021 sui provvedimenti minorili urgenti: alcuni approdi e altre criticità*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2/2022, 811 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c.p.c. nella riforma del processo della famiglia*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2/2022, 632 ss.; R. LOMBARDI, *La negoziazione assistita nella riforma della giustizia della famiglia*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1/2022, 305 ss.; A.R. RIZZA, *Governo dimissionario e poteri di ordinaria amministrazione (a margine dell'approvazione del decreto delegato sull'efficienza del processo civile)*, in *judicium.it*; A. ARCERI, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza*, in *Famiglia e diritto*, 4/2022, 380 ss.; M.C. BARUFFI, *La riforma della giustizia familiare e minorile Gli accordi sulla legge applicabile nei giudizi di crisi coniugale*, in *Famiglia e diritto*, 4/2022, 414 ss.; A. CARRATTA, *Un nuovo processo di cognizione per la giustizia familiare e minorile*, in *Famiglia e diritto*, 4/2022, 349 ss.; D. D'ADAMO, *La riforma della mediazione familiare*, in *Famiglia e diritto*, 4/2022, 390 ss.; B. PIACCI, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 7/2022, 669 ss.



le e dalle principali leggi speciali che concernono sia il processo e sia le discipline delle tutele stragiudiziali e, in particolare, quelle della mediazione.

L'indicazione è senz'altro positiva, risponde a una sentita esigenza di semplificazione del sistema e, inoltre, carica la riforma strutturale della giustizia civile di importanti significati sistematici, che esprimono altrettante tendenze evolutive di portata generale. Per un verso, nel riassetto normativo si dovrebbero superare la frammentazione e la sovrapposizione delle tante fonti che si sono succedute. Con passare del tempo, si è assistito a periodiche novellazioni al testo del codice di rito e, soprattutto, all'introduzione di una pluralità di leggi speciali, anch'esse più volte modificate, che spaziano dagli aspetti processuali a quelli sostanziali. La legge delega 206/2021, come accennato, adotta una visione integrata della giustizia da rendere efficiente mediante interventi normativi che incidono sull'insieme delle fonti, a cominciare da quella principale costituita dal codice di procedura civile. Tuttavia, i comuni obiettivi della riforma non devono trovare organica declinazione solo all'interno della codificazione di rito, ma coinvolgono anche le leggi speciali dedicate sia al processo e sia alle tutele stragiudiziali.

La riforma del codice di procedura civile e della disciplina del processo, quindi, si dovrebbero organicamente raccordare a quelle delle fonti e delle discipline delle tutele stragiudiziali, secondo una prospettiva comune e integrata di efficientamento del sistema della giustizia che, oramai a tutti gli effetti, comprende una pluralità di tutele. In tal modo, si supera la tradizionale visione della giustizia tutta incentrata sul processo [32], per aprirsi, oltre che all'arbitrato [33], anche alle altre tutele stragiudiziali complementari che con il tempo hanno avuto un notevole sviluppo a livello nazionale e sovranazionale [34].

La mediazione e le altre tutele stragiudiziali di composizione consensuale delle controversie, di conseguenza, saranno collegate finalmente in maniera stabile e strutturata alla giurisdizione, in conformità all'evoluzione pluralistica e competitiva della giustizia. Per tanti versi, si supera la marginalità, se non proprio l'eccezionalità, insita nella posizione di alternatività rispetto alla giurisdizione, che finora le tutele stragiudiziali soffrono all'interno del sistema nazionale della giustizia [35]. Le stesse si affermano quali strumenti di giustizia essenziali e parimenti importanti per garantire l'effettività dei diritti da tutelare. In prospettiva, l'accesso alla giustizia si realizzerà attraverso un più efficiente sistema che si compone di una pluralità di tutele da rendere tutte più semplici, spedite e razionali. Sono gli utenti che, nei limiti della disponibilità, scelgono le vie giudiziali o stragiudiziali, con le forme aggiudicative e consensuali, che ritengono più adeguate per addivenire alla concreta soluzione delle loro controversie [36].

---

[32] Per una visione comparatistica delle tutele civilistiche, più di recente, A. CARATTA, C. CAVALLINI, *Judicial settlement e modelli di tutela a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2022, 427 ss.

[33] AA.VV., *Commento ai principî in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1/2022, 1 ss.; C. PUNZI, *Le prospettive di riforma dell'arbitrato offerte dalla legge delega «per l'efficienza del processo civile»*, in *Rivista di diritto processuale*, 2/2022, 611 ss.

[34] Per una visione di respiro internazionale dell'affermarsi delle tutele stragiudiziali, v. AA.VV., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* a cura di L. GARCÍA VILLALUENGA, J.L. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, C. FERNÁNDEZ CANALES, Editorial Reus, 2010; AA.VV., *The variegated landscape of mediation. A comparative Study on Mediation Regulationand Pratices* in *Europe and the World* a cura di M. SCHONEWILLE, F. SCHONEWILLE, Eleven International Publishing, 2014; AA.VV., *La mediación. Nuevas investigaciones y aportes desde ed derecho comparado* a cura di G. ALPA E M.M. CÓRDOBA, Editore Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015; G. DE PALO, M.B. TREVOR, *EU mediation Law and practice*, Oxford University Press, Oxford, 2015; C. EESPLUGUES, L. MARQUIS, *New developments in Civil and Commercial Mediation*, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht, London, 2015.

[35] In termini generali, sul sistema italiano delle tutele stragiudiziali dei diritti, v. AA.VV., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010-2022, in *https://www.unica.it/unica/page/it/carlo_pilia_mat_quaderni_di_conciliazione*.

[36] In tal senso, l'acronimo inglese *A.D.R.* che è solitamente impiegato per indicate le tutele stragiudiziali è inteso nel senso di *ap-*



Sempre sul versante delle fonti giuridiche della mediazione e delle tutele stragiudiziali consensuali, ancora, si deve segnalare un'altra importante indicazione che assume anch'essa valenza sistematica sostanziale. Si prevede, infatti, il graduale superamento dell'attuale quadro frammentato di fonti speciali, riferite ad alcuni aspetti di ciascun meccanismo di tutela, che dovranno essere sostituite da una nuova fonte normativa comune. Mediante il riassetto complessivo del materiale normativo esistente, in attuazione degli obiettivi, principi e criteri indicati nella delega, si dovrà finalmente pervenire alla redazione di un testo unico dedicato alla mediazione e alla negoziazione assistita tramite avvocati e, in prospettiva, a tutti gli strumenti di tutela complementari alla giurisdizione [37].

Non si attende soltanto un'attività redazionale formale, di semplificazione e razionalizzazione delle fonti e delle discipline vigenti. Occorre una revisione sostanziale anche del contenuto delle disposizioni, proprio perché la Legge delega impone di svolgere il riassetto normativo nel rispetto di comuni obiettivi, principi, criteri e regole di funzionamento delle tutele stragiudiziali. In tal senso, dall'evoluzione del processo normativo, per tanti versi, emerge un nuovo e più sostanziale significato sistematico della riforma in quanto si delineano i connotati di una disciplina unitaria, organica e tendenzialmente completa riferita a una specifica materia. La mediazione e le tutele stragiudiziali, quindi, acquisiscono la dignità di autonoma materia, che si delinea giuridicamente sia sul piano teorico che su quello pratico, superando le lacune, incertezze e contraddizioni insite nella frammentarietà delle precedenti fonti.

Con il testo unico per le tutele stragiudiziali, quindi, si crea una apposita fonte della materia che si sviluppa in maniera organica e si raccorda sistematicamente con le altre fonti codicistiche generali, sia processuali e sia sostanziali. In tal modo, si gettano le basi sistematiche per la definitiva affermazione, il pieno sviluppo e l'evoluzione qualitativa delle tutele stragiudiziali nell'ordinamento italiano, quali misure complementari alla giurisdizione, che si strutturano stabilmente e si dotano di una propria disciplina comune. Le tutele stragiudiziali, quindi, al pari di quelle giudiziali, con l'attuazione della riforma diventano soluzioni ordinarie e adeguate di soluzione delle controversie che concorrono a pieno titolo all'efficienza del sistema italiano della giustizia [38].

Sempre sul piano delle fonti, infine, la delega contiene un'ulteriore indicazione evolutiva che si collega alle modalità sperimentali da seguire nella costruzione della disciplina comune. Nel processo di armonizzazione normativa in materia di tutele stragiudiziali, infatti, alla redazione del testo unico e, in prospettiva, alla sua revisione, si deve procedere all'esito del monitoraggio dell'impatto dell'applicazione della mediazione obbligatoria e, comunque, della valorizzazione delle competenze nelle varie aree di gestione stragiudiziale dei conflitti [39]. L'indicazione sistematica, sulla quale si torna più volte nella delega, intende sviluppare una dinamica partecipativa e competitiva che parte dall'esperienza pratica e sfocia in una collaborazione istituzionalizzata tra tutti gli *stakeholders* coinvolti per garantire la qualità delle tutele stragiudiziali e, quindi, rendere efficiente l'intero sistema della giustizia.

---

propriate (non già *alternative*) *dispute resolution*. N.M. ALEXANDER, S. CHONG, *Mediation and Appropriate Dispute Resolution*, in *January 2020, SSRN Electronic Journal*, *https://www.researchgate.net/publication/346966842_Mediation_and_Appropriate_Dispute_Resolution.*

[37] L'art. 1, comma 4, lett. *b*), l. n. 206/2021 prevede l'approvazione di un testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione (TUSC).

[38] Considerando n. 5 Direttiva 2008/52/CE.

[39] Art. 1, comma 4, lett. *b*), l. n. 206/2021.



4. – Passando ai contenuti della disciplina della mediazione, molteplici sono gli aspetti da riformare per favorirne la maggiore e migliore utilizzazione. La Legge delega dedica una serie di principi e criteri alla riforma della disciplina della mediazione [40], in particolare, per quanto concerne l'estensione dell'obbligatorietà sia legale che giudiziale.

Più precisamente, si introducono nuove fattispecie di obbligatorietà legale del previo esperimento della mediazione come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale per le "*controversie in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di franchising, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura*" [41]. In pratica, alle precedenti fattispecie di ricorso obbligatorio alla mediazione, che si confermano, se ne aggiungono delle altre concernenti i principali rapporti tra e con imprese. L'ambito applicativo della mediazione come condizione di procedibilità, pertanto, si rafforza ed estende ulteriormente, arrivando a coprire un'area ancora più vasta di contenzioso civile e commerciale. In pratica, l'obbligatorietà legale della mediazione preventiva tende a divenire la regola avente portata generale. Probabilmente, sarebbe più opportuno stabilire chiaramente un siffatto principio, facendo salve le testuali previsioni delle controversie che risultano escluse.

All'estensione della condizione legale di procedibilità della mediazione, peraltro, si collega l'istituzionalizzazione di un sistema di monitoraggio statistico al fine di verificarne l'effettivo impatto. Dopo cinque anni dall'entra in vigore della riforma, infatti, si dovrà valutare l'efficienza della obbligatorietà legale e, se del caso, l'opportunità di rimodulare in senso rafforzativo o riduttivo la relativa condizione di procedibilità dell'azione giudiziale rispetto a ciascuna tipologia di controversia. In chiave evolutiva, l'indicazione normativa è assai importante poiché non si intende irrigidire il sistema dell'accesso alla mediazione, ma se ne riafferma l'adattabilità alla luce delle concrete risultanze statistiche emergenti dal monitoraggio che si deve condurre sulla pratica effettiva della gestione delle controversie [42].

Sempre sul fronte dell'accesso alla mediazione, si prevede che anche la mediazione demandata dal giudice sia valorizzata e incentivata [43]. L'obbligatorietà giudiziale della mediazione nelle liti pendenti, infatti, risulta ancora poco utilizzata, malgrado essa registri percentuali di successo superiori a quelle della mediazione obbligatoria per legge. Pertanto, si vuole stimolare il giudice a esercitare in concreto il potere di ordinare alle parti in lite di esperire la mediazione, specie nei casi in cui vi siano maggiori probabilità di raggiungere un accordo compositivo della controversia.

A tal fine, la Legge delega per la riforma del processo prevede che il giudice sia adeguatamente assistito nello svolgimento di questa importante attività. In particolare, tra i compiti attribuiti all'ufficio per il processo incaricato di supportare i giudici nelle attività preparatorie per l'esercizio della funzione giurisdizionale, è testualmente contemplata anche la selezione dei presupposti di mediabilità della lite [44]. L'individuazione delle liti sui diritti disponibili aventi maggiori probabilità di essere mediate, infatti, è fondamentale affinché il giudice rivolga efficacemente alle parti l'ordine di esperire con successo la mediazione.

Dall'analisi del contenuto del fascicolo di causa, infatti, emergono gli elementi sintomatici della mediabilità in concreto della lite, che non sono circoscritti a quelli già tipizzati dal legislatore con riguardo alla natu-

---

[40] Art. 1, comma 4, da lett. *a*) a lett. *p*), l. n. 206/2021.

[41] Art. 1, comma 4, lett. *c*), l. n. 206/2021.

[42] L'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, con riferimento alle controversie per le quali il previo ricorso alla mediazione costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, già prevede che a decorrere dall'anno 2018, il Ministro della giustizia riferisca annualmente alle Camere sugli effetti prodotti e sui risultati conseguiti dall'applicazione delle relative disposizioni.

[43] Art. 1, comma 4, lett. *o*), l. n. 206/2021

[44] Art. 1, comma 18, lett. b), n. 1, l. n. 206/2021.



ra della controversia, all'attività istruttoria svolta e al comportamento delle parti [45]. Il fascicolo di causa può contenere anche altri e più significativi indici di mediabilità della lite, che afferiscono a ulteriori fattori giuridici o fattuali collegati alla controversia. Il valore e la tipologia di controversia, il numero e la qualificazione delle parti, i rapporti tra esse, per esempio, sono tra gli indici più rilevanti per il raggiungimento della composizione amichevole della lite, che emergono dalle attività istituzionalizzate di monitoraggio continuo e rilevazione statistica periodica delle mediazioni [46]. Tali indicazioni, evidentemente, sono utili non solo al legislatore per approvare l'eventuale revisione periodica della normativa sulla mediazione, ma anche ai giudici nell'esercizio del potere di ordinare la mediazione nelle liti pendenti, oltre agli avvocati che assistono professionalmente le parti nella scelta della via più adeguata di soluzione della controversia.

A questo riguardo, nella Legge delega si prospetta la costruzione di un regime di necessaria collaborazione fra gli uffici giudiziari, le università, nel rispetto della loro autonomia, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio, che consegua stabilmente la formazione degli operatori, il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziali che demandano le parti alla mediazione. Agli stessi fini, si prevede anche l'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati e la valorizzazione di detta formazione e dei contenziosi definiti a seguito di mediazione o comunque mediante accordi conciliativi, al fine della valutazione della carriera dei magistrati stessi [47].

L'analisi delle prassi applicative, in buona sostanza, costituisce la base esperienziale da utilizzare per sostenere i processi partecipativi di miglioramento della gestione della mediazione, con un approccio inclusivo che unisca operatori e formatori, uffici giudiziari, organismi di mediazione, ordini professionali, associazioni di categoria e atenei. In tal senso, come si preciserà meglio, si devono ripensare anche i percorsi formativi per magistrati partendo proprio dalla valorizzazione delle migliori prassi di composizione consensuale delle controversie che si registrano dentro e fuori dal processo.

5. – Al rafforzamento dell'obbligatorietà della mediazione, coerente con l'impostazione prevalentemente costrittiva della disciplina italiana, nella Legge delega si affianca lo sviluppo di un approccio promozionale, finora poco utilizzato dal legislatore italiano. Per tanti aspetti, si intende incentivare l'accesso e la partecipazione al procedimento di mediazione e, di conseguenza, il raggiungimento dell'accordo compositivo.

Anzitutto, si prevedono il riordino, la semplificazione e l'incremento delle agevolazioni fiscali già esistenti nella disciplina della mediazione [48]. Si introducono poi nuovi incentivi per le parti quali: crediti d'imposta per i compensi corrisposti agli avvocati e per il contributo unificato versato nel giudizio che si estingue, nonché il diritto al gratuito patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, con la concessione di un credito di imposta agli organismi di mediazione che in tali casi erogano gratuitamente il servizio compositivo. Si prevede, inoltre, la riforma dell'attuale regime tariffario delle spese di avvio e delle indennità dovute agli organismi di mediazione. Il monitoraggio dell'applicazione degli incentivi fiscali in mediazione permet-

[45] Ai fini dell'esercizio del potere del giudice di ordinare la mediazione, peraltro, siffatti elementi sono stati già individuati dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010.

[46] Si vedano i dati risultanti dalle rilevazioni statistiche periodiche eseguite dal Ministero della Giustizia sui procedimenti di mediazione che sono stati gestiti dagli organismi accreditati in Italia – Mediazione Civile (*giustizia.it*).

[47] Art. 1, comma 4, lett. *o*), l. n. 206/2021.

[48] Art. 1, comma 4, lett. *a*), l. n. 206/2021.



te di verificarne la copertura con le risorse pubbliche già stanziate, stabilendosi che per fare fronte ai maggiori costi si debba intervenire aumentando il contributo unificato dovuto per la proposizione dei giudizi.

Con tali incentivi fiscali, quindi, si intende rendere la mediazione una via compositiva anche economicamente più vantaggiosa rispetto al processo. A tal fine, tuttavia, occorre lo stanziamento di adeguate risorse per coprire i maggiori costi dell'incremento delle agevolazioni fiscali, da reperire anche operando sul corrispondente inasprimento della misura del contributo unificato dovuto da quanti si rivolgono alla tutela giudiziale. In questo modo, anche sul piano economico, si orientano le scelte delle parti nell'accesso alle tutele stragiudiziali e giudiziali.

L'agevolazione dell'accesso e della partecipazione alla mediazione, inoltre, si realizza mediante una complessiva revisione e semplificazione della disciplina della mediazione, in modo da superare diverse incertezze e criticità emerse dalla prassi. Più precisamente, con la delega [49] si intendono riordinare le disposizioni concernenti lo svolgimento della procedura di mediazione [50] nel senso di favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse, regolando le conseguenze della mancata partecipazione [51].

Le rilevazioni statistiche evidenziano che in un numero assai significativo di mediazioni la parte invitata non partecipa al procedimento e, quindi, non vi è alcuna possibilità di mediare la controversia. Frequenti sono pure i procedimenti compositivi nei quali le parti si fanno rappresentate dall'avvocato o da altro sostituto, che non sono a conoscenza dei fatti oggetto della controversia e, comunque, non hanno il potere di disporre dei diritti controversi. L'esperimento della mediazione, soprattutto nei casi di obbligatorietà legale o giudiziale, in pratica, avviene solamente per realizzare la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, senza che vi sia alcuna effettiva volontà di mediare. Per contrastare l'atteggiamento scarsamente collaborativo delle parti in mediazione, invero, non è stato sufficiente l'apparato sanzionatorio processuale ed economico previsto dalla vigente disciplina, che perciò deve essere anch'esso profondamente rivisto.

In particolare, con la riforma si stabilisce che il riordino normativo deve favorire la partecipazione personale delle parti, finalizzata all'effettivo confronto sulle questioni controverse, indispensabile perché la mediazione sia effettiva e si realizzino le potenzialità compositive di questo strumento stragiudiziale. Ferma la necessità che nella mediazione obbligatoria le parti siano assistite dagli avvocati, le stesse devono partecipare personalmente all'intero procedimento compositivo [52].

La partecipazione personale delle parti in mediazione, pertanto, assurge a principio generale nella Legge delega che, però, prevede plurime limitazioni e declinazioni a seconda delle varie situazioni riscontrabili nella prassi. La comune finalità è quella di rendere effettiva la mediazione e favorire il raggiungimento di un accordo compositivo tra le parti, superando incertezze e criticità della precedente disciplina.

Più precisamente, ferma la regola generale suddetta della partecipazione personale delle parti alla mediazione, alle stesse si concede la possibilità di delegare, in presenza di giustificati motivi, un proprio rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la soluzione della controversia [53]. Si prevede, inoltre, che le persone giuridiche e gli enti partecipano al procedimento di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la soluzione della controversia.

Si chiarisce in questo modo una questione assai controversa che ha portato ad orientamenti anche giuri-

[49] Art. 1, comma 4, lett. *e*), l. n. 206/2021.
[50] Artt. 3-15 d.lgs. n. 28/2010.
[51] Artt 8 e 13 d.lgs. n. 28/2010.
[52] Art. 1, comma 4, lett. *c*), l. n. 206/2021.
[53] Art. 1, comma 4, lett. *f*), l. n. 206/2021.



sprudenziali contrastanti, tra coloro che sostengono la tesi la libera sostituibilità della parte, anche con l'avvocato che la rappresenta, e coloro che sono fautori della tesi, accolta dalla Legge delega, della personalità della partecipazione diretta della parte al procedimento di mediazione, salvo legittimo impedimento [54].

Sempre per agevolare l'effettività della mediazione e il raggiungimento di un accordo compositivo della controversia, si dettano regole specifiche per quanto concerne le pubbliche amministrazioni [55]. In particolare, si precisa che per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche la conciliazione nel procedimento di mediazione non espone a responsabilità contabile, salvo dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti. La disposizione risponde all'esigenza da tempo segnalata di scongiurare il timore di molti funzionari pubblici di essere chiamati a rispondere dei danni provocati all'amministrazione per avere concordato in mediazione soluzioni compositive che, almeno in astratto, sarebbero potute risultare meno vantaggiose di quelle realizzabili in sede processuale all'esito dell'eventuale giudizio [56].

Si prevede pure che per le liti condominiali, l'amministratore sia direttamente legittimato a promuovere, resistere e partecipare alla mediazione e che l'eventuale accordo raggiunto sia subordinato all'approvazione dell'assemblea dei condomini [57]. In tal modo, si semplificano e favoriscono l'accesso e la partecipazione al procedimento di mediazione e, di conseguenza, l'accordo compositivo, pur lasciando l'ultima parola all'assemblea dei condomini.

L'incentivazione alla mediazione, inoltre, è affidata alla previsione della possibilità, già sperimentata nella prassi, che in mediazione sia nominato un esperto incaricato di svolgere attività peritale che, con l'accordo delle parti, possa essere anche prodotta in giudizio e liberamente valutata dal giudice [58]. L'attività peritale svolta in mediazione, anzitutto, può favorire il raggiungimento della composizione consensuale della controversia all'interno del procedimento stragiudiziale in cui è disposta. Con il consenso delle parti, manifestato fin dal conferimento dell'incarico all'esperto, si autorizza l'utilizzazione della relazione anche nell'eventuale successivo giudizio, per la decisione della controversia, senza necessità di ripetere l'attività peritale anche in tale sede processuale.

Infine, un altro aspetto da segnalare nella delega concerne l'espressa previsione che le procedure di mediazione possano essere svolte, su accordo delle parti, con modalità telematiche e che gli incontri possano svolgersi con collegamenti da remoto [59]. La mediazione online e, più in generale, le soluzioni tecnologiche a distanza, seppure diffusesi durante l'emergenza pandemica per ovviare alle restrizioni sanitarie, soddisfano esigenze strutturali di semplificazione e contenimento dei costi che favoriscono l'utilizzazione delle tutele stragiudiziali. Al riguardo, occorre considerare che anche in Italia l'utilizzo della tecnologia è ampiamente praticato tra i centri di mediazione, i mediatori e i professionisti e la gran parte dei cittadini che, oramai, si

---

[54] Per un quadro delle posizioni espressa nei due orientamenti, v. Cass. n. 18068/2019 e Cass. n. 8473/2019, in M. RUVOLO, *La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione – e sull'effettività del tentativo di conciliazione: – considerazioni critiche*, in *Il Corriere Giuridico*, 12, 2019, 1533 ss.; A. MELUCCO, *Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento – della condizione di procedibilità nella mediazione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1, 2020, 434 ss.; F. LUISO, *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, in *Giurisprudenza Italiana*, 10, 2019, 2128 ss.; F. FERRARIS, *Mediazione obbligatoria. Partecipazione personale ed effettività del procedimento: – verso una eterogenesi dei fini?*, in *Contratti*, 3, 2019, 273 ss.

[55] Art. 1, comma 4, lett. *g*), l. n. 206/2021.

[56] G. SABATO, *Conciliazione e pubblica amministrazione. Opportunità e zone d'ombra*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2022, 183 ss.

[57] Art. 1, comma 4, lett. *h*), l. n. 206/2021.

[58] Art. 1, comma 4, lett. *i*), l. n. 206/2021.

[59] Art. 1, comma 4, lett. *p*), l. n. 206/2021.



avvalgono con facilità delle piattaforme di videoconferenza e dei sistemi elettronici di scambio di comunicazioni e documenti a distanza [60].

6. – L'incentivazione della mediazione, in base alla Legge delega, si deve realizzare pure attraverso lo sviluppo del piano della qualità purtroppo rimasto finora sacrificato nella disciplina italiana. Come accennato, l'opzione italiana per il modello costrittivo ha privilegiato l'imposizione dell'obbligatorietà legale e giudiziale dell'accesso alla mediazione, con l'applicazione delle sanzioni economiche e processuali per la mancata partecipazione al procedimento o la scarsa collaborazione all'accordo. In base all'iniziale normativa ancora vigente, l'accreditamento dei mediatori, dei centri di mediazione, degli enti di formazione e dei formatori richiede il rispetto di requisiti davvero minimi che, probabilmente, si giustificavano nella fase introduttiva della prima disciplina italiana attuativa della Direttiva europea 2008/52/CE. A distanza di un decennio, una volta che si è attuato e opera il sistema italiano della mediazione, occorre che si innalzino gli standard qualitativi e, soprattutto, si incentivino i meccanismi di trasparenza e confronto che permettono di animare anche in Italia una dinamica competitiva che sospinga il processo di miglioramento continuo del servizio compositivo.

A questo riguardo, nella Direttiva 2008/52/CE è previsto che gli Stati membri sostengano le scelte degli utenti del servizio di mediazione attraverso un sistema multilivello di informazione da sviluppare in questa materia. Anzitutto, i professionisti del diritto devono dare adeguata informazione ai clienti sulla mediazione [61] e, inoltre, gli stessi giudici devono invitare le parti a partecipare alle sessioni informative sulla mediazione [62], affinché si abbia conoscenza dell'esistenza del servizio compositivo stragiudiziale e dei relativi vantaggi. Gli Stati membri devono incoraggiare, in qualsiasi modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico, in particolare via internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione [63]. Per il pubblico deve essere disponibile su internet il codice europeo di condotta dei mediatori [64], che contiene regole qualitative per la migliore formazione dei mediatori e la qualità del servizio di mediazione. Infine, la Commissione europea mette a disposizione del pubblico, tramite qualsiasi mezzo appropriato, le informazioni sugli organi giurisdizionali o sulle autorità competenti comunicate dagli Stati membri per attribuire forza esecutiva agli accordi raggiunti in mediazione [65]. Tali disposizioni europee, dirette a favorire una dinamica competitiva tra organismi di mediazione e i servizi compositivi erogato negli stati dell'Unione europea, purtroppo, hanno avuto minima applicazione nell'ordinamento italiano.

Per rimediare alle criticità della normativa interna, finalmente la Legge delega prende in diretta considerazione la revisione del sistema complessivo della formazione in mediazione per garantire la qualità della docenza, la professionalità dei mediatori e il miglioramento qualitativo del servizio compositivo. Al riguardo, si delineano più interventi coordinati.

---

[60] E. DALMOTTO, *La fine anticipata della seconda fase e la ripresa dei processi dopo il COVID-19*, in *Il caso.it, 27/06/20, in https://blog.ilcaso.it/news_971;* M. MARINARO, *La mediazione (telematica) dell'emergenza: un'opportunità per la giustizia civile,* in *www.Judicium.it del 1° giugno 2020,* 1 ss.

[61] Considerando n. 25 Direttiva 2008/52/CE.

[62] Art. 5, par. 1, Direttiva 2008/52/CE.

[63] Art. 11, par. 1, Direttiva 2008/52/CE.

[64] Considerando n. 17 Direttiva 2008/52/CE.

[65] Artt. 6 e 11 Direttiva 2008/52/CE.



Più precisamente, si prevede di procedere alla complessiva revisione del sistema della formazione, sia iniziale e sia successivo dei mediatori. Si indica testualmente la necessità di aumentare la durata dei percorsi formativi [66], adesso troppo brevi, appena 54 ore nei corsi iniziali e diciotto ore in quelli di aggiornamento biennale, con venti tirocini pratici [67]. La revisione, peraltro, dovrebbe estendersi anche ai contenuti e alle modalità di organizzazione ed erogazione dell'attività formativa.

Per i contenuti, la delega si sofferma espressamente sulla necessità che coloro che non abbiano conseguito una laurea nelle discipline giuridiche possano essere abilitati a svolgere l'attività di mediatore dopo aver conseguito un'adeguata formazione tramite specifici percorsi di approfondimento giuridico. L'indicazione coglie una evidente criticità dell'attuale sistema, riferita ai mediatori privi di adeguata formazione giuridica, ma ve ne sono delle altre che concernono anche i giuristi, sovente privi di adeguata preparazione in altre materie parimenti necessarie in mediazione, quali sono le conoscenze in comunicazione, psicologia, sociologia, etc. [68]

Le criticità, tuttavia, riguardano nell'insieme la conformazione del sistema formativo in mediazione. La delega, in particolare, segnala anche l'insufficienza dei requisiti legali richiesti in base alla normativa vigente per accreditarsi come formatori teorici e pratici per i mediatori. Pure per questo aspetto, quindi, occorre un deciso innalzamento dei requisiti di qualificazione richiesti, in modo da garantire standard qualitativi migliori nell'attività di docenza da parte dei formatori e, quindi, nella professionalità dei mediatori che si abilitano.

La delega precisa che questi processi di revisione dei percorsi formativi non comportano alcun nuovo o maggior costo a carico della finanza pubblica. È questo un evidente limite della riforma, che finisce per scaricare sui docenti e i mediatori i relativi oneri.

La Legge delega impone anche di riformare e razionalizzare i criteri di valutazione dell'idoneità del responsabile dell'organismo di mediazione, nonché degli obblighi del responsabile dell'organismo di mediazione e del responsabile scientifico dell'ente di formazione [69]. Si tratta di posizioni apicali di grande responsabilità all'interno degli organismi di mediazione e dei centri di formazione dei mediatori. Per entrambi i ruoli si impone una decisa ridefinizione dei profili scientifici, didattici e professionali, in modo da qualificarli meglio rendendoli garanti della qualità della formazione e della mediazione.

Infine, la Legge delega impone di potenziare i requisiti di qualità e trasparenza del procedimento di mediazione, anche riformulando i requisiti di serietà ed efficienza richiesti agli enti pubblici o privati per costituire degli organismi di mediazione e ottenere l'iscrizione nell'apposito registro ministeriale [70]. L'esigenza che la riforma deve soddisfare è duplice, in quanto si riferisce anzitutto al potenziamento, inteso come elevazione, dei requisiti di funzionamento del procedimento di mediazione e degli organismi che offrono il servizio compositivo. Parimenti importante, tuttavia, è l'esigenza di garantire la trasparenza, ossia la corretta informazione e la piena conoscenza, sull'assolvimento dei requisiti di accreditamento e sulle regole di funzionamento non solo alle autorità preposte ai controlli e alla vigilanza, ma più in generale a tutto il pubblico degli utenti. In tal senso, la trasparenza riguarda sia l'osservanza delle prescrizioni legali vincolanti, sia l'eventuale adesione a misure aggiuntive, di regola volontarie, che innalzano e differenziano tra gli organismi di mediazione i livelli qualitativi di erogazione della prestazione.

---

[66] Art. 1, comma 4, lett. *l*), l. n. 206/2021.

[67] Art. 18, comma 2, lett. *f*) e *g*), d.m. n. 180/2010.

[68] Sulla costruzione dei percorsi formativi più appropriati per i mediatori, v. AA.VV., *Las competencias para la formación de la persona mediadora*, M. ROSALES ÁLAMO, L. GARCÍA VILLALUENA (Coords.), Cuemyc, 2020, Santiaho de Compostela, in *Las-competencias-para-la-formación-de-la-persona-mediadora.pdf (cuemyc.org)*.

[69] Art. 1, comma 4, lett. *n*), l. n. 206/2021.

[70] Art. 1, comma 4, lett. *m*), l. n. 206/2021.



Tanto contribuirebbe finalmente a mettere in moto le dinamiche comparative dei servizi di mediazione e, attraverso, l'orientamento delle scelte libere e consapevoli degli utenti verso le offerte migliori, animare una dinamica concorrenziale che sospinga l'efficienza del mercato. In questa direzione, seppur timidamente, si incammina la riforma italiana, che favorisce l'istituzionalizzazione dei processi partecipativi di conoscenza, formazione e miglioramento qualitativo del servizio compositivo stragiudiziale con tutti gli *stakeholders* interessati.

In maniera circolare, nel sistema della giustizia si devono sviluppare il confronto e la cooperazione tra atenei, uffici giudiziari, organismi di mediazione, docenti, magistrati, mediatori, avvocati, ordini professionali, associazioni di categoria e dei consumatori [71]. Tutti, a vario titolo, sono direttamente coinvolti e responsabilizzati nella valutazione del sistema e nell'elaborazione delle soluzioni migliorative del servizio compositivo, che nascono dalla prassi e dalla sperimentazione delle *best practices* [72].

L'applicazione del metodo scientifico, applicato nella ricerca, formazione e trasferimento delle conoscenze, in prospettiva, dovrebbe garantire l'innovazione qualitativa alle tutele stragiudiziali, l'efficienza e l'adeguatezza rispetto ai vari contesti nei quali operano, sganciandole dall'approccio rigido, burocratico, formalistico che finora le ha paralizzate. È questa, in conclusione, la sfida lanciata con l'approvazione della Legge delega italiana sulle tutele stragiudiziali che, peraltro, pare attuare gli obiettivi strategici dello sviluppo sostenibile fissati nell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e, in particolare quello n. 16: Promuovere società pacifiche e inclusive per lo sviluppo sostenibile, fornire accesso alla giustizia per tutti e costruire istituzioni inclusive efficaci e responsabili a tutti i livelli [73].

[71] Art. 1, comma 4, lett. *o*), l. n. 206/2021.

[72] Sui procedimenti partecipativi di miglioramento della qualità della mediazione, nella prospettiva europea, v. C. PILIA, *Aspectos de la mediación en el ámbito europeo*, Madrid, 2018.

[73] Objetivo 16 | Department of Economic and Social Affairs (un.org).



TIZIANA RUMI

Professoressa aggregata – Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

LA TUTELA DEL CONSUMATORE DALLE ASSERZIONI AMBIENTALI INGANNEVOLI[*]

SOMMARIO*: 1. La produzione ed il consumo sostenibile nell'Agenda ONU 2030. – 2. La comunicazione aziendale sulla sostenibilità dei prodotti e il problema del* greenwashing*. – 3. L'AGCM, il Giurì di Autodisciplina e la giustizia ordinaria sui* claim *ambientali scorretti: alcuni casi emblematici. – 4. I rimedi a tutela di consumatori ed imprese contro le pratiche commerciali scorrette aventi ad oggetto* slogan *ambientali.*

1. – Il tema oggetto del presente contributo si ricollega ad uno dei 17 obiettivi previsti dall'Agenda 2030 e, segnatamente, al numero 12, che promuove modelli sostenibili di produzione e consumo. Il raggiungimento di questo obiettivo è funzionale a realizzare gli altri obiettivi di sviluppo sostenibile [1] (dalla riduzione della fame alla tutela della salute, alla riduzione delle disuguaglianze, alla gestione sostenibile dell'acqua e dell'energia, alla promozione di modelli di crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, alla mitigazione del cambiamento climatico) e ciò conformemente a quello che possiamo dire sia il concetto *multidimensionale* di sviluppo sostenibile, uno sviluppo cioè che coinvolge tre dimensioni, integrate ed indivisibili: quella ambientale, quella economica e quella sociale [2].

Dagli 11 *target* di cui si compone il 12° *goal* dell'Agenda 2030 emerge, altresì, il fine ultimo che si in-

[*] Il testo riproduce la relazione tenuta il 27 settembre 2022 al Convegno internazionale di diritto civile "Le codificazioni e l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile", organizzato dalle Università di Cagliari e di Siviglia, nei giorni 26, 27 e 28 settembre 2022 – piattaforma Zoom.

[1] L'Agenda 2030 – adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25.9.2015 con il titolo "Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile" – consacra la dinamicità di questo concetto (dapprima considerato nella esclusiva dimensione ambientale) che, in una visione olistica di sviluppo, presenta una certa mobilità di confini ed associa alla dimensione ambientale anche quella economica e sociale. Per un esame analitico dei 17 *Sustainable Development Goals* (*SDGs*) compresi nell'Agenda, cfr. *L'agenda globale per lo sviluppo sostenibile* – Sesta edizione n. 89 Aprile 2022 – Camera dei deputati XVIII Legislatura – Documentazione e ricerche, reperibile su *https://documenti.camera.it› leg18› dossier› testi.* L'Agenda e i correlati SDGs (entrati in vigore a livello internazionale l'1.1.2016) mirano a completare ciò che gli Obiettivi di Sviluppo del Millennio (Millennium Development Goals – MGDs), previsti per il quindicennio precedente non erano riusciti a realizzare (dalla eliminazione della povertà in tutte le sue forme e dimensioni, alla lotta al cambiamento climatico). In argomento cfr., tra gli altri, M. MONTINI – F. VOLPE, *La necessità della regolazione per la sostenibilità*, in *Riv. giur. amb*., 3-4/2016, 413 ss.; ID., *Sustainable Development at a turning point*, in *www.federalismi.it*, 2 novembre 2016; M. MONTINI, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, 8.5.2019; A. BUONFRATE, *Principi del nuovo diritto dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2020; D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e mercato*, n. 3/2021, 495 ss.

[2] Lo esprime chiaramente S. BOLOGNINI, *Il consumatore nel mercato agro-alimentare europeo fra scelte di acquisto consapevoli e scelte di acquisto sostenibili*, in *Riv. dir. agrario*, n. 4/2019, 615 ss. Per considerazioni più generali vedi anche E. FERRERO, *Lo sviluppo sostenibile tra etica e diritto*, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 5/2021, 358 ss.



tende realizzare ovvero "il cambiamento radicale delle modalità con cui attualmente si producono e si consumano beni e servizi" [3]. Il raggiungimento di questo scopo presuppone, per un verso, una maggiore responsabilizzazione delle imprese che devono – concretamente e non solo dichiaratamente– svolgere la propria attività con modalità rispettose della natura ma anche di condizioni di vita e di lavoro giuste e, per altro verso, una responsabilizzazione dei consumatori affinché dirigano le loro scelte di consumo non soltanto verso prodotti con scarso impatto ambientale (consumatori *green*), ma anche nel rispetto dei diritti dei lavoratori, senza sfruttamento di manodopera a basso costo o in violazione delle normative sulla sicurezza nei luoghi di lavoro [4] (consumatori etici/critici) [5] e, soprattutto, in modo *responsabile*, cioè riducendo i consumi. Il dovere di sobrietà è una scelta di tipo quantitativo orientata alla sostenibilità; è uno stile di vita che sa distinguere tra bisogni reali e bisogni imposti. Significa un altro modo di intendere l'efficienza, non più legata al danaro, ma che garantisce il massimo servizio con il minimo impiego di risorse e la minore produzione di rifiuti [6].

Perché ciò accada appare necessario assicurare a tutte le persone le "informazioni rilevanti". Emerge, allora, come la sostenibilità (in senso ampio) dei prodotti e dei consumi non possa non impegnare intensamente le politiche di *marketing* e di comunicazione delle aziende, in tutti i settori, a cominciare da quello agro-alimentare che ha ad oggetto beni c.d. di prima necessità e che interessa la generalità dei consumatori in quanto si ritiene che convincere il consumatore a modificare le sue scelte d'acquisto nel campo alimentare [7], sarebbe il primo passo per convincerlo a cambiare il suo stile di vita con ripercussioni positive anche per il perseguimento degli altri goals indicati dall'Agenda 2030 [8].

---

[3] Si sottolinea, infatti, le necessità di passare a modelli produttivi e di consumo che assicurino: l'attuazione in tutti i Paesi del Quadro Decennale di Programmi per il Consumo e la Produzione Sostenibili, rendendo partecipi tutti i paesi più o meno sviluppati (t. 12.1); una maggiore efficienza sia nella gestione che nell'uso delle risorse naturali (t.12.2); la riduzione dello spreco alimentare (t.12.3); il raggiungimento di una gestione eco– compatibile delle sostanze chimiche e dei rifiuti, sì da ridurre considerevolmente il loro rilascio nell'acqua, nell'aria e nel suolo, e, quindi, il loro impatto negativo sulla salute umana e sull'ambiente (t.12.4); la riduzione della produzione di rifiuti (t.12.5); l'adozione, da parte delle imprese e della p.a., di pratiche sostenibili (t. 12.6 e 7) e, per quanto a noi maggiormente interessa, assicurare «che tutte le persone, in ogni parte del mondo, abbiano le informazioni rilevanti e la giusta consapevolezza dello sviluppo sostenibile e di uno stile di vita in armonia con la natura» (t.12.8).

[4] Cfr. D. GAROFALO, *Lo sfruttamento del lavoro tra prevenzione e repressione nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, in *ADL*, n. 6/2020, prima parte, 1303 ss.

[5] Già da tempo si discute di consumo "etico" e di imprese "etiche" volendo alludere al mutamento di prospettiva che caratterizza sia i metodi di produzione che i consumi. Inizialmente, le scelte di consumo erano orientate in base alla capacità della merce di soddisfare specifici bisogni dei consumatori e la preoccupazione principale per le imprese era quella di garantire il funzionamento e la conformità dei beni al contratto. Successivamente la stessa "usabilità" dei beni più che essere valutata in base all'assenza di difetti di funzionamento ed alla possibilità di goderne in modo pieno ed esclusivo, viene valutata in base a personali considerazioni dei consumatori di tipo ecologico e politico con riflessi importanti anche sulla produzione e l'offerta di merci. Anzi esiste proprio una filiera di mercato che vede attivi operatori commerciali che compiono scelte critiche nella selezione delle materie prime, verificano l'impatto sociale ed ecologico della propria attività industriale e hanno cura delle condizioni di lavoro dei propri dipendenti. Ovviamente la produzione "etica" implica costi ulteriori che i consumatori "etici" sono disposti a pagare nella convinzione che le loro scelte di acquisto contribuiscono a promuovere un mercato più giusto e più equo. In argomento, *amplie*, A. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contr. e Impr.*, n. 2/2021, 523 ss. Nella letteratura straniera in argomento, *ex multis*, cfr. ANTILL, *Socially Responsible Consumers: Profile and Implications for Public Policy*, in *Journal of Macromarketing*, 1984, 18 ss.; ATTALLA, CARRIGAN, *The Myth of the Ethical Consumer – Do Ethics Matter in Purchase Behaviour?*, in *Journal of Consumer Marketing*, 2001, 560 ss.; FREESTONE, MCGOLDRICK, *Motivations of the Ethical Consumer*, in *Journal of Business Ethics*, 2008,447; COLLINS, *Conformity of Goods, the Network Society, and the Ethical Consumer*, in *European Private Law,* 2014, 619 ss.

[6] Così M. GIORGIANNI, *Un viaggio nella storia delle guide al consumo, in cerca della nuova veste responsabile dei consumatori*, in *Politica del diritto*, n. 3/2021, 376 ss.

[7] Per un approfondimento sulla sostenibilità nella produzione alimentare cfr. C. NAPOLITANO, *Il bene alimentare: necessità e sostenibilità*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2021, 159 ss.

[8] Sulla funzione educativa della comunicazione b2c nel mercato agro-alimentare si sofferma ancora S. BOLOGNINI, *Il consumato-*



2. – La comunicazione aziendale sulla sostenibilità dei prodotti si pone al centro di un processo, per così dire, *circolare*: per un verso i consumatori si aspettano che le aziende producano beni compatibili con la tutela dell'ambiente così come dalle stesse dichiarato nella pubblicità commerciale e, per altro verso, le aziende spingono i consumatori verso l'acquisto di prodotti c.d. *green* servendosi, nel reclamizzare i loro beni, di asserzioni ambientali finalizzate alla creazione di un'immagine verde che, molto spesso, non corrisponde alla realtà [9]. Da qui l'esigenza di tutelare i consumatori da *claim green* scorretti, generatori del c.d. *greenwashing* (letteralmente tinteggiatura verde), cioè asserzioni ambientali non veritiere o comunque non scientificamente verificabili, che implicano un'appropriazione indebita di virtù ambientaliste finalizzata alla creazione di una falsa "immagine verde" [10].

Con riguardo ai *claim* ambientali, a livello europeo manca una normativa di armonizzazione del *marketing* verde, ma si riscontrano diverse normative settoriali sugli imballaggi e sull'etichettatura dei prodotti che tutelano il consumatore verso le informazioni false provenienti dalle imprese [11].

---

re nel mercato agro-alimentare europeo fra scelte di acquisto consapevoli e scelte di acquisto sostenibili, cit., 629 ss., la quale evidenzia come ad essa facciano riferimento anche altre disposizioni di matrice europea (da quelle che regolano il marchio biologico, vedi considerando 1, reg (UE) 844/2007, a quelle del reg (UE) n. 1169/2011 che prevedono l'obbligatorietà della dichiarazione nutrizionale tra le indicazioni che devono essere fornite ai consumatori in relazione agli alimenti pre-imballati, al fine di informare i consumatori sulla composizione degli alimenti ed aiutarli ad adottare decisioni consapevoli ed al fine di prevenire rischi per la salute come il sovrappeso e l'obesità che hanno ripercussioni pesanti anche in termini di costi economici e sociali per l'UE). L'obiettivo del legislatore europeo, in altri termini, non è soltanto quello di mettere il consumatore in condizione di effettuare scelte di acquisto consapevoli in relazione ai suoi interessi/bisogni personali, di tipo economico, salutistico, edonistico ecc., nel senso di sapere se sta comprando ciò che risponde ai suoi desideri, ma anche quello di *guidare* le sue condotte di acquisto, spronandolo ad assumere un ruolo più attivo nel perseguimento degli obiettivi indicati come prioritari dalle diverse politiche europee e quindi di richiamare l'attenzione del consumatore sull'impatto che le sue scelte di acquisto possono avere anche sul mondo circostante. Sicché alla responsabilità sociale delle imprese si aggiunge la responsabilità sociale dei consumatori. Non è un caso che già dagli anni '70 del secolo scorso negli stessi Paesi che hanno segnato la nascita del *consumerism* (come l'Inghilterra e gli USA) proprio al fine di tutelare l'ambiente e valutare il comportamento ambientale e sociale delle imprese siano state elaborate delle "guide" al consumo *green*, ovvero importanti strumenti di informazione che invitano a un modo di comprare «più sobrio, più pulito e più giusto». Per un esame delle problematiche connesse alle guide al consumo cfr. M. GIORGIANNI, *Un viaggio nella storia delle guide al consumo in cerca della nuova veste responsabile dei consumatori*, cit., 359 ss.

[9] Cfr. M. LIBERTINI, *La comunicazione pubblicitaria e l'azione delle imprese per il miglioramento ambientale*, in *Giur. comm.*, n. 3/2012, 331, che evidenzia come al crescente *green marketing* delle imprese si è contrapposto un movimento diretto a smascherare le eco-bugie (*greemwashing*).

[10] A. QUARANTA, *La retorica green e le comunicazioni ingannevoli: il* greenwashing *per la prima volta al vaglio del giudice di merito*, in *Ambiente & sviluppo*, 6/2022, 403 ss., definisce il fenomeno come «una forma di pubblicità ingannevole che le aziende utilizzano con il solo scopo di trarre un beneficio economico, senza però fare realmente nulla di concreto nei confronti della tutela ambientale… che affligge diversi settori produttivi (energia, edilizia, tessile solo per citare esempi eclatanti), che hanno in comune l'esistenza, nelle proprie platee di consumatori, di una concreta e reale propensione all'acquisto specificamente rivolta a prodotti e servizi a marchio *green*, e che certamente per gli operatori economici rappresenta una profittevole opportunità di business». Già nel 2008 (14 dicembre) nel Piano d'azione "*Produzione e consumo sostenibili e politica industriale sostenibile*" adottato dal Consiglio "Ambiente" si esortavano gli SM ad attuare pienamente la direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali in relazione alle dichiarazioni ambientali e si invitava la Commissione a includere le dichiarazioni ambientali negli orientamenti futuri in relazione alla direttiva sulle pcs. Sul *greenwashing* v. la recente Comunicazione della Commissione "*Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno*" (2021/C 526/01) del 29 dicembre 2021 che al punto 4.1.1 è rubricata "asserzioni ambientali". Il documento richiama altri provvedimenti europei essenziali a favorire la c.d. *transizione verde* come la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, «*Nuova agenda dei consumatori – Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile*» [COM(2020) 696 final], 13 novembre 2020; e la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni «*Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare – Per un'Europa più pulita e più competitiva*» [COM(2020) 98 final], 11.3.2020.

[11] Ad es. l'etichettatura biologica, disciplinata dal Reg. CE n. 834/2007, l'etichettatura energetica regolata dalla Dir. 92/75/CEE e quella relativa agli pneumatici dal Reg. ce 1222/2000 ecc.



A queste discipline settoriali si aggiunge la più generale direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (pcs) che, sebbene non contenga disposizioni specifiche relative agli *slogan* ambientali, onera il professionista che effettua delle dichiarazioni ecologiche di fornire informazioni veritiere e scientificamente verificabili [12]. Con riguardo alla direttiva sulle pcs acquistano particolare rilievo i criteri interpretativi contenuti negli Orientamenti della Commissione Europea per la sua attuazione [13], in relazione all'art. 6, par. 1, lett. a) e b) (corrispondenti all'art. 21 c. cons. [14]).

Negli Orientamenti si legge che tale disposizione si applica alle comunicazioni commerciali, incluse le dichiarazioni ambientali (quali testi, loghi, immagini e uso di simboli). Essa stabilisce una valutazione caso per caso della singola pratica commerciale, tenendo presente il contenuto della dichiarazione ambientale e la sua influenza sulla decisione di acquisto da parte del consumatore medio, e distingue la pratica oggettivamente ingannevole (ossia quella che contiene informazioni false e quindi non veritiere sul prodotto, sulle sue caratteristiche, sui metodi di produzione ecc.) dalla pratica soggettivamente ingannevole (dalla dichiarazione ambientale fuorviante, perché idonea ad ingannare il consumatore medio anche se contiene un'informazione corretta).

Ciò attiene piuttosto alle modalità con cui le dichiarazioni ambientali vengono presentate, alla suggestione che le stesse determinano sul consumatore circa benefici ambientali che potrebbero rivelarsi fuorvianti. L'informazione è poco chiara perché ad es. la dichiarazione si riferisce all'intero prodotto mentre riguarda solo alcune componenti (si dice confezione riciclabile quando lo è solo in parte), oppure la dichiarazione si riferisce all'impresa facendo intendere che riguarda tutti i suoi prodotti e non solo alcuni, o si tratta di vanto generico cioè costituito da espressioni generiche come ecologico, riciclabile, o ancora la dichiarazione non copre l'intero ciclo di vita del prodotto e sembra di sì perché non indica quale fase della produzione sia coperta e, nel caso di prodotti *naturaliter* dannosi per l'ambiente come i pesticidi, le autovetture, gli idrocarburi, le dichiarazioni ambientali come "green diesel" danno l'impressione fuorviante che il prodotto sia in sé rispettoso per l'ambiente o, comunque, più rispettoso di quanto non sia.

A livello nazionale, oltre alle norme del Codice del Consumo di recepimento della Direttiva, una specifica previsione sulla comunicazione ambientale è contenuta nel Codice di Autodisciplina della Comunicazione

---

[12] Le norme di riferimento sono rappresentate dagli articoli 20, 21 e 22 c. cons. La prima di esse contiene un divieto generale di pcs, ovvero di pratiche contrarie alla diligenza professionale e idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, proprio come il *green marketing* perché un *green claim* scorretto può rappresentare una pratica commerciale ingannevole laddove contenga informazioni non veritiere sulle caratteristiche del prodotto in base alle prove ed ai controlli effettuati sullo stesso e agli effetti che derivano dal suo uso. Alle informazioni false vengono equiparate, dall'art. 21 c. cons., quelle in sé vere, ma presentate in maniera ingannevole. In tal caso il ventaglio delle ipotesi è abbastanza ampio e comprende sia l'omissione di parte delle informazioni necessarie al consumatore per valutare pienamente il prodotto, o informazioni relative ad una componente del prodotto che vengono invece assolutizzate o informazioni necessarie ma rese in modo da non poter essere fruite dal consumatore ecc. Sono, infine, applicabili alcune disposizioni dell'art. 23 c. cons. relativo ad una serie di pratiche considerate in ogni caso ingannevoli (v. lett. a) falsa informazione da parte del professionista di essere firmatario di un codice di condotta; falsa esibizione di un marchio di qualità o fiducia; lett. c) falsa affermazione che un codice di condotta abbia ricevuto l'approvazione di un organismo pubblico; e lett. d) falsa affermazione dell'approvazione della pratica da parte di un organismo pubblico o privato e, comunque, della rispondenza del prodotto alle condizioni dell'autorizzazione ricevuta).

[13] Si tratta degli *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali* del 25.5.2016, COM(2016) 320 final.

[14] "È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta (…) e in ogni caso lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso in relazione: a) alla natura del prodotto; b) alle sue caratteristiche principali, vantaggi, rischi, metodi di fabbricazione, origine geografica, risultati ecc.".



Commerciale versione 2014, all'art. 12 [15], dove si individuano i criteri perché un *claim* ambientale non risulti ingannevole e non integri una pcs (e, quindi, che il vanto ambientale sia veritiero, pertinente e scientificamente verificabile e non sia fuorviante, sia cioè presentato in modo chiaro e accurato consentendo di comprendere esattamente a quale aspetto del prodotto o a quale fase della sua produzione si riferisce) [16]. La circostanza che, in questi casi, l'onere informativo per il professionista sia più rigoroso rispetto ad altri tipi di comunicazione (pretendendosi la verificabilità tecnico-scientifica delle informazioni) si traduce in un vantaggio per il consumatore perché riduce al minimo la carica *suggestiva* della pubblicità commerciale.

Ciò, però, non elimina del tutto il pericolo di *greenwashing*, per il modo con cui informazioni ambientali (sia pure in sé corrette) vengono fornite, ingenerando nel consumatore medio l'idea di un beneficio ambientale che potrebbe rilevarsi fuorviante. In dottrina [17] si fanno diversi esempi: il richiamo a benefici ambientali piuttosto vaghi e indeterminati per un prodotto ("rispettoso dell'ambiente, verde, amico della natura, ecologico, sostenibile"); la dichiarazione che un nuovo modello di lavatrice riduce il consumo di acqua del 75%, quando lo riduce solo del 25%; la dichiarazione di una confezione come riciclabile quando lo è solo in parte; la dichiarazione di un pesticida come "biodegradabile" o "positivo per l'ambiente" quando è noto che i pesticidi contengono comunque sostanze dannose per il suolo, e gli esempi potrebbero moltiplicarsi. In casi di questo genere non sono mancate pronunce, in particolare dell'AGCM, volte a sanzionare economicamente alcune imprese per pratiche commerciali considerate ingannevoli, realizzatrici di *greenwashing*.

3. – La materia delle asserzioni ambientali ingannevoli si segnala anche per le molteplici pronunce di condanna emesse da organi amministrativi e giurisdizionali che, a vario titolo, garantiscono il rispetto della normativa sulla correttezza della pubblicità e delle pratiche commerciali anche in materia ambientale. Faremo di seguito riferimento, solo esemplificativamente, ad alcune pronunce relative a *claim* ambientali al fine di evidenziare anche le difficoltà incontrate nella pratica per definire un vanto ambientale come ingannevole/scorretto [18]. Tra le varie decisioni dell'AGCM molto nota è sicuramente quella concernente la pratica commerciale di promozione di un carburante ENI ritenuto vantaggioso in termini di risparmio dei consumi e di riduzione di emissioni, con conseguente impatto positivo per l'ambiente [19].

Nel caso di specie veniva contestato da un'associazione consumeristica il vanto ambientale derivante dalla presenza nel carburante di una componente denominata *Green Diesel* e qualificata *green* o *rinnovabile*.

---

[15] «La comunicazione commerciale che dichiari o evochi benefici di carattere ambientale o ecologico deve basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili. Tale comunicazione deve consentire di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscono». In sostanza – si dice – «il claim ambientale per non essere fuorviante: deve essere presentato in modo chiaro, specifico, inequivocabile e accurato; deve basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili; non deve contenere riferimenti vaghi e generici ai benefici ambientali del prodotto offerto; deve essere formulato in modo da tenere in considerazione tutti gli aspetti rilevanti del ciclo di vita del prodotto; deve essere elaborato tenendo in considerazione la natura del prodotto; se comparativo deve basarsi sul confronto con beni che soddisfano analoghi bisogni e riguardare caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative degli stessi». Così A. LEONE, Adversiting *e tutela del consumatore verde,* in *Il diritto industriale*, 1/2021, 77.

[16] Ovviamente ciò che assume rilevanza ai fini dell'applicazione della disciplina sulle pcs è che le asserzioni ambientali decettive, utilizzate dal professionista, siano idonee a condizionare le scelte commerciali del consumatore.

[17] Cfr. A. LEONE, ocit., 85, note 37 e ss.

[18] Per una più ampia ricognizione casistico – giurisprudenziale cfr. C. PAPPALARDO, *"Sottolineare il carattere ecologico di un prodotto nell'attuale momento storico, nel quale il valore ecologico riscuote la generalità dei consensi" – Trent'anni di Green Claim nella giurisprudenza del Giurì e dell'AGCM*, in *Riv. dir. industriale*, n. 3/2021, 235 ss.

[19] Si tratta di PS11400 – *ENI Diesel+/Pubblicità ingannevole*, Provv. n. 280060 del 20 dicembre 2019.



L'AGCM ha censurato l'ENI perché aveva attribuito genericamente all'intero prodotto (e non ad una sua singola componente) un vanto ambientale in modo *suggestivo*, ingannando i consumatori circa il grande impatto ambientale positivo dello stesso (a fronte del reale e modesto impatto ambientale del prodotto offerto)[20]. Per l'AGCM era stato considerato scorretto nella pubblicità dell'ENI «utilizzare in modo non circostanziato il termine *green* e altri generici vanti ambientali» al fine di veicolare un minore effetto negativo sull'ambiente rispetto a quello di altri carburanti per autotrazione. Peraltro, nel caso di specie, si lamentava la mancanza, nei messaggi pubblicitari, degli ulteriori chiarimenti o specificazioni (c.d. *claim* di supporto) che rendevano chiaro, specifico, circostanziato e accurato il beneficio ambientale, rispetto alla capacità di comprensione del destinatario. E, poi, anche con riferimento alla componente HVO (ovvero la componente interessata dal vanto), tali concetti venivano prospettati al consumatore in maniera generale e suggestiva per indurre il destinatario dei messaggi ad associare il prodotto ad una generale idea di positività per l'ambiente, ad un impatto favorevole per lo stesso, sfruttando una accezione di 'verde' e/o 'rinnovabile' cui il consumatore medio associa una valenza positiva assoluta (causa il fenomeno psicologico di '*framing*' informativo[21] nel quale è collocato in considerazione della ampia diffusione di notizie e di messaggi promozionali nei quali si esalta la positività per l'ambiente di prodotti e processi produttivi 'verdi' e/o 'rinnovabili').

Analogamente, qualche anno prima, l'AGCM aveva sanzionato come pratiche commerciali scorrette alcuni *claim* ambientali relativi alla composizione chimica di alcune bottiglie di acqua minerale. Si tratta della PS 6302 – *Acqua S. Anna – Bio Bottle* (Provv. 24046 del 14 novembre 2012) considerata ingannevole in quanto venivano enfatizzati i risparmi di emissioni di gas prodotti da questa particolare bottiglia (*Bio bottle*), prodotta in bioplastica e non in PET. Le bottiglie interessate dalla campagna pubblicitaria, però, costituivano solo una piccola parte della produzione aziendale (lo 0,2%) e il risultato ecologico conseguito non era direttamente né esclusivamente riconducibile alla natura *bio* della bottiglia, ma piuttosto all'attività di compensazione tramite acquisto di certificati di energia rinnovabile. Il consumatore veniva, pertanto, ingannato da una sopravvalutazione del beneficio ambientale prodotto dalla bottiglia *bio* che non corrispondeva alla realtà. Sempre in materia di "acque", è stata considerata ingannevole anche la pratica 7235 – *Ferrarelle Impatto Zero* – Provv. 23278 dell'8 febbraio 2012, dove il *claim* ambientale era costituito dalle espressioni "*Prodotto a impatto zero… rispetta la natura… un impegno per l'ambiente*; *la prima acqua minerale a impatto zero*". Per l'Authority, anche in questo caso, il consumatore era portato a credere non che una minima parte (il 7%), ma l'intero processo produttivo e distributivo dell'acqua Ferrarelle fosse privo di impatto sull'ambiente, mentre si trattata di un progetto volontario di neutralizzazione di alcuni fattori inquinanti (le emissioni di CO2) e per una durata limitata. Non veniva fornita, inoltre, alcuna prova a sostegno della tesi per cui l'espressione "Impatto Zero" avesse acquisito presso il pubblico italiano un significato circoscritto alla sola compensazione delle emissioni CO2[22].

L'attività di contrasto ai *claim* ambientali scorretti ha avuto come attiva protagonista anche la giurispru-

[20] Nei fatti veniva pubblicizzato come *green* un carburante per autotrazione, per sua natura altamente inquinante, sicché l'utilizzo di vanti ambientali generici, come l'espressione green diesel, aveva creato tanta confusione sulle caratteristiche e sugli effetti di quel prodotto dall'impatto comunque negativo sull'ambiente.

[21] Si tratta del condizionamento all'acquisto che può subire il consumatore dovuto alla particolare impostazione informativa del messaggio.

[22] Si segnalano altri casi di *greenwashing* sanzionati dall'AGCM perché riconducibili alla violazione dei criteri stabiliti negli Orientamenti sull'attuazione della direttiva 2005/29/CE. Si veda, esemplificativamente, PS8438 – *Welness Innovation Project* – Pannolini naturali – Provv. 24438 del 3 luglio 2013; PI4874 – *Turconi* – Marchi e Certificazioni – Provv. n. 1472 del 14 settembre 2005; PI4927 – *Sacchetti Coop. Degradabili al 100%* – Provv. n. 1510 dell'11 gennaio 2006) ecc. Per una rapida ricognizione della giurisprudenza rilevante anche M. TAVELLA, *Comunicazione commerciale e asserzioni ambientali*, in *Il diritto industriale*, n.4/2020, 407.



denza autodisciplinare tenuta ad assicurare l'applicazione dell'art. 12 del Codice di Autodisciplina volto a garantire la correttezza della pubblicità che contenga *slogan* ambientali suscettibili di influenzare le scelte dei consumatori. In particolare le pronunce del Giurì sanzionano la dichiarazione, come assoluti, di vantaggi ambientali inesistenti o solo parziali. Si pensi alla pronuncia che ha considerato ingannevole l'uso dell'aggettivo *biodegradabile* associato all'avverbio "completamente", "senza riferimento alcuno al Reg. CE 648/2004 dove il concetto di completa biodegradabilità viene posto in relazione con le sole materie prime vegetali impiegate e non anche con gli additivi privi di efficacia detergente rischiando… di indurre in errore il consumatore medio il quale disconoscendo la normativa comunitaria potrebbe ritenere che "completamente" sia sinonimo di integralmente al 100%[23]. Analogamente è a dirsi dell'uso del termine ecologico da intendersi sempre in senso relativo e non assoluto[24]. Altre volte, però, lo stesso Giurì dovendo decidere sull'ingannevolezza di *claim* ambientali come "Amici dell'ambiente" o "100% di componenti attivi di origine vegetale" *et similia* è pervenuto a conclusioni diverse. Ad es. nella pronuncia n. 15/2014[25] ha escluso che tali espressioni inducessero ad intendere i vantaggi in termini assoluti, ritenendo che il consumatore medio, sen-

[23] Di recente si veda la pronuncia del Giurì n. 39/2018 dell'11 maggio 2018 (*Madel S.p.A. c. Real Chimica S.r.l.*), in cui il messaggio pubblicitario del detergente *Chanteclair Vert* "100% Vert" – "Qualità 100% Vert Certificata" – "100% attivi di origine vegetale" – "Proprietà 100% Vert" – "Completamente biodegradabili" – "Da fonti rinnovabili" è stato considerato in contrasto con l'art. 2 c.a. limitatamente al claim "completamente biodegradabile".

[24] Tra le ingiunzioni del Comitato di controllo, ad es., segnaliamo alcune ingiunzioni tratta dall'archivio IAP: l'ing. n. 46/21 del 12 novembre 2021, nei confronti di *Anticimex S.r.l.; La7 S.p.A.; CAIRORCS MEDIA S.p.A.* e relativa al messaggio pubblicitario che il prodotto Anticimex "… *offre soluzioni di disinfestazione e derattizzazione smart … 100% green*". Tale espressione è stata considerata in contrasto con l'art. 12 c.a. in quanto «l'affermazione "100% green" non risulta in linea con quanto richiesto all'art. 12 del Codice, poiché il messaggio non permette di comprendere con chiarezza attraverso quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata si ottenga il beneficio ambientale vantato in termini così assoluti e perentori, che resta pertanto del tutto generico»; l'ing. n. 9/21 del 24/2/2021 nei confronti di *Bluenergy Groop SpA* relativamente al messaggio pubblicitario "*Blu come il nostro gas a zero emissioni. Energy, come la nostra energia da fonti verdi e pulite. Con Bluenergy hai luce e gas a impatto nullo e zero sorprese", "gas a zero emissioni*". Il messaggio in questione è stato considerato in contrasto con gli artt. 2 e12 c.a. perché «tali affermazioni veicolano promesse esorbitanti, idonee a indurre in errore i consumatori, in contrasto con i principi di correttezza e trasparenza posti alla base delle norme autodisciplinari. I claim "gas a zero emissioni" e "luce e gas a impatto nullo" accreditano infatti l'erroneo convincimento che la combustione del gas al domicilio non produca emissioni e che l'azienda in questione abbia messo in funzione comportamenti virtuosi capaci già di garantire in assoluto i perentori risultati vantati, laddove invece un'attività produttiva senza alcun impatto sull'ambiente non è di fatto concretizzabile, se non in termini di compensazione. Ma a tal proposito messaggio non permette di comprendere con chiarezza, come peraltro richiesto dall'art. 12 del Codice, attraverso quale aspetto dell'attività produttiva si ottengono i benefici ambientali vantati». Quanto alle pronunce del Giurì, sono molto note quelle che hanno considerato in contrasto con il c.a. i messaggi pubblicitari relativi al detergente per lavastoviglie "*Finish Quantum Multimed*". Si tratta del provvedimento n. 16 bis/2020 del 21 aprile 2020 (*Henkel Italia S.r.l. c. Reckitt Benckiser Commercial Italia S.r.l.*), dove il vanto ambientale utilizzato era funzionale ad accreditarsi *un plus ambientalistico, un pregio differenziale* – il rendere superfluo il pre-risciacquo delle stoviglie – in realtà condiviso con altri prodotti similari; e sempre nel senso del contrasto con il c.a. si collocano le decisioni relative al detergente "*Finish Quantum Ultimate*": vedi i provvedimenti n. 21/2020 del 25 maggio 2020 (*Henkel Italia S.r.l. c. Reckitt Benckiser Commercial Italia S.r.l.*) e n. 38/2020 del 23 luglio 2020 (*Comitato di Controllo c. Reckitt Benckiser Commercial Italia s.r.l.*). In qualche occasione, invece, il Giurì ha considerato corretto l'uso degli slogan ambientali. Sempre del 2020 è la decisione relativa ai messaggi pubblicitari concernenti la "Nocciolata Rigoni". Nella decisione n. 27/2020 del 22 luglio 2020 (Unione Italiana per l'Olio di Palma Sostenibile c. Rigoni Asiago S.r.l.) il messaggio pubblicitario che definiva la nocciolata "buona per me e buona per il pianeta perché biologica e senza olio di palma", è stato ritenuto conforme al c.a. in quanto la dicitura "senza olio di palma" veicolava un'informazione veritiera sulla conformazione del prodotto e potenzialmente rilevante per il consumatore, e la rivendicazione ambientale era collegata al carattere biologico del prodotto come dimostrato dall'art. 6 del c.a. Un altro esempio di *green claim* corretto si ha nella pronuncia n. 40/2019 del 23 luglio 2019 (*Froneri Italy s.r.l. c. Unilever Italia MKT Operations s.r.l.*), in cui il Giurì si è pronunciato sulla pubblicità relativa al *packaging* del gelato *Carte d'Or* "tutto il gusto di sempre … rispettando l'ambiente" – "COMPOSTABILE – RECUPERAMI NELL'UMIDO" – "riciclabili e compostabili" ed ha ritenuto il bollino verde con la dicitura "compostabile" posto sulle confezioni di gelato Carte D'Or conforme alle norme del Codice.

[25] Si tratta della pronuncia *Comitato di Controllo c. Realchimica* in archivio IAP.



sibile alle tematiche ambientali non può non mettere in conto che «qualunque prodotto è fabbricato producendo inquinamento ed è esso stesso inquinante per più profili, così come inquinanti sono la più parte delle attività umane…». Di conseguenza sarebbe inverosimile supporre che tale consumatore concluda che gli 'ecodetergenti' per il fatto di essere 'amici della natura' e 'creati nel rispetto dell'ambiente' siano stati 'creati' senza inquinare e siano privi in assoluto di proprietà od effetti inquinanti [26]. La difficoltà di giudicare l'ingannevolezza di determinati vanti ambientali emerge, infine, da alcune pronunce dei giudici amministrativi.

Interessante è la vicenda giudiziaria concernente la diffusione di messaggi pubblicitari relativi all'acqua minerale naturale *S. Benedetto*, che vede giungere a risultati opposti il Tar ed il Consiglio di Stato. Con provvedimento n. 20559 del 10 dicembre 2009, l'Antitrust, a conclusione del procedimento PS 4026, aveva qualificato come pratica commerciale scorretta quella posta in essere dalla società S. Benedetto, consistente in vanti ambientali che evidenziavano lo sforzo del professionista di ridurre le emissioni dannose connesse alla produzione delle bottiglie in PET. Il messaggio pubblicitario valorizzava le caratteristiche di ecosostenibilità della bottiglia in plastica utilizzata per commercializzare l'acqua minerale naturale. Tale bottiglia, denominata "eco friendly" veniva pubblicizzata con la dicitura "– Plastica + Natura" e si specificava che le bottiglie erano "prodotte con meno plastica, meno energia e più amore per l'ambiente". Inoltre, si specificavano le percentuali di riduzione dell'impiego di plastica per i diversi formati delle bottiglie unitamente all'affermazione di un risparmio di emissioni di CO_2 pari a 16.000 ettari di nuovo bosco impiantato. Tali messaggi, per l'Autorità, contrastavano con gli artt. 20 e 21, lett. b) c. cons., per la loro ingannevolezza rispetto ai risultati ottenuti dal professionista nella riduzione del peso delle bottiglie utilizzate e al conseguente risparmio energetico. Accertata la scorrettezza della pratica l'AGCM ne vietava l'ulteriore diffusione e condannava la società ad una sanzione amministrativa pecuniaria di 70mila euro. La società propone ricorso al TAR per l'annullamento del provvedimento sanzionatorio e lo ottiene. Per i g. a. l'AGCM, nell'escludere che la documentazione prodotta dalla società fosse idonea a comprovare la riduzione progressiva del peso delle bottiglie, avrebbe ignorato in realtà la documentazione tecnica, elaborata dalla società e presentata all'Autorità, sulla diminuzione del 30% della quantità di plastica impiegata per le bottiglie, sol perché proveniente dalla società interessata, essendosi limitata ad affermare che l'elaborazione tecnica aziendale era insufficiente e inattendibile, sicché i vanti "prestazionali" e "ambientali" presenti nei messaggi pubblicitari apparivano utilizzati in modo scorretto causa l'omessa produzione di dati, studi, relazioni. Il TAR contesta il modo di procedere dell'Autorità considerandolo pretestuoso in quanto quest'ultima non aveva compiuto alcuna istruttoria per dimostrare la non veridicità dei messaggi pubblicizzati [27]. L'AGCM fa appello che viene

[26] Critica questa decisione A. LEONE, Adversiting *e tutela del consumatore verde*, cit., 89 s. per il quale le questioni sui benefici ecologici pongono normalmente questioni incerte persino agli addetti ai lavori per cui, a maggior ragione, dovrebbero risultare difficili per il consumatore privo di sensibilità per le tematiche ambientali. Da qui la necessità che ai consumatori sia assicurata «un'informazione accurata e verificabile senza che il consumatore si avventuri autonomamente in processi di decodifica non scontata dei messaggi».

[27] Gli Orientamenti, al par. 6.2, prevedono che "le ispezioni devono essere efficaci, chiare e trasparenti, basate su procedure documentate e far riferimento a criteri verificabili che sono alla base delle indicazioni date dal regime di certificazione". Un importante supporto della comunicazione verde sono, infatti, le certificazioni ambientali che consentono al consumatore di avere certezza sulla reputazione ambientale dell'azienda o sulla reale eccellenza delle performance ambientali del prodotto o del servizio da acquistare. Le forme di certificazione ambientale sviluppate dalla Commissione Europea e dalle organizzazioni internazionali a disposizione delle aziende che vogliono utilizzarle come strumenti di marketing possono essere certificazioni che riguardano l'intero sistema di gestione ambientale dell'azienda (SGA), basate sulla norma ISO14001 e sul Reg. CE 1221/2009, e concernenti, appunto, tutta la produzione ed i processi aziendali, oppure certificazioni che riguardano il singolo prodotto ed il suo ciclo di vita. Tra queste ultime si registrano le etichette ambientali di tipo 1, come il marchio Ecolabel, affidate ad un ente indipendente che certifica l'intero ciclo di vita del prodotto; le etichette con autodichiarazioni ambientali volontarie, di tipo 2, provenienti dallo stesso produttore e non da un ente



accolto dal Consiglio di Stato con la sentenza del 27 aprile 2017, n. 1960[28] che richiama gli Orientamenti della Commissione Europea sull'attuazione della direttiva 2005/29/CE dove, all'art. 5.1, si afferma che quando le asserzioni ambientali non sono veritiere o non possono essere verificate (come nel caso di specie) la pratica viene considerata *greenwashing* e viene inibita e sanzionata. In particolare, negli Orientamenti si specifica che gli SM attribuiscono agli organi giurisdizionali o il potere: a) di esigere che il professionista fornisca prove sull'esattezza delle allegazioni fattuali connesse alla pratica commerciale; b) di considerare inesatte le allegazioni fattuali, se le prove richieste non siano state fornite o siano ritenute insufficienti dall'organo giurisdizionale. Quindi, la prova della veridicità anche scientifica delle asserzioni ambientali deve essere fornita dal professionista (v. art. 12 Direttiva 2005/29/CE) su cui grava un obbligo di documentazione aggiornato e anteriore all'avvio del procedimento istruttorio da parte dell'Autorità. Nel caso di specie, invece, la società aveva richiesto ad un ente certificatore la certificazione di qualità delle bottiglie solo dopo l'avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità e, soprattutto, la società non aveva fornito dati e studi che comprovavano l'equivalenza tra il risparmio energetico conseguente alla minore quantità di plastica impiegata nelle bottiglie e la riduzione di emissioni di CO_2[29].

A testimonianza di una giurisprudenza oscillante vi è, da ultimo, l'esperienza del Tribunale di Gorizia (la prima pronuncia di merito sui vanti ambientali)[30]. Il Tribunale di Gorizia in un'ordinanza del 25 novembre 2021 ha considerato i messaggi pubblicitari denunciati dalla parte ricorrente Alcantara s.r.l. molto generici (scelta naturale, amica dell'ambiente, microfibra ecologica) e idonei a suggestionare i consumatori fornendo un'immagine *green* dell'azienda senza dar conto, però, delle politiche aziendali che consentono un maggior rispetto per l'ambiente e riducono l'impatto che produzione e commercializzazione di un tessuto di derivazione petrolifera (la microfibra) ha sull'ambiente. Peraltro vengono contestati *claims* come "riciclabilità totale (100%)" del tessuto al termine del ciclo di vita del prodotto; "utilizzo di coloranti naturali" senza che fosse possibile verificarlo e "riduzione del consumo di energia e delle emissioni di CO2 dell'80%" effettuata ricorrendo a metodi di calcolo inesatti. In considerazione di ciò il Tribunale ha previsto l'inibitoria immediata dei

terzo certificatore, e le dichiarazioni ambientali di prodotto, di tipo 3, basate su indicatori predefiniti e validate da un ente indipendente accreditato. In Italia, il legislatore ha introdotto uno schema volontario nazionale di valutazione dell'impronta ambientale, denominato "*Made Green in Italy*", istituito con legge n. 221/2015, avente l'obiettivo di incrementare la competitività del nostro sistema produttivo, valorizzando i prodotti ad elevata qualificazione ambientale sui mercati nazionali ed internazionali. Ovviamente soltanto in presenza dei requisiti ambientali richiesti le nostre aziende potranno essere autorizzate dal Ministero dell'Ambiente ad utilizzare il logo "*Made Green in Italy"* per un periodo di tre anni e con possibilità di rinnovo.

[28] Cfr. banca dati ONELEGALE voce *Concorrenza e Pubblicità*, 11 agosto 2022. Per un caso più recente di *greenwashing* su cui è intervenuta la massima giurisdizione amministrativa cfr. CONS. STATO 8.2.2021, in banca dati ONE LEGALE, voce *Energia elettrica– Sanzioni amministrative e depenalizzazione*. Anche in questa ipotesi – a seguito appello avverso una sentenza del TAR Lazio n. 8470/2018, che confermava il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM contro la società S.E. S.r.l. per pratica commerciale scorretta consistente nell'uso del *claim* "a costo zero" relativo all'installazione di impianti fotovoltaici (*claim* idoneo a fondare ragionevoli aspettative di gratuità negli acquirenti) e disponendone la cessazione con la previsione di una sanzione amministrativa complessiva di 40.000 euro – il Consiglio di Stato ha ritenuto l'appello inammissibile confermando il corretto operato dell'AGCM.

[29] Peraltro, l'osservanza della diligenza professionale avrebbe imposto al professionista di comunicare informazioni e risultati solo a fronte di precisi, attendibili e verificabili riscontri scientifici e documentali. In questo senso si era già espresso il Consiglio di Stato nel 2015 dove si è ribadito che "l'onere di completezza e chiarezza informativa imposto dalla normativa di settore ai professionisti richiede, in sostanza, alla stregua del canone di diligenza, che ogni comunicazione ai consumatori rappresenti i caratteri essenziali di quanto la stessa mira a reclamizzare. Sotto tale profilo, ad integrare una pratica commerciale scorretta ai sensi del Codice del Consumo può rilevare ogni omissione informativa che, se del caso combinandosi con la enfatizzazione di taluni elementi del servizio offerto, renda non chiaramente percepibile il reale contenuto ed i termini dell'offerta o del prodotto, inducendo in tal modo in errore il consumatore e condizionandolo nell'assunzione di comportamenti economici che altrimenti non avrebbe adottato".

[30] Sul punto cfr. A. QUARANTA, *La retorica green e le comunicazioni ingannevoli: il* greenwashing *per la prima volta al vaglio del giudice di merito,* in *Ambiente & sviluppo*, n. 6/2022, 403 ss.



vanti ingannevoli con la penalità da 1.000 a 10.000 euro (mezzi di coercizione indiretta) in caso di mancato adempimento, oltre alla pubblicità dell'ordinanza sul sito internet dell'azienda. Qualche mese più tardi, però, lo stesso Tribunale friulano ha accolto il reclamo della parte soccombente contro l'ordinanza cautelare con cui aveva dichiarato ingannevoli i messaggi pubblicitari, ritenendo il ricorso infondato per difetto del presupposto del *periculum* ed ha, quindi, accolto integralmente il reclamo proposto da MIKO S.r.l., revocando l'ordinanza di primo grado. Ciò in quanto non era stata offerta alcuna prova del fatto che la comunicazione "verde" di MIKO S.r.l. avesse determinato la perdita o un concreto rischio di sviamento di clientela a suo favore. La replica della ricorrente Alcantara passa per il giudizio ordinario dove si attende la valutazione sulla ingannevolezza o meno dei claim ambientali veicolati da MIKO S.r.l. [31]

4. – Le condotte imprenditoriali produttive di *greenwashing,* per un verso, ledono la capacità dei consumatori di effettuare scelte commerciali libere e consapevoli a causa dell'ingannevolezza dei messaggi pubblicitari ricevuti e, per altro verso, danneggiano le imprese concorrenti, spesso vittime di concorrenza sleale sotto forma di comparazioni scorrette e di sviamento di clientela. Si pone, allora, l'esigenza di individuare il ventaglio di possibili rimedi che consumatori e imprese concorrenti lese da condotte di *greenwashing* possono esercitare in presenza della c.d. responsabilità "sociale" delle imprese scorrette [32].

Ed infatti, in presenza di vanti ambientali ingannevoli le imprese inserzioniste, oltre a venire sanzionate economicamente [33] dall'AGCM e/o con l'inibitoria del messaggio pubblicitario dall'autorità disciplinare, risponderanno per aver violato i rigorosi obblighi di informazione su di esse gravanti e la loro responsabilità finirà per assorbire anche quella aggiuntiva e imputabile agli eventuali terzi impegnati nella filiera *green* [34], al fine assicurare il rispetto dei protocolli che stanno alla base di eventuali certificazioni o dei requisiti di sostenibilità che vengono pubblicizzati. La responsabilità della comunicazione commerciale ingannevole, infatti, non può che restare in capo al professionista produttore del bene come confermato dal Consiglio di Stato

---

[31] Cfr. E. SIMIONATO, *Alcantara – MIKO: è condanna al greenwashing*, in *www.iusinitinere.it* del 23 dicembre 2021. La sentenza Trib. Gorizia, 25 novembre 2021 è reperibile nella banca dati *ONE LEGALE WKI* voce *Concorrenza e pubblicità*, *Concorrenza sleale*.

[32] Sulla responsabilità "sociale" delle imprese cfr. F. BERTELLI, *I green* claims *tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. e Impr*., n. 1/2021, 286 ss., ove ampi riferimenti alla letteratura straniera, nonché C. ANGELICI, *Divagazioni sulla «responsabilità sociale» d'impresa*, in *Riv. soc*., 2018, 3 ss. Tra gli esempi di responsabilità sociale delle imprese parecchio noto è lo scandalo *dieselgate*. In argomento, *ex multis*, E. CAMILLERI, *Consumatore – «qualità pubblicizzate e affidamento del consumatore. Spunti per il caso dieselgate»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 704 ss. GARACI, *Il* dieselgate. *Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind*., 2018, I, 61 ss.; RAJNERI, *Illeciti lucrativi, efficacia dissuasiva dei rimedi e responsabilità sociale d'impresa. Riflessioni a margine del «dieselgate»*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2017, 397 ss.; F. BERTELLI, *Profili civilistici del «dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità,* Napoli, 2021. In giurisprudenza cfr. Trib. Venezia, 7 luglio 2021, in *Danno e resp*., n. 2/2022, 239 ss., con nota di P. SANTORO, *Dieselgate italiano: (e)mission impossible. Il Tribunale di Venezia accoglie la class action e, in sintonia con i Tribunali di Avellino e Genova, riconosce il risarcimento dei danni da illecito antitrust e da pratiche commerciali scorrette*; e in *NGCC*, n. 6/2021, con nota di F. RUGGIERO, Class action*, pratiche commerciali scorrette e danni non patrimoniali: la recente pronuncia del Tribunale di Venezia*.

[33] Occorre sottolineare, infatti, che le pronunce di condanna per pratiche commerciali scorrette da parte dell'AGCM sono costituite da sanzioni economiche spesso elevate come i 5 milioni di euro inflitti all'ENI. Questo può rappresentare un valido deterrente per le aziende che fanno *greenwashing* anche se un deterrente più efficace è sicuramente rappresentato dalla perdita di reputazione e di credibilità dell'impresa che, a sua volta, può tradursi nella riduzione di investimenti, di partners commerciali o nella perdita del potere di mercato. Per un inasprimento delle sanzioni economiche si veda anche la nuova direttiva sulle pcs (2019/2161/UE) che eleva le stesse al 4% del fatturato annuo del professionista nello Stato membro interessato.

[34] Ci sono, cioè, soggetti che, a vario titolo, collaborano alla realizzazione del prodotto ecosostenibile, poi pubblicizzato con i *green claims*. E ciascuno di essi, per non incorrere in un deficit di diligenza professionale, deve rispettare i propri obblighi.



in una pronuncia del 2012 [35]. Peraltro, la circostanza che si tratti di una responsabilità da illecito aquiliano esclude altresì la possibilità, da parte del produttore dei beni, di introdurre clausole contrattuali di esonero da responsabilità [36].

Sotto il profilo rimediale occorre distinguere i rimedi spettanti alle imprese pregiudicate [37] dalla pubblicità ingannevole, dai rimedi che possono, invece, invocare i consumatori. Le prime, contro gli illeciti concorrenziali, dispongono di una tutela giurisdizionale ordinaria al fine di ottenere il rispetto della disciplina sulla pubblicità ingannevole (v. art. 8, comma 15, d.lgs. n. 145/2007) e l'attuazione dell'art. 2598, n. 3, cod. civ., norma che considera sleale ogni comportamento che utilizza ogni mezzo «non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda», e che è espressione, anche nei rapporti tra imprese, della clausola generale di correttezza e buona fede [38]. A ciò si aggiunge anche la possibilità di agire in via preventiva con l'azione inibitoria cautelare come è avvenuto nel caso della citata sentenza Tribunale di Gorizia 25 novembre 2021.

Sul fronte consumeristico può dirsi che la protezione del consumatore contro i *claim* ambientali sia appannaggio, quasi esclusivo, della normativa sulle pratiche commerciali scorrette e del rimedio civilistico consistente nell'annullamento del contratto per dolo. Questi ultimo strumento di tutela, però, presuppone la conclusione di un contratto da parte del consumatore, opera cioè a "danno fatto" poiché il consumatore, per effetto delle false informazioni circa le scelte etiche e sociali d'impresa, ha preso decisioni commerciali che in assenza dell'inganno non avrebbe assunto [39].

---

[35] Si tratta di Cons. Stato, sez. IV, n. 4753/2012 per il quale: "l'interposizione di uno o più soggetti nel rapporto fra l'operatore commerciale e la clientela non esclude la responsabilità dell'operatore, né attribuisce alla stessa natura oggettiva. Infatti devono essere ricondotte ai parametri della responsabilità colposa eventuali violazioni dell'obbligo di diligenza professionale assunto dal Codice del Consumo a criterio principe di imputazione, in termini di colpevolezza, delle pcs lesive delle sfere giuridiche dei consumatori (siano detti parametri qualificati come *colpa da organizzazione, oppure come* culpa in eligendo *o* in vigilando)".

[36] Cfr. Tar Lazio, 9 marzo 2018, n. 3063, PS 10543 – *Alfa caravan Omologazione Veicolo* – Provv. n. 26325, ma anche Giurì n. 45/2018. In dottrina evidenzia A. LEONE, *op. cit*., 93 che la responsabilità nell'ambito del rapporto professionista/terzo incaricato si muove su un piano di completa estraneità rispetto a quello fra professionista e consumatore. Diversamente – si dice – «l'effetto deterrente della sanzione applicata in caso di pcs verrebbe neutralizzato sottraendo di fatto il professionista alla responsabilità da illecito amministrativo».

[37] Nello specifico i concorrenti potrebbero essere indirettamente danneggiati dal vantaggio competitivo ottenuto dall'azienda che si professa socialmente responsabile e, così facendo, «attira» i consumatori etici; oppure potrebbero esserlo direttamente perché il timore di subire le conseguenze delle ricadute reputazionali favorevoli alla concorrente dichiaratasi socialmente responsabile, li induce a sopportare i costi necessari per «uniformarsi» alle politiche di CSR che risultino dichiarate a mero scopo reclamistico. Così F. BERTELLI, op. cit., 303.

[38] Sul punto, in particolare G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, 113.

[39] Lo rileva bene C. MAGLI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa*, in *Contr. e Impr*., n. 2/2019, 731 ss. la quale evidenzia anche il problema del dolo omissivo ovvero l'ipotesi in cui il professionista ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno ai fini di prendere una decisione commerciale consapevole e che lo induca – o sia idonea ad indurlo – a prendere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso e le ipotesi nelle quali un professionista occulti o presenti in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti, o non indichi l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risultino già evidenti dal contesto e quando, in uno o nell'altro caso, ciò induca o è idoneo a indurre il consumatore che non avrebbe altrimenti preso. Si tratta di ipotesi cui la normativa sulle pcs dà rilievo, ma lo stesso non è a dirsi per la disciplina codicistica tanto che, per la giurisprudenza (Cass., 8 maggio 2018, n. 11009, in *Giust. civ. mass.*, 2018; Cass., 30 marzo 2017, n. 8260, in *Giust. civ. mass*., 2017) la fattispecie di dolo omissivo potrà determinare l'annullamento del contratto «solamente qualora l'inerzia o il silenzio di uno dei contraenti si inserisca in un comportamento complesso, adeguatamente preordinato, con malizia ed astuzia, ad ingannare la controparte». Di conseguenza – si dice – «qualora il professionista ometta di informare il consumatore con riguardo a scelte sociali concernenti le modalità di produzione del bene (e che incidono, per esempio, in materia di sostenibilità ambientale) il predetto silenzio non comporta automaticamente l'annullamento del contratto ma, a tal fine, il consumatore dovrà fornire la non agevole prova che la condotta complessiva posta in essere dal professio-



E, ancora, sempre nell'ottica di una tutela *ex post*, il comportamento socialmente irresponsabile dell'impresa che ha indotto il consumatore ad acquistare un bene di consumo rivelatosi difforme rispetto alle dichiarazioni pubbliche (messaggi pubblicitari, volantini, opuscoli ecc.) rese dal venditore, potrebbe essere sanzionato con i rimedi previsti dalla disciplina sulla vendita dei beni di consumo, in particolare con quelli redibitori (risoluzione del contratto, riduzione del prezzo) più il risarcimento del danno, che consentirebbero al consumatore di liberarsi da un acquisto non corrispondente alle proprie scelte etiche [40].

A questo punto occorre chiedersi che tipo di tutela possono invocare i consumatori in assenza non soltanto di un contratto ma anche di una condotta in cui la falsità della dichiarazione da parte dell'impresa non comporti un immediato e diretto pregiudizio nei loro confronti. Detto altrimenti: a quali rimedi hanno diritto i consumatori che, in assenza di un illecito concorrenziale o di un difetto di conformità dei beni acquistati, si siano comunque affidati circa la veridicità di quanto dalle imprese falsamente declamato, o degli impegni da queste falsamente assunti [41]? Parte della dottrina ritiene che le imprese che utilizzino *claims* ambientali ingannevoli siano comunque responsabili nei confronti degli *stakeholders* esterni in quanto con le loro condotte violano la diligenza professionale (cui fa riferimento l'art. 20 c. cons. che contiene la definizione generale di pcs [42]) oltre che i principi di correttezza e buona fede.

Come si è giustamente osservato «gli impegni verso la sostenibilità che un professionista ha volontariamente dichiarato di assumere concorrono nella determinazione della misura in cui è ragionevole immaginare che il consumatore riponga aspettative riguardo all'adozione di determinate politiche imprenditoriali ed integrano così la valutazione del comportamento dell'imprenditore secondo buona fede e correttezza [43]… La diligenza professionale, dunque, pone in capo al debitore obblighi collegati allo specifico settore di appartenenza, che concorrono nella stessa determinazione della conformità della condotta alla buona fede e in relazione all'inadempimento dei quali è possibile giustificare un giudizio negativo sulla pratica commerciale posta in essere» [44].

---

nista medesimo è intenzionalmente finalizzata a trarre in inganno il consumatore stesso al fine di limitare la capacità del medesimo di prendere una decisione consapevole ed influenzare con l'inganno le decisioni di natura commerciale relative ai prodotti».

[40] Per questa possibilità cfr. ancora C. MAGLI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa*, cit., 734 s. la quale evidenzia come i rimedi ripristinatori, oltre a risultare sproporzionati ed eccessivi, sarebbero anche inutili con riferimento all'obiettivo di moralizzare l'attività produttiva dell'impresa.

[41] Si pensi, ad es., alle ipotesi in cui l'impresa non tenga fede agli impegni contenuti nel codice di condotta che la stessa si è impegnata a rispettare e che ha inserito nel proprio *sito web*.

[42] Sul carattere di principio generale dell'art. 20 c. cons. su cui fondare l'interpretazione dell'intera disciplina cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e Impr.*, 2009, 78.

[43] L'art. 18 lett. h) del c. cons. definisce la diligenza professionale come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista». Come è stato giustamente osservato in dottrina (cfr. G. DE CRISTOFARO, *Sub art. 20*, in G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, II ed., Padova, 2013), il concetto di diligenza professionale è nozione propria ed autonoma della disciplina delle pcs che nulla ha a che fare con la nozione civilistica di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e di colpa nell'illecito civile extracontrattuale. Le regole di diligenza professionale sono «regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato grado/livello di conoscenze specialistiche, di cura e d'attenzione (alla sfera degli interessi patrimoniali dei consumatori…) che il professionista è tenuto ad osservare nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori». Il livello di competenza e di attenzione dovuto dal professionista viene determinato in base ai parametri della correttezza e della buona fede dovuti nel settore di attività del professionista. Di conseguenza cautele, comportamenti e livello di cura e competenza dovuti *ex fide bona* dal professionista varieranno sia in relazione ai destinatari della pratica, sia in relazione alle caratteristiche che connotano il settore di attività del professionista. Sui rapporti tra diligenza professionale e buona fede cfr. altresì M. LIBERTINI, *op. ult. cit*., 89 ss. e F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv*., 2010, 1160.

[44] Così F. BERTELLI, *op. cit*., 300.



Di conseguenza il professionista che non rispetta gli impegni presi lede l'affidamento dei consumatori e risponderà in base al principio di buona fede che «opera in tutte le ipotesi in cui le sfere giuridiche di più soggetti entrano in relazione, dando vita ad autonomi obblighi di protezione che affondano le proprie radici nel dovere di solidarietà costituzionale». In altri termini – si dice – «il dovere di comportarsi secondo buona fede … investe tutte le situazioni in cui più sfere giuridiche sono messe in relazione, permette di calare il principio di solidarietà costituzionale all'interno dei rapporti tra l'impresa, che promette comportamenti socialmente responsabili, e gli *stakeholders* esterni» [45].

A dire il vero, nel diritto dei consumi esiste una tendenza largamente diffusa ad attribuire valore al principio di buona fede a prescindere dall'esistenza di un contratto tra le parti o dall'avvio di trattative. Si pensi al carattere immodificabile e vincolante delle informazioni rilasciate dal professionista nella fase antecedente la conclusione del contratto. Il fenomeno, noto in dottrina con l'espressione «contrattualizzazione degli obblighi informativi» [46], ha trovato riscontro in diverse disposizioni normative. Se ne rinviene traccia, intanto, nell'art. 49, comma 5, c. cons. per il quale, in materia di contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, le informazioni «formano parte integrante del contratto» e non possono essere modificate «se non con accordo espresso delle parti» [47]. La disposizione è, dal nostro punto di vista, molto rilevante, sia per il suo carattere *generale* [48] in quanto applicabile agli obblighi di informazione riguardanti tutti i contratti che vengono stipulati con modalità c.d. "pericolose" [49], sia per la sua «spiccata attitudine rimediale» essendo in grado di «governare le conseguenze civilistiche in un ampio spettro di violazioni degli obblighi informativi e segnatamente in tutte quelle ipotesi che generano una difformità tra il contenuto delle informazioni e quello del contratto» [50].

---

[45] Cfr. ancora F. BERTELLI, *op. cit*., 313.

[46] Cfr. E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contratti*, 2011, 980 s., ma in generale sul principio di vincolatività delle informazioni precontrattuali rese al consumatore prima della stipula del contratto vedi, tra gli altri, G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 708 s.; F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv.*, sez, comm. XI, Torino, 1995, 484; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, 45 ss.; T. FEBBRAJO, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006, 130 ss.; F. GRECO, *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1140; G. D'AMICO, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, 592; G. GRISI, *Gli obblighi di informazione,* in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 150 ss.; ID., *Informazioni (obblighi di)*, in *Enc. dir*., *Annali,* Milano, 2011, 624; R. ALESSI, Consensus ad idem *e responsabilità contrattuale,* in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, cit., 128 ss.; RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012. In giurisprudenza cfr., esemplificativamente, Trib. Ferrara 28 settembre 2007, in *Banca borsa tit. cred*., 2008, 165.

[47] Per un commento alla disposizione cfr., per tutti, F. RENDE, *Sub art. 49*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo*, *Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, Padova, 2015, 124 ss.

[48] La vincolatività delle informazioni precontrattuali, viene accolta, quale regola generale, anche in alcuni strumenti di *soft law* (art.4:105 dei *Principi Acquis*; nel *Draft Common Frame of Reference*, all'art. 3:109 del II libro delle *Model Rules*; nell'art. 69 dell'Allegato I della Proposta di regolamento relativo ad un «diritto comune europeo della vendita», c.d. Cesl). Sul punto riferimenti in T. FEBBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Ce I/Europa*, n.2, 2015, 496 ss.

[49] L'espressione – idonea ad alludere il carattere subdolo e ingannevole delle tecniche contrattuali impiegate nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali o a distanza – appartiene a G. D'AMICO, voce *Formazione del contratto*, cit., 575.

[50] Così T. FEBBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e il suo impatto sulle tutele contrattuali*, cit. 495. L'A. evidenzia anche la logica della previsione in commento, data dalla circostanza che «il consenso del consumatore matura sulla base delle informazioni preliminari e non già sull'analisi del documento negoziale ed è volta a scongiurare l'inserimento, nelle condizioni generali di contratto, di clausole «a sorpresa». Il contratto potrà avere un contenuto difforme rispetto a quello delle informazioni solo in presenza di un accordo tra le parti». Sulla natura vincolante dell'informazione precontrattuale vedi, altresì, R. ALESSI, *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel diritto italiano*, in *Europa e dir. priv*., 2004, 758; S. MAZ-



In direzione analoga a quella tracciata si collocano, poi, sia l'art. 35 [51] codice del turismo, sia l'art. 72, comma 4, c. cons., in materia di multiproprietà il quale, con una previsione analoga a quella di cui all'art. 49, comma 5, c. cons., dispone che le informazioni precontrattuali «costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto». Ma lo "strumento più avanzato di contrattualizzazione dell'informazione" [52] è riscontrabile nella disciplina della vendita di beni di consumo dove la mancanza di conformità dei beni alle dichiarazioni pubbliche rese dal venditore nella pubblicità, nei volantini e con ogni altra forma di comunicazione prima della conclusione del contratto, genera nei suoi confronti responsabilità contrattuale [53]. Dopo la direttiva UE 2019/771 [54] che ha abrogato la direttiva 1999/44/CE, e le modifiche intervenute nel Codice del Consumo per

---

ZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 209. F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, in *Contratti*, 2012, 747.

[51] La norma, infatti, prevede che le informazioni precontrattuali fornite al viaggiatore ai sensi dell'art. 34 e quindi prima della conclusione del contratto di pacchetto turistico, formano parte integrante di esso e non possono essere modificate salvo accordo esplicito delle parti contraenti. Peraltro, è fatto obbligo all'organizzatore ed al venditore di comunicare al viaggiatore tutte le modifiche delle informazioni precontrattuali in modo chiaro ed evidente prima della conclusione del contratto.

[52] L'espressione appartiene a R. ALESSI, in CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 426.

[53] Prima della direttiva del 2019 la norma che si occupava della conformità al contratto (art. 129 c. cons.) prevedeva, al comma 2, una presunzione di conformità dei beni al contratto qualora gli stessi presentassero, tra l'altro, (lett. c) «la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura». Si trattava di una presunzione *iuris tantum* che consentiva al venditore la prova contraria e, quindi, la possibilità di svincolarsi dalle dichiarazioni pubbliche, dimostrando, anche in via alternativa, che: a) non era a conoscenza della dichiarazione e non poteva conoscerla con l'ordinaria diligenza; b) la dichiarazione è stata adeguatamente corretta entro il momento della conclusione del contratto in modo da essere conoscibile al consumatore; c) la decisione di acquistare il bene di consumo non è stata influenzata dalla dichiarazione. La norma è stata interpretata nel senso di considerare rilevanti tutte le tipologie di comunicazione sulle caratteristiche specifiche dei beni escluse quelle integranti il *dolus bonus* (v. E. CORSO, *Vendita di beni di consumo, Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2005, 83 s.; C. CARICATO, *Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo – Capo I – Della vendita dei beni di consumo – Art. 129 Conformità del contratto – III*, in *Nuove Leggi civ. comm*., n. 2/2006, 419; M. GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra* promissio *negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, in *Riv. dir. civ*., 2006, I, 241) fino a ricomprendere qualunque condotta idonea a fornire dati relativi alla qualità e alle prestazioni funzionali dello specifico prodotto, incluse le telepromozioni o le interviste rilasciate circa le caratteristiche del prodotto (v. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002, 50; C. CARICATO, *op. cit.,* 419 s.). È interessante notare come il venditore risponda anche della dichiarazione resa dal suo rappresentante, inteso in senso atecnico – volendo indicare un soggetto il cui legame con il venditore sia tale da ingenerare nel compratore un ragionevole affidamento (v. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit., ibidem*; M. GIROLAMI, *op. cit*., *ibidem*; contra P.M. VECCHI, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, diretto da L. GAROFALO, Padova, 2003, 201 ss.) – o da un terzo contro il quale avrà comunque, ex art. 131 c. cons., azione di regresso. Con riguardo alle scriminanti di cui al comma 4 dell'art. 129 c. cons. occorre effettuare qualche precisazione. In ordine alla lett. a) va sottolineato che la norma si riferisce alla mancata conoscenza al momento della conclusione del contratto, sempre che il venditore dimostri di aver usato tutta l'ordinaria diligenza al riguardo. Tale diligenza, però, sarà quella qualificata dalla natura professionale dell'attività svolta e, in considerazione di ciò, si potrà presumere ad es. la conoscenza da parte del venditore di una campagna pubblicitaria nazionale – cartacea, a mezzo televisione, radio o nel sito aziendale –, o di quanto si legge nell'etichetta del prodotto, richiedendosi allo stesso per esonerarsi dalla responsabilità la difficile dimostrazione dell'oggettiva impossibilità di conoscere. Con riferimento alla lett. b) e, quindi, alla correzione della dichiarazione pubblica al momento della conclusione del contratto, in dottrina si ritiene che rilevino tutte le correzioni che il consumatore poteva conoscere, in quanto rese oggettivamente conoscibili con mezzi idonei dal venditore, ma anche quelle delle quali comunque il consumatore sia giunto a conoscenza entro il momento della conclusione del contratto. In ogni caso la correzione dovrà essere valutata sotto il duplice profilo della adeguatezza contenutistica e dell'efficacia della «smentita», nel senso della sua conoscibilità da parte del consumatore (C. CARICATO, *op. cit*., 423). Sicuramente ardua, se non impossibile, è la terza scriminante, rappresentata dalla dimostrazione da parte del venditore della non influenza sulla volontà del consumatore della dichiarazione pubblica. Si tratterebbe, infatti, di dover indagare dall'esterno la volontà intima del consumatore. Sull'interpretazione dell'art. 129 c. cons., per tutti, GIROLAMI, Sub. Art. 129, in *Comm. breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, 814 ss.

[54] In argomento cfr. G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della Dir. Ue 2019/771*, in *Riv. dir. civ*., n. 2, 2021, 205 ss.; A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina nella vendita di beni di consu-*



effetto del d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170, la disciplina sulle dichiarazioni pubbliche è oggi contenuta all'art. 129, comma 3, lett. d) e all'art. 130 c. cons. La prima disposizione prescrive tra i requisiti oggettivi di conformità la corrispondenza del prodotto alle «dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei precedenti passaggi della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta».

L'art. 130, invece, prevede delle ipotesi di esclusione della responsabilità del venditore quando quest'ultimo alternativamente dimostri che: a) non era a conoscenza della dichiarazione pubblica o non poteva conoscerla usando l'ordinaria diligenza (evidentemente perché la dichiarazione è stata resa da altri soggetti per suo conto; b) quando la dichiarazione pubblica è stata adeguatamente corretta al momento della conclusione del contratto con le stesse modalità, o con modalità simili a quelle con cui è stata resa; c) se dimostra che la decisione di acquistare il bene non è stata influenzata dalla dichiarazione pubblica. Il dato interessante, emerso dai primi commenti della direttiva 2019/771/UE, è costituito dal fatto che la previsione contenuta all'art. 7.1, lett. d), oggi confluita nel nuovo art. 129, comma 3, lett. d c.cons., – per la quale si ritiene responsabile il venditore della difformità del bene rispetto alle dichiarazioni pubbliche effettuate nella pubblicità o nell'etichetta – viene considerata «una possibile base legale per il contrasto al *greenwashing* ulteriore e diversa da quella sinora seguita, rappresentata dalla riconduzione di dichiarazioni sostenibili (c.d. *environmental claims, green claims*, etc.) fuorvianti nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette», con la conseguenza di ampliare le tutele consentendo al consumatore di unire ai rimedi contro le pcs anche quelli previsti per i difetti di conformità dalla disciplina sulla vendita dei beni di consumo [55].

In conclusione, l'ampia operatività del principio di buona fede consente ai consumatori di far valere sia la responsabilità contrattuale dell'impresa per dichiarazioni pubbliche rese prima della contrattazione, sia la responsabilità extracontrattuale tutte le volte in cui l'impresa ponga in essere una pcs e leda gli interessi etici ed ambientali dei consumatori. In tal caso un ulteriore e non secondario rimedio può essere rappresentato dall'azione di classe di cui all'art. 140 bis c. cons., come peraltro dimostrato dall'accoglimento da parte del Tribunale di Venezia della *class action* avente ad oggetto le pratiche commerciali scorrette/ingannevoli poste in essere dalla società *Volkswagen*, concernenti l'installazione di un software di manipolazione delle emissioni di CO_2 sui propri veicoli, sia per aver diffuso informazioni commerciali false frodando così i consumatori [56].

---

mo, in *Contr. e Impr*., 2020, 806 ss.; AA.VV., *La vendita di beni mobili* a cura di D. DALLA MASSARA, Pisa, 2020; A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019.

[55] Sul punto D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, cit., 504 s.

[56] Si tratta di Trib. Venezia, 7 luglio 2021, cit. Con riguardo allo scandalo *Dieselgate* particolare interesse assume anche l'ordinanza del 7 gennaio 2022, n. 68 (il testo del provvedimento è reperibile su https://www.freshfields.hk/48ec38/contentassets/a9a378d*691684d6d944ca8c85439330f/Cons. Stato-ordinanza-68-022.pdf*) con cui il Consiglio di Stato – adito per riformare la sentenza del T.A.R. Lazio n.6920/2019 che rigettava il ricorso di alcune società del gruppo Volkswagen sanzionate dall'AGCM per slogan ambientali ingannevoli – ha ritenuto necessario, per decidere la controversia, sollevare alcune questioni pregiudiziali alla CGUE (cfr. *Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia) l'11 gennaio 2022 – Volkswagen Group Italia S.p.A., Volkswagen Aktiengesellschaft / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (Causa C-27/22), in GUUE, C-128/11, 21 marzo 2022) . In particolare, si poneva il problema se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette potessero qualificarsi come sanzioni amministrative di natura penale e, in caso affermativo, si chiedeva alla Corte di Giustizia di chiarire se l'art. 50 della Carta di Nizza (che contempla il divieto di *ne bis in idem*) ostacolasse una normativa nazionale favorevole al cumulo della sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, inflitta ad una persona giuridica e per condotte illecite che integrano una pcs, con la condanna penale pronunciata per la stessa condotta e nei confronti della stessa persona giuridica in altro Stato dell'Unione, qualora la stessa fosse divenuta definitiva prima del passaggio in giudicato dell'impugnativa giurisdizionale della sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e, appurata la mancanza di ostacoli, se la disciplina della Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (segnatamente gli artt. 3, par. 4 e 13, par. 2, lett. *e*) potesse giustificare una deroga al divieto di *ne bis in idem* stabilito oltre che dall'art. 50 Carta di Nizza (ora incorporata nel TUE), anche dall'art. 54 della convenzione di Schengen.

JUS CIVILE



DAVIDE ACHILLE

Professore associato di Diritto privato – Università del Piemonte Orientale

ESTINZIONE ANTICIPATA DEL CREDITO AL CONSUMO E 'GIUSTA' DETERMINAZIONE DEI COSTI RIMBORSABILI DOPO LA CORTE COSTITUZIONALE*

SOMMARIO: *1. Il quadro normativo in tema di estinzione anticipata del credito al consumo e le problematiche applicative. – 2. Dalla distinzione tra costi* up front *(non rimborsabili) e costi* recurring *(rimborsabili) alla sentenza* Lexitor. *– 3. L'adeguamento ai principi della giurisprudenza europea, l'intervento del legislatore nazionale e la relativa illegittimità costituzionale. – 4. Per una ripetizione dei costi in caso di estinzione anticipata conforme alle regole generali: la qualificazione del contratto di finanziamento e la natura del diritto all'estinzione anticipata. – 5. La giustificazione della rimborsabilità di tutti i costi. – 6. Per una limitazione della retrocessione dei costi secondo la disciplina dell'arricchimento senza causa. – 7. Quadro di sintesi e regime della riduzione dei costi in caso di estinzione anticipata del finanziamento al consumo.*

1. – La previsione dell'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE, che nel nostro ordinamento ha trovato attuazione nell'art. 125-*sexies* TUB, collegandosi a quanto già previsto dall'art. 8 della Direttiva 87/102/CEE, a sua volta attuato dall'art. 125, comma 2, TUB e dall'art. 3, d.m. del Tesoro dell'8 luglio 1992 (Disciplina e criteri di definizione del tasso annuo effettivo globale per la concessione di credito al consumo), in forza della quale – in caso di rimborso anticipato del finanziamento – il consumatore «ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto», ha tradizionalmente generato non secondari dubbi interpretativi.

Può in tal senso rilevarsi, che la disposizione in questione, per quanto apparentemente non problematica, ha in realtà costituito uno dei profili di maggiore criticità e incertezza della disciplina sul credito ai consumatori, tanto da essere qualificata quale «uno dei nodi più difficili e controversi che gli organi comunitari si sono trovati ad affrontare in sede di elaborazione della nuova direttiva» [1] e che, come dimostra il contenzioso che il tema continua a generare [2], può dirsi tutt'altro che superato dalla normativa di riferimento.

---

* L'a. è attualmente componente del Collegio di Milano dell'Arbitro Bancario Finanziario. Le tesi espresse nello scritto sono frutto di opinioni personali non riferibili a tale organismo, né tanto meno alla Banca d'Italia.

[1] G. DE CRISTOFARO, *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»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 296.

[2] Al riguardo possono considerarsi i dati forniti dalle relazioni annuali dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), sia in quanto organismo che per le sue caratteristiche strutturali ha registrato un ampio contenzioso sull'estinzione anticipata del credito al consumo, sia perché le relative decisioni sono oggetto di un costante e puntuale monitoraggio dagli uffici della Banca d'Italia che, a differenza delle decisioni dei giudici ordinari, consente di avere un quadro particolarmente attendibile. In ciò, considerando con particolare rilevanza le relazioni precedenti al 2019 (anno in cui è stata emessa la decisione della Corte di Giustizia c.d. *Lexitor*, che come si avrà modo di vedere nel prosieguo ha generato una non trascurabile confusione sul tema, con conseguente incremento esponenziale dei



A ciò si aggiunga che una previsione specifica in tema di estinzione anticipata si trova anche, pur con una formulazione e una rilevanza differenti rispetto a quella riguardante il credito per l'acquisto di beni di consumo, nella Direttiva 2014/17/UE in tema di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, dove l'art. 25 riconosce pur sempre al consumatore «il diritto di adempiere […] prima della scadenza», nel qual caso «ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito […] che riguarda gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto».

In questo contesto le incertezze che caratterizzano il tema dell'estinzione anticipata del finanziamento di cui sia parte un consumatore si presentano all'interprete in tutta la loro complessità, in particolare per quanto concerne la determinazione dei costi da rimborsare, problematica questa su cui si intende rivolgere l'attenzione nella presente indagine e con riguardo alla quale sembra opportuno muovere dall'evoluzione che ha caratterizzato la vicenda considerando non solo il quadro normativo e regolamentare ma anche, se non soprattutto, quello applicativo.

2. – Al fine di determinare il rimborso dovuto al consumatore per effetto dell'estinzione anticipata del finanziamento, l'opinione che si era inizialmente diffusa distingueva tra costi *up front* e costi *recurring*, i primi non retrocedibili perché sostenuti per il solo fatto di aver concluso il finanziamento e quindi dovuti indipendentemente dall'estinzione anticipata, mentre i secondi risultando collegati alla durata del contratto originariamente programmata dovevano essere rimborsati in misura proporzionale alla durata residua del contratto [3].

Tale interpretazione, a fronte di una formulazione testuale della norma tutt'altro che perentoria e pur in mancanza di una delega al CICR o alla Banca d'Italia [4], veniva ricavata dalla normativa secondaria ed in particolare dalle disposizioni in materia di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti" del 29 luglio 2009, nel testo adottato con il Provvedimento del 9 febbraio 2011, entrato in vigore il 3 marzo 2011 e rimasto immutato nel tempo sulla parte di interesse, laddove si stabilisce che il rimborso deve avvenire con riguardo agli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata [5].

---

ricorsi e successiva contrazione del contezioso per effetto della normativa nazionale intervenuta al fine di dare attuazione ai principi espressi dalla giurisprudenza europea), i ricorsi in tema di cessione del quinto dello stipendio, fattispecie con riguardo alla quale generalmente si controverte in merito alla determinazione dei rimborsi per effetto dell'estinzione anticipata dei finanziamenti, sono stati 58 nel 2010, 150 nel 2011, 543 nel 2012, 1.458 nel 2013, 3.673 nel 2014, 7.410 nel 2015, 15.324 nel 2016, 22.232 nel 2017, 17.350 nel 2018, 10.557 nel 2019, 16.999 nel 2020 e 7.681 nel 2021 (i dati sono ricavabili dalle relazioni annuali pubblicate, al pari delle decisioni dell'ABF che verranno citate nel prosieguo e salvo che sia diversamente indicato nel caso in cui siano consultabili anche altrove, sul sito internet dell'organismo all'indirizzo *www.arbitrobancariofinanziario.it*).

[3] Il criterio in questione trova una espressa affermazione in ABF-Coll. coord. n. 6167 del 22 settembre 2014.

[4] Nella normativa precedente all'attuazione della Direttiva 2008/48/CE, l'art. 125 TUB prevedeva che «Le facoltà di adempiere in via anticipata o di recedere dal contratto senza penalità spettano unicamente al consumatore senza possibilità di patto contrario. Se il consumatore esercita la facoltà di adempimento anticipato, ha diritto a un'equa riduzione del costo complessivo del credito, secondo le modalità stabilite dal CICR» e, su tale base normativa, l'art. 3, d.m. del Tesoro dell'8 luglio 1992 prevedeva che «Il consumatore ha sempre la facoltà dell'adempimento anticipato; tale facoltà si esercita mediante versamento al creditore del capitale residuo, degli interessi e di altri oneri maturati fino a quel momento e, se previsto dal contratto, di un compenso comunque non superiore all'uno percento del capitale residuo».

[5] Il riferimento è, in particolare, alla Sez. VII, par. 5.2.1 («Nei contratti di credito con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e nelle fattispecie assimilate, le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata includono l'indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziato-



In questa prima fase può dirsi che a fronte della distinzione tra costi retrocedibili (*recurring*) e non rimborsabili (*up front*), i profili che hanno interessato il tema del rimborso dovuto al consumatore per effetto dell'estinzione anticipata del finanziamento hanno riguardato essenzialmente l'interpretazione delle clausole contrattuali al fine di determinare la relativa giustificazione causale e quindi la natura delle singole voci di costo [6] o, al più, l'interrogativo circa la derogabilità convenzionale del criterio proporzionale del *pro rata temporis* [7].

Tale assetto è stato messo in discussione con effetti dirompenti a seguito della decisione della Corte di Giustizia nel c.d. caso *Lexitor*, dove si è affermato che l'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE deve essere interpretato nel senso che «il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include *tutti* i costi posti a carico del consumatore» (§ 36, enfasi aggiunta) [8], escludendo che ci si possa riferire unicamente ai «costi presentati dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto» (§ 31).

Tale principio è stato enunciato muovendo dal rilievo che il riferimento alla «restante durata del contratto» che compare nel testo della disposizione normativa riferita all'estinzione anticipata del finanziamento si presta a differenti interpretazioni e che neppure un'analisi delle diverse versioni linguistiche della direttiva 2008/48/CE consente di stabilire l'esatta portata della riduzione del costo totale del credito [9], da ciò derivando la necessità di chiarire il significato della previsione in base al contesto e agli obiettivi perseguiti dalla normativa sul credito al consumo. A tal fine viene quindi attribuita rilevanza all'obiettivo di garantire un'elevata tutela del consumatore che risulta sotteso alla normativa sul credito al consumo [10], dovendosi

---

re») e alla Sez. XI, par. 2 («in relazione ai contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e a fattispecie assimilate, le procedure quantificano altresì in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto e che, in caso di estinzione anticipata, sono restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore»), quest'ultima espressamente richiamata con riguardo ai contratti di cessione del quinto dalla Sez. VII-*bis* («ai sensi della sezione XI, paragrafo 2 le procedure interne dell'intermediario quantificano in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto e che, in caso di estinzione anticipata, sono restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore»).

[6] In ciò, muovendo sempre dalla normativa secondaria, si è declinata la problematica in questione in termini di trasparenza contrattuale, ritenendo che l'opaca formulazione della clausola contrattuale relativa a determinate voci di costo imponga di qualificare quest'ultimo come *recurring* (ABF-Coll. coord. n. 6167 del 22 settembre 2014).

[7] La questione, che trova la sua premessa nell'affermazione del criterio *pro rata temporis* come parametro di riferimento per la quantificazione del rimborso da riconoscere al consumatore in caso di estinzione anticipata (ABF-Coll. coord. n. 6167 del 22 settembre 2014), è stata affrontata e risolta dall'ABF ritenendo che «le parti sono libere di determinare i futuri costi *recurring* e la loro distribuzione nel corso del tempo, ma non la quota di quei costi oggetto di rimborso in caso di estinzione anticipata del finanziamento, la cui determinazione è, in ogni caso, regolata dal principio di competenza economica, da intendersi quale criterio legale di rimborso *ex* art. 125-*sexies* TUB» (ABF-Coll. coord. n. 10003 dell'11 novembre 2016, dove si è ulteriormente chiarito che «se […] non è ammissibile una distinzione tra costi *up front* e costi *recurring* per tramite della sola indicazione della misura percentuale oggetto di rimborso, in quanto la quota percentuale unilateralmente indicata dall'intermediario nulla dice sulla natura dei costi corrispondenti, escludendo, quindi, ogni possibilità di verifica da parte del cliente sulle caratteristiche obiettive delle attività prestate e sulla corrispondente natura (*up front* o *recurring*); a differente conclusione deve giungersi, invece, qualora – come nel caso in esame – l'indicazione di una quota percentuale costituisce, in realtà, criterio (non di distinzione tra attività *up front* e *recurring*, ma) di ripartizione e di distribuzione dei costi complessivamente sostenuti dal cliente, sulla base di una preliminare distinzione tra le diverse voci di costo (*up front* e *recurring*)»).

[8] Corte di Giustizia 11 settembre 2019 (C-383/18), ECLI:EU:C:2019:702, in *Foro it.*, 2019, IV, c. 605 ss.

[9] Su tale profilo vd., tuttavia, i rilievi di G. De Cristofaro, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 283 s., secondo il quale «La rilevanza delle differenze intercorrenti fra le varie versioni linguistiche del testo della direttiva è stata […] senz'altro sopravvalutata (se non addirittura artificiosamente creata) dalla Corte».

[10] L'affermazione, supportata richiamando Corte di Giustizia 6 giugno 2019 (C-58/18), EU:C:2019:467, è stata considerata «per



quindi sottrare il consumatore dagli effetti pregiudizievoli connessi alla determinazione unilaterale dei costi rimborsabili da parte del finanziatore, il quale viene comunque compensato della perdita subita tramite l'indennizzo riconosciutogli dall'art. 16, par. 2, della Direttiva 2008/48/CE per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato [11].

A tale chiarimento, intervenuto in sede di rinvio pregiudiziale, sono seguite – pur dopo la pubblicazione delle linee guida della Banca d'Italia del 4 dicembre 2019 (prot. n. 1463869) [12] – applicazioni non uniformi nelle decisioni dell'ABF [13] e dei giudici ordinari [14], come anche un acceso dibattito in dottrina [15], sostanzial-

---

un verso falsa, per altro verso gravemente lacunosa e conseguentemente fuorviante» da G. De Cristofaro, *Estinzione anticipata*, cit., 285 s.

[11] Si tenga al riguardo presente che ABF-Coll. coord. n. 5909 del 31 marzo 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1034, ha affermato che «la previsione di cui all'art. 125-*sexies*, comma 2, TUB in ordine all'equo indennizzo spettante al finanziatore in caso di rimborso anticipato del finanziamento va interpretata nel senso che la commissione di estinzione anticipata prevista in contratto entro le soglie di legge è dovuta a meno che il ricorrente non alleghi e dimostri che, nella singola fattispecie, l'indennizzo preteso sia privo di oggettiva giustificazione».

[12] Per quanto interessa, le linee orientative prevedono che «a) Con riguardo ai nuovi contratti di credito ai consumatori (inclusi quelli di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione), in caso di rimborso anticipato dovrà essere assicurata la riduzione del costo totale del credito includendo tutti i costi a carico del consumatore, escluse le imposte. A questi fini, gli intermediari potranno far riferimento anche alle buone prassi rese note dalla Banca d'Italia in occasione dell'emanazione degli "Orientamenti di vigilanza" in materia di finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione, con riguardo alle indicazioni sull'opportunità di ricorrere a schemi tariffari che incorporano nel c.d. tasso annuo nominale (TAN) la gran parte o tutti gli oneri connessi con il finanziamento, incluso il compenso per l'attività di intermediazione del credito (nn. 16 e 44). Schemi tariffari che non prevedono l'applicazione di tariffe ulteriori rispetto al tasso annuo nominale assicurano infatti, in modo più agevole, che, in caso di rimborso anticipato, la riduzione del costo totale del credito tenga conto di tutti i costi del finanziamento. Per assicurare la massima trasparenza nei confronti dei clienti, i criteri di riduzione dei costi dovranno formare oggetto di specifica informativa al cliente. La Banca d'Italia, nello svolgimento dell'attività di controllo, si attende che dette informazioni siano fornite nell'ambito: – dell'informativa precontrattuale, che deve essere fornita al consumatore prima che sia vincolato da un contratto di credito o da una proposta irrevocabile per consentirgli il confronto tra le diverse offerte di credito sul mercato, così che possa prendere una decisione informata e consapevole; – delle condizioni contrattuali sul diritto di rimborso anticipato e sulla relativa procedura. b) Nel caso in cui il cliente eserciti il diritto al rimborso anticipato di finanziamenti in essere, gli intermediari sono chiamati a determinare la riduzione del costo totale del credito includendo tutti i costi a carico del consumatore, escluse le imposte. Quanto ai costi chiaramente definiti e indicati nei contratti come non rimborsabili in caso di estinzione anticipata del finanziamento (cc.dd. *up front*), la Banca d'Italia rimette al prudente apprezzamento degli intermediari la determinazione del criterio di rimborso; dovrà in ogni caso trattarsi di un criterio proporzionale rispetto alla durata (ad esempio, lineare oppure costo ammortizzato)».

[13] La posizione assunta da ABF-Coll. coord. n. 26525 del 17 dicembre 2019, secondo cui «A seguito della sentenza 11 settembre 2019 della Corte di Giustizia Europea, immediatamente applicabile anche ai ricorsi non ancora decisi, l'art. 125-*sexies* TUB deve essere interpretato nel senso che, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto alla riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito, compresi i costi *up front*» e che «Il criterio applicabile per la riduzione dei costi istantanei, in mancanza di una diversa previsione pattizia che sia comunque basata su un principio di proporzionalità, deve essere determinato in via integrativa dal Collegio decidente secondo equità [*n.d.r.*: ritenendo al riguardo che il criterio preferibile per quantificare la quota di costi *up front* ripetibile sia analogo a quello che le parti hanno previsto per il conteggio degli interessi corrispettivi, costituendo essi la principale voce del costo totale del credito espressamente disciplinata in via negoziale], mentre per i costi *recurring* e gli oneri assicurativi continuano ad applicarsi gli orientamenti consolidati dell'ABF», ha trovato una iniziale e temporanea resistenza da parte del Collegio di Roma, il quale ha in un primo momento escluso la rimborsabilità di alcune voci di costo (spese di istruttoria, spese del mediatore e tasse) ed applicato a tutte le voci di costo rimborsabili il criterio della proporzionalità lineare (c.d. *pro rata temporis*) (vd. ABF-Coll. Roma n. 1345 del 29 gennaio 2020 e n. 8760 del 14 maggio 2020).

[14] Nella giurisprudenza di merito, pur risultando maggioritaria l'opinione che ritiene senz'altro vincolante l'interpretazione fornita in sede di rinvio pregiudiziale per quanto riguarda l'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE (vd. Giudice di Pace di Savona, 7 gennaio 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 743 ss.; Trib. Torino 7 dicembre 2020, n. 4350, in *DeJure*; Trib. Bologna 7 gennaio 2021, n. 26, *ivi*; Trib. Palermo 14 gennaio 2021, n. 111, in *ForoPlus*; Trib. Napoli 9 febbraio 2021, n. 1273, in *DeJure*; Trib. Napoli 26 novembre 2021, n. 9614, *ivi*; Trib. Pavia 14 maggio 2021, n. 671, *ivi*; Trib. Alessandria 5 luglio 2021, n. 538, *ivi*; Trib. Savona 15 settembre 2021, n. 680, *ivi*; Trib. Cuneo 30 settembre 2021, n. 761, *ivi*; Trib. Brindisi 4 ottobre 2021, n. 1279, *ivi*; Trib. Roma 5 ottobre 2021, n. 15456, *ivi*; Trib. Genova 14 ottobre 2021, n. 2248, in *ForoPlus*; Trib. Pesaro 3 dicembre 2021, n. 869, *ivi*; Trib. Napoli 22



mente incentrato sulla efficacia che deve attribuirsi all'interpretazione della Corte di Giustizia nel nostro ordinamento [16], in particolare per quanto riguarda i rapporti contrattuali pregressi, sorti ed esauriti facendo applicazione della regolamentazione secondaria che, come si è visto, distingueva tra costi *recurring* e *up front.*

3. – Alla pronuncia della giurisprudenza europea e alle eterogenee applicazioni del principio della rimborsabilità di tutti i costi del finanziamento ha fatto seguito un intervento normativo con cui il nostro legislatore, analogamente a quanto avvenuto in altri Stati membri [17], ha inteso conformare il diritto nazionale ai nuovi principi affermati nella sentenza *Lexitor.* Il riferimento è all'art. 11-*octies*, d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito con modificazioni dalla l. 23 luglio 2021, n. 106 (decreto c.d. Sostegni-*bis*), che – come si avrà modo di vedere – ha invero sollevato non secondarie questioni interpretative e di costituzionalità, in particolare con riguardo alla disciplina transitoria relativa ai contratti stipulati ed estinti prima della sua entrata in vigore.

Prescindendo, per il momento, da tale ultima questione, può – per quanto in questa sede interessa – rilevarsi che con il citato provvedimento normativo il legislatore è intervenuto trasversalmente sul tema dei rimborsi dovuti per effetto dell'estinzione anticipata del finanziamento, riscrivendo le previsioni tanto per il credito immobiliare ai consumatori, quanto per il credito per l'acquisto di beni di consumo. Con riferimento al primo contesto, si è inserito un nuovo art. 120-*quaterdecies*. 1 TUB [18], eliminando al contempo il rinvio contenuto nell'art. 120-*noviesdecies* TUB all'art. 125-*sexies* TUB e quindi alla disciplina dell'estinzione anticipata per i contratti di credito per l'acquisto di beni di consumo. Con riguardo a quest'ultima disciplina, è invece stato riscritto completamente l'art. 125-*sexies* TUB, prevedendo in particolare la «riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi di *tutti* i costi compresi nel costo totale del credi-

---

gennaio 2022, n. 743, in *DeJure*; Trib. Savona 1° febbraio 2022, n. 87, *ivi*; Trib. Roma 10 giugno 2022, n. 9190, in *ForoPlus*; Trib. Napoli 24 giugno 2022, n. 6398, in *DeJure*; Trib. Nocera Inferiore 8 luglio 2022, n. 1048, *ivi*), non mancano pronunce che ritengono non applicabili nel nostro ordinamento i principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Lexitor* (vd. Trib. Monza 22 novembre 2019, n. 2573, in *DeJure*; Trib. Vicenza 13 novembre 2020, in *Giur. it.,* 2020, 2382; Trib. Napoli 22 novembre 2019, n. 10489, in *dirittobancario.it*; Trib. Bari 16 settembre 2021, n. 3277, in *ForoPlus*; Trib. Crotone 11 ottobre 2021, n. 822, *ivi*; Trib. Catania 6 giugno 2022, n. 2549, in *DeJure*; Trib. Salerno 28 luglio 2022, n. 2781, in *ForoPlus*).

[15] Nella dottrina che si è occupata della questione, una evidente contrapposizione si registra confrontando le opinioni di: A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito». Il caso della cessione del quinto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, 644 ss.; 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*, in *Riv. dir. banc.,* 2019, 155 ss.; A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, II, 1 ss.; G. LIACE, *Il diritto dei consumatori alla riduzione del costo totale del credito nel caso di estinzione anticipata del finanziamento: il caso Lexitor*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 1002 ss.; A. MUTARELLI, *La Corte di Giustizia e il "crollo della Baliverna", a proposito della sentenza "Lexitor"*, in *Rass. Avv. dello Stato*, 2020, n. 3, 27 ss.; F. GIGLIOTTI, *Rimborso anticipato del finanziamento e riduzione dei costi del credito. Variazioni ermeneutiche sull'art. 125*-sexies *T.U.B. (tra sentenza* "Lexitor" *e decreto Sostegni* bis*)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, I, 198 ss.

[16] Vd., per un'analisi incentrata su tale profilo, A. NERVI, *La vicenda c.d.* Lexitor: *un caso problematico nei rapporti tra diritto civile e diritto europeo*, in *Riv. dir. impr.*, 2021, 1 ss.

[17] Il riferimento è, in particolare, al legislatore austriaco, che attraverso il BGBl. I Nr. 1/2021 del 5 gennaio 2021 ha modificato il § 16 del *Verbraucherkreditgesetz* (VKrG) e il § 20 dell'*Hypothekar – und Immobilienkreditgesetz* (HIKrG), e a quello tedesco, che con il § 1 della *Gesetz zur Anpassung des Finanzdienstleistungsrechts an die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11. September 2019 in der Rechtssache C-383/18 und vom 26. März 2020 in der Rechtssache C-66/19* (FinDLRANpG) ha modificato a far data al 15 giugno 2021 il § 501 BGB.

[18] Il quale, rubricato "Rimborso anticipato", prevede che «Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, in misura pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto».



to, escluse le imposte» (c.n.) e demandando al contratto la determinazione dei criteri per la relativa riduzione «indicando in modo analitico se trovi applicazione il criterio della proporzionalità lineare o il criterio del costo ammortizzato», criterio quest'ultimo che troverà applicazione in mancanza di diversa indicazione all'interno del contratto [19]. Inoltre, viene previsto, innovando radicalmente la disciplina rispetto a quella pregressa, che – per quanto riguarda i costi di intermediazione – il finanziatore ha diritto di regresso nei confronti dell'intermediario del credito per la quota rimborsata a tale titolo al consumatore, salvo una diversa pattuizione che regoli diversamente i rapporti tra finanziatore e intermediario.

Il legislatore non si è, tuttavia, limitato ad adeguare la normativa ai principi affermati dalla giurisprudenza europea ma ha altresì previsto all'art. 10-*octies*, comma 2, del decreto Sostegni-*bis* una disciplina transitoria per i rapporti pregressi, prevedendo che la nuova disciplina «si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione», mentre per le «estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione […] continuano ad applicarsi le disposizioni dell'art. 125-*sexies* del testo unico […] e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

Tale previsione, superando con eccessiva disinvoltura il rilievo che la pronuncia della Corte di Giustizia ha chiarito il significato da attribuire all'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE e che, quindi, in virtù del primato del diritto europeo [20] s'impone pur sempre una interpretazione conforme con conseguente dovere del giudice di disapplicare la norma in contrasto con quella di derivazione europea per come interpretata dalla Corte di Giustizia [21], è stata intesa quale espressione della volontà del legislatore nazionale di attribuire piena efficacia alla disciplina previgente per i contratti stipulati prima del nuovo art. 125-*sexies* TUB. Ne è quindi derivata la reviviscenza della precedente interpretazione che – come detto – distingueva tra costi *up front* e costi *recurring* con la conseguente (ri)affermazione della rimborsabilità solo di questi ultimi [22].

Proprio con riferimento alla previsione riguardante il regime da applicare ai contratti stipulati prima del nuovo art. 125-*sexies* TUB è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 11 e 117, comma 1, Cost. [23], il che non è stata generalmente ritenuta una valida ragione per sospende-

---

[19] In senso critico su tale scelta, vd. R. SANTAGATA, *Prime note sulla nuova disciplina del rimborso anticipato del credito ai consumatori (e del credito immobiliare)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, I, 189; U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, *ivi*, I, 54 ss.

[20] Al riguardo, sia consentito il rinvio a D. ACHILLE, *Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema ordinamentale integrato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1890 ss.

[21] Rileva P. SIRENA, *Tutela dei diritti fondamentali e sistemi di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Riv. di dir. comparati*, 2021, 109, che «La maggior parte dei giudici di merito che hanno affrontato la questione si è […] determinata a disapplicare automaticamente la norma italiana di diritto intertemporale».

[22] Il riferimento è, in particolare, ad ABF-Coll. coord. n. 21676 del 15 ottobre 2021, secondo cui «in applicazione della Novella legislativa di cui all'art. 11-*octies*, comma 2, ultimo periodo, d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito in legge n. 106 del 23 luglio 2021, in caso di estinzione anticipata di un finanziamento stipulato prima della entrata in vigore del citato provvedimento normativo, deve distinguersi tra costi relativi ad attività soggette a maturazione nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (c.d. costi *recurring*) e costi relativi ad adempimenti preliminari alla concessione del prestito (c.d. costi *up front*). Da ciò consegue la retrocedibilità dei primi e non anche dei secondi, limitatamente alla quota non maturata degli stessi in ragione dell'anticipata estinzione, così come meglio illustrato da questo Collegio nella propria decisione n. 6167/2014».

[23] Trib. Torino (ord.) 2 novembre 2021, in *Foro it.*, 2022, I, c. 350 ss., che ha in particolare sollevato la questione di legittimità costituzione dell'art. 11-*octies* del decreto Sostegni-*bis* nella parte in cui «prevede che alle estinzioni anticipata dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del […] decreto […] continuano ad applicarsi le disposizioni […] vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti» e «limita ai contratti sottoscritti successivamente all'entrata in vigore della legge il principio, espresso nell'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/Ce, come interpretata dalla Corte di giustizia […] e recepito nel novellato art. 125 *sexies*, 1° comma, t.u.b.».



re il contenzioso in attesa della decisione della Corte costituzionale. In questo senso, l'ABF ha infatti continuato ad applicare la disciplina previgente e quindi ad affermare la rimborsabilità unicamente dei costi *recurring* [24], invero uniformandosi al comunicato della Banca d'Italia del 1° dicembre 2021 (prot. n. 1710613), nel quale si legge che, pur a fronte della pendente questione di legittimità costituzionale, «la Banca d'Italia si atterrà alla nuova previsione di legge nello svolgimento della propria azione di supervisione: ragion per cui, come detto, questo Istituto – in relazione ai contratti ricadenti nel perimetro applicativo del ridetto art. 11-*octies*, comma 2 – considera non sussistenti i presupposti per poter dare seguito alle proprie "linee orientative" del 4 dicembre 2019» [25].

La Corte costituzionale, con la decisione n. 263 del 22 dicembre 2022 (red. Navarretta), dopo aver chiarito la vincolatività che deve attribuirsi in ragione dall'appartenenza all'Unione europea alle pronunce interpretative delle Corte di Giustizia (§ 11) e attuando con quest'ultima un'apprezzabile «collaborazione dialogante» [26], ha affermato la parziale illegittimità costituzionale dall'art. 11-*octies*, comma 2, decreto Sostegni-*bis* nella parte in cui per i contratti assoggettati alla precedente formulazione dell'art. 125-*sexies* TUB rinvia a «le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia». In particolare, si è ritenuto che «il legislatore del 2021, prevedendo una disposizione (l'art. 11-*octies*, comma 2) che cristallizza il contenuto normativo dell'originaria formulazione dell'art. 125-*sexies*, comma 1, t.u. bancario, in senso difforme rispetto al contenuto della sentenza *Lexitor*, così inibendo l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, ha posto in essere un inadempimento agli obblighi "derivanti dall'ordinamento comunitario" (art. 117, primo comma, Cost.)» (§ 12.4). In tal modo, eliminato il rinvio alla normativa secondaria e affermata la possibilità di interpretare conformemente ai principi *Lexitor* l'art. 125-*sexies* TUB nella formulazione previgente, si è quindi (ri)stabilita la conformità del dato normativo nazionale al diritto europeo, consentendo in definitiva la rimborsabilità proporzionale di tutti i costi sostenuti dal consumatore per l'erogazione del finanziamento.

L'esito senz'altro condivisibile cui giunge la Corte costituzionale lascia infine aperto un interrogativo non secondario, la cui risposta viene demandata espressamente all'interprete (§ 14.2), avente ad oggetto la rilevanza da attribuire ai commi 2 e 3 del nuovo art. 125-*sexies* TUB con riguardo ai contratti stipulati prima della sua entrata in vigore, posto che tali previsioni non trovano corrispondenza nella precedente formulazione dell'art. art. 125-*sexies* TUB. Al riguardo, appare difficile immagine che il comma 2 non sia destinato a orientare l'interprete e, quindi, debba trovare applicazione anche con riguardo ai contratti assoggettati alla vecchia formulazione dell'art. art. 125-*sexies* TUB, non fosse altro che contrariamente si realizzerebbe una

[24] Le decisioni che danno continuità ad ABF-Coll. coord. n. 21676 del 15 ottobre 2021 pur dopo la rimessione alla Corte costituzionale sono molteplici, tanto da rendere superfluo il richiamo espresso e rimandare il lettore alle pronunce rinvenibili sul sito internet dell'Arbitro. La scelta di continuare ad applicare la norma assoggettata al giudizio di legittimità costituzionale ha determinato «un *deficit* piuttosto significativo di coerenza all'interno del sistema della giustizia civile» (P. SIRENA, *Tutela dei diritti fondamentali*, cit., 112).

[25] Precisazione, questa, che peraltro avvalla – anche dal punto di vista regolamentare – l'interpretazione in forza della quale la nuova normativa ha comportato la reviviscenza della precedente soluzione che – come più volte detto – distingueva tra costi *up front* e *recurring* e affermava la rimborsabilità solo di queste ultime voci di costo.

[26] È l'auspicio formulato da V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italina e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 174, il quale – pur con specifico riferimento ai diritti fondamentali – guarda con favore «un rapporto di intima e costante tensione dialogica in un processo continuo e ininterrotto di incessante interlocuzione e reciproco adeguamento, senza che nessuna delle due Corti abbia la pretesa di pronunciare l'ultima parola, perché solo così anche all'interno della categoria dei diritti fondamentali è possibile istituire quel doppio senso di marcia, quella indispensabile circolarità tra centro e periferia, senza la quale il processo di implementazione dello standard di protezione dei diritti fondamentali può subire solo inceppamenti e ritardi con riflessi negativi anche sullo stesso processo di integrazione giuridica europea».



diversità di trattamento difficilmente sostenibile, da ciò derivando che per tali ipotesi, essendo pur sempre ammissibile la determinazione convenzionale dei criteri di rimborso [27] e pur dovendo prevalere in caso di dubbio l'interpretazione della clausola contrattuale più favorevole (in termini di ammontare del rimborso) al consumatore ai sensi dell'art. 35, comma 2, c. cons., dovrà trovare applicazione il regime residuale del costo ammortizzato valevole per il caso in cui non sia stato diversamente disposto nel contratto di credito. Diversamente, per il comma 3 sembra giustificarsi una diversa soluzione laddove si consideri che con tale previsione si introduce una prerogativa a favore del finanziatore che non trova riscontro nella normativa previgente e che non è riconducibile all'interpretazione della giurisprudenza europea in tema di estinzione anticipata del finanziamento, il che dovrebbe condurre a escludere una sua applicazione con riguardo ai rapporti estinti in precedenza.

4. – L'intenso dibattito che la vicenda in esame ha suscitato e che si è dinnanzi tentato di ripercorrere sommariamente, pare con ogni probabilità destinato a permanere – pur sotto altra veste – anche dopo la riferita decisione della Corte costituzionale, non fosse altro che analoghi problemi interpretativi si pongono con riguardo all'estinzione anticipata dei finanziamenti per l'acquisto di beni immobili da parte dei consumatori in ragione di quanto previsto dall'art. 25 della Direttiva 2014/17/UE [28]. In particolare, la questione che sembra prospettarsi e che giustifica una riflessione sul punto, riguarda (non tanto il secondario e conseguente profilo dei criteri di calcolo dei rimborsi [29], quanto primariamente) la necessità di verificare se il quadro nor-

[27] Dovrà quindi essere soddisfatto il requisito della indicazione analitica del criterio della proporzionalità lineare o del costo ammortizzato, sembrando altresì ammissibile una combinazione volontaria (non anche legale) dei due criteri che determini una differenziazione del regime cui sono assoggettati alcuni costi rispetto ad altri.

[28] Su tale specifica questione si sono interrogati gli interpreti all'indomani della sentenza *Lexitor* (vd., in particolare, F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 65 ss.), potendosi inoltre rilevare che al riguardo è pendente il rinvio pregiudiziale proposto dall'*Oberster Gerichtshof* dinnanzi alla Corte di Giustizia (causa C-555/21) che con riferimento alla disciplina vigente nell'ordinamento austriaco ha chiesto di chiarire se in caso di estinzione anticipata del finanziamento assoggettato alla disciplina della Direttiva 2014/17/UE sia compatibile con il relativo art. 25 «una normativa nazionale che preveda […] che gli interessi dovuti dallo stesso mutuatario e i costi dipendenti dalla durata del contratto siano ridotti proporzionalmente, mentre una simile disposizione non è prevista per i costi che non dipendono da tale durata» (una puntuale e completa indagine che muove dal rinvio pregiudiziale in questione si rinviene in M. NATALE, *Estinzione anticipata nel credito immobiliare ai consumatori. Novità legislative e spunti comparativi dall'esperienza austriaca*, in *I contratti di credito immobiliare fra diritto europeo e attuazione nazionale. Strumenti di prevenzione del sovraindebitamento del consumatore* a cura di A. ADDANTE, L. BOZZI, Bari, 2022, 79 ss.). Nell'attesa della decisione della Corte di Giustizia, sono state depositate il 29 settembre 2022 le conclusioni dell'Avvocato Generale Sánchez-Bordona (ECLI:EU:C:2022:742) il quale, pur muovendo dalla sentenza *Lexitor*, ritiene che «la riduzione non operi in maniera indiscriminata su ciascuna delle voci che, sommate, indicano al consumatore il costo totale del credito prima della stipula del contratto» (§ 55) ma «sia limitata alle somme che il consumatore dovrebbe pagare per prestazioni ancora da effettuare in esecuzione del contratto» (§ 70) (al riguardo, vd. B. NASCIMBENE, *La causa UniCredit Bank Austria. Le conclusioni dell'avvocato generale: Lexitor o non Lexitor?*, in *dirittobancario.it*). Vale la pena rilevare che sull'applicabilità dei principi *Lexitor* alla disciplina della Direttiva 2014/17/UE si registra un contrasto nell'ABF, posto che secondo una prima interpretazione tale applicazione deve essere esclusa (ABF-Coll. Napoli 9 ottobre 2020, n. 17588, in *Foro it.*, 2021, I, c. 358 ss.; ABF-Coll. Napoli 21 gennaio 2021, n. 1753; ABF-Coll. Palermo 11 agosto 2021, n. 18803), mentre secondo una differente opinione non si rinvengono ragioni per una diversa soluzione (ABF-Coll. Bari n. 20119 del 12 novembre 2020).

[29] Al riguardo può rilevarsi che la necessaria proporzionalità dei rimborsi, affermata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Lexitor* (§ 24), ha posto la questione proprio per quanto riguarda i relativi criteri, ritenendo in particolare che siano proporzionali alla durata residua del contratto sia il criterio della proporzionalità lineare (c.d. *pro rata temporis*), in forza del quale la quantificazione del rimborso si effettua dividendo l'importo del costo per il numero di rate complessivamente pattuite e moltiplicando il risultato per il numero di rate residue al momento dell'estinzione anticipata, sia il criterio del costo ammortizzato, per effetto del quale il rimborso deve essere determinato estendendo ai costi la determinazione applicabile agli interessi corrispettivi come esplicitata nel piano di



mativo di riferimento implichi un'applicazione rigorosa e disincantata dei principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Lexitor* o, piuttosto, si rendano necessari dei distinguo che consentano di affermare la non rimborsabilità di alcune voci di costo pur rientranti nella definizione di "costo totale del credito".

L'interrogativo è viepiù rilevante considerando il dibattito attualmente avviato dal legislatore europeo con riferimento alla proposta della nuova direttiva relativa al credito al consumo del 30 giugno 2021 [30], apparentemente orientata a recepire indistintamente i principi enunciati dalla sentenza *Lexitor*, ma a cui hanno fatto seguito, prima, un diverso testo da parte del Comitato dei rappresentanti permanenti (Coreper), poi, una posizione del Consiglio del 7 giugno 2022 [31] che propone significative modifiche al testo originario della proposta e, da ultimo, una proposta della Commissione *Internal Market and Consumer Protection* (IMCO) del 12 luglio 2022 [32] che sembra distaccarsi sensibilmente dai principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Lexitor*.

Nello specifico, il Considerando n. 62 della proposta di nuova direttiva del 30 giugno 2021 afferma che in tema di estinzione anticipata del finanziamento «Come stabilito dalla Corte di giustizia dell'UE nella sentenza *Lexitor*, il diritto del consumatore ad una riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore», prevedendo quindi all'art. 29 che «il consumatore ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto. Nel calcolare tale riduzione vengono presi in considerazione tutti i costi che il creditore pone a carico del consumatore».

Diversamente, nella posizione del Consiglio del 7 giugno 2022 si legge che «*Taxes and fees applied by*

---

ammortamento, finanche ipotizzando una discutibile ed ecclettica combinazione dei due criteri, il primo applicabile ai costi *up front* e il secondo applicabile ai costi *recurring* (vd. ABF-Coll. coord. n. 26525 del 17 dicembre 2019, il quale a tal fine richiama – in mancanza di una precisa indicazione da parte del legislatore – un non meglio precisato potere di equità integrativa spettante al giudicante). Sul punto si registra una varietà di opinioni in dottrina, posto che secondo alcuni deve dubitarsi che il criterio del costo ammortizzato sia propriamente proporzionale (G. LIACE, *Il credito al consumo*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo* già diretto da L. MENGONI e P. SCHLESINGER continuato da V. ROPPO e F. ANELLI, Milano, 2022, 156; M. NATALE, *Estinzione anticipata*, cit., 675), mentre secondo una diversa opinione sembra addirittura da preferire «il medesimo criterio di calcolo utilizzato per gli interessi corrispettivi, che costituiscono la principale voce di costo totale del credito», specificando che «la sentenza della Corte di Giustizia non impone l'applicazione del criterio *pro rata temporis* strettamente proporzionale» (A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione*, cit., 173 ss.), soluzione quest'ultima che in ogni caso occorre coordinare con il rilievo – senz'altro corretto – secondo cui «una regola di recupero degli esborsi […] in linea con il [...] piano di ammortamento, ancorché non esattamente proporzionale, deve pur sempre ritenersi conforme al criterio di competenza economica, dato che il rimborso avverrebbe comunque secondo la quota dei costi "dovuti" tempo per tempo maturati» (F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato*, cit., 83) e dovendosi ricordare che il criterio della proporzionalità lineare è stato ritenuto «il più logico e, con ciò stesso, il più conforme al diritto ed all'equità sostanziale» (ABF-Coll. coord. n. 6167 del 22 settembre 2014, che ha invece ritenuto «non […] conforme a ragionevolezza» l'applicazione del criterio del costo ammortizzato con riguardo ai costi *recurring* sul rilievo che «Tali costi in realtà remunerano, e quindi sono corrispettivi allo svolgimento di attività amministrative del rapporto, sicché il loro costo, al netto di fattori esogeni, è costante in pendenza di rapporto»). Opinabile è, invece, la scelta di combinare i due criteri in funzione della natura giuridica dei costi rimborsabili, posto che, da un lato, l'introduzione di un tale criterio discretivo non trova corrispondenza nel dato normativo contrastando indirettamente con l'impostazione unitaria della Corte di Giustizia e, dall'altro, che equità significa non solo giustizia del caso concreto ma anche uniformità, il che dovrebbe comportare l'applicazione di un solo e uniforme criterio di determinazione dei costi retrocedibili per effetto dell'estinzione anticipata del finanziamento. In questo senso è quindi da approvare l'unicità del criterio di rimborso affermata dal nuovo art. 125-*sexies* TUB che, come si è dinnanzi detto e ferme le perplessità che suscita la scelta di riferirsi al criterio residuale del costo ammortizzato (vd. *retro,* nota n. 19), sembra doversi applicare anche ai contratti stipulati ed estinti precedentemente e disciplinati dalla vecchia formulazione dell'art. 125-*sexies* TUB, senza però potersi escludere che il contratto possa combinare i due criteri diversificando il regime applicabile alle singole voci di costo.

[30] COM/2021/347 final.

[31] 9433/1/22 REV1.

[32] A9-0212/2022.



and directly paid to a third party and which are not dependant on the duration of the contract should not be taken into consideration when calculating the reduction, as those costs are not imposed by the creditor and cannot therefore be unilaterally increased by the creditor. Fees charged by a creditor to the benefit of a third-party should however be taken into consideration when calculating the reduction» (Considerando n. 62), (ri)formulando l'art. 29 della proposta di direttiva nel senso che «*the consumer shall be entitled to a proportionate reduction in the total cost of the credit to the consumer for the remaining duration of the contract. When calculating that reduction, all the costs imposed on the consumer by the creditor shall be taken into consideration*».

Ancora, la Commissione IMCO propone di modificare la proposta prevedendo al considerando n. 62 che «*the right of the consumer to a reduction in the total cost of the credit in the event of early repayment of the credit includes all the costs imposed on the consumer, except for up-front costs, which are fully exhausted at the time of granting the loan and correspond to services effectively provided to the consumer. The up-front costs should be adequately identified and declared in the credit agreement*» e, di conseguenza, all'art. 29 che «*the consumer shall be entitled to a reduction in the total cost of the credit, consisting of the interest and the costs for the remaining duration of the contract. When calculating that reduction, all the costs imposed on the consumer by the creditor shall be taken into consideration, except for up-front costs, which are fully exhausted at the time of granting the loan and correspond to services effectively provided to the consumer. The up-front costs shall be adequately identified and declared in the credit agreement*».

Tale contesto, che comprova ulteriormente l'opportunità di riprendere in esame il tema, specialmente per quanto concerne l'interrogativo dinnanzi posto, vale a dire verificare se realmente la disciplina in concreto applicabile imponga incondizionatamente ed in termini assoluti il rimborso di qualsiasi costo occasionato dalla conclusione di un contratto di credito al consumo per effetto dell'estinzione anticipata del finanziamento, suggerisce di prendere le mosse dalla natura giuridica che deve attribuirsi a tale ultimo potere riconosciuto al consumatore dalla normativa di riferimento.

A tal fine, deve rilevarsi che la dottrina ha variamente qualificato la possibilità per il consumatore di estinguere anticipatamente il finanziamento, facendo in primo luogo riferimento alla disciplina del recesso [33] o, diversamente, riconducendo l'estinzione anticipata del finanziamento allo schema dell'obbligazione facoltativa [34], impostazioni quest'ultima maggiormente idonea a rappresentare la vicenda in esame laddove declina l'estinzione anticipata avendo riguardo alla prestazione e all'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore e non anche allo scioglimento unilaterale dal rapporto contrattuale [35], ma che tuttavia non appare pienamente condivisibile laddove si consideri che l'estinzione anticipata del finanziamento non delinea una prestazione subordinata e secondaria, come propriamente avviene nelle obbligazioni facoltative [36], quanto la

[33] F. PADOVINI, *I contratti di credito ai consumatori, il recesso e l'estinzione del rapporto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, 702. Sembrano riferirsi ad una ipotesi di recesso anche E. BATTELLI, F.S. PORCELLI, *Il diritto alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipata*, in *Giut. it.*, 2020, 1598.

[34] A.A. DOMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 538.

[35] Al riguardo, pur nella diversità di accezioni con cui il recesso ha assunto nell'attuale realtà giuridica, pare che nella prospettiva che qualifica l'estinzione anticipata come ipotesi di recesso il riferimento sia a all'atto di scioglimento unilaterale dal vincolo contrattuale e non anche al recesso di pentimento.

[36] Si consideri infatti che la giurisprudenza, nel distinguere le obbligazioni alternative da quelle facoltative, ha affermato che «L'obbligazione alternativa, ai sensi dell'art. 1285 e seg. c.c., presuppone l'originario concorso di due o più prestazioni, poste in posizione di reciproca parità e dedotte in modo disgiuntivo, nessuna delle quali può essere adempiuta prima dell'indispensabile scelta di una di esse, scelta rimessa alla volontà di una delle parti e che diventa irrevocabile con la dichiarazione comunicata alla controparte;



medesima prestazione (ossia la restituzione di quanto dovuto) con tempi differenti rispetto a quelli originariamente pattuiti. Ciò che, in ogni caso, induce a disattendere la qualificazione del potere di estinguere anticipatamente il contratto di credito da parte del consumatore tanto in termini di recesso quanto di obbligazione facoltativa sembra essere costituita dall'impostazione di fondo circa la natura giuridica del rapporto contrattuale di finanziamento, potendosi rilevare che entrambe le ricostruzioni aderiscono implicitamente all'opinione in forza della quale con il contratto di mutuo, da intendere come fattispecie tipica idonea a comprendere più in generale i contratti di finanziamento, si attribuisce il godimento della somma di denaro e che, quindi, si tratti di un contratto di durata [37]. In realtà, già da tempo tale impostazione è stata oggetto di riflessione critica, giungendo ad affermare condivisibilmente che il contratto di mutuo non è qualificabile come contratto di durata o a esecuzione periodica, bensì come contratto ad esecuzione istantanea ma progressivamente differita nel tempo in funzione delle relative rate per il rimborso [38].

Coerentemente con tale ultima impostazione, è quindi pienamente condivisibile la differente opinione secondo cui la disciplina in tema di estinzione anticipata del finanziamento ha inteso regolare le modalità di esecuzione della prestazione dovuta dal consumatore dal punto di vista temporale [39], in particolare modificando la regola comunemente applicabile nei rapporti di finanziamento laddove si afferma la coincidenza

---

l'obbligazione cosiddetta facoltativa, invece, postula un'obbligazione semplice, avente ad oggetto una prestazione principale, unica e determinata fin dall'origine, nonché, accanto a questa, una prestazione facoltativa – della cui effettiva ed attuale esigibilità il creditore optante abbia piena consapevolezza – dovuta solo in via subordinata e secondaria, qualora venga preferita dal creditore stesso e costituisca, quindi l'oggetto di una sua specifica ed univoca opzione, esercitabile, peraltro, solo fino al momento in cui non vi sia stato l'adempimento della prestazione principale» (Cass., 23 agosto 2011, n. 17512, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Obbligazioni in genere*, n. 34).

[37] Il riferimento alla teoria del godimento (c.d. *Nutzungstheorie*) si trova in F. Messineo, *Operazioni di borsa e di banca*, Roma, 1926, 559 ss.; F. Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 25 s.; F. Carresi, *Il comodato. Il mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* fondato da F. Vassalli, Torino, 1957, 101. *Contra* vd. T. Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie (art. 1277-1284)*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1959, 338.

[38] In questo senso, vd. P.M. Vecchi, *Il contratto*, in *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento* opera diretta da V. Cuffaro, Bologna, 2005, 23 s., il quale, oltre a chiarire che «la posizione del mutuante […] difficilmente può essere considerata un'esecuzione continuativa del contratto», rileva che «il richiamo ad eventuali obbligazioni accessorie delle parti […] non appare significativo per la qualificazione del mutuo come contratto ad esecuzione periodica o continuata, dato che da un lato obbligazioni accessorie analoghe possono ben sussistere anche in contratti ad esecuzione istantanea, finché questa non è avvenuta, e dall'altro seguendo quest'ordine d'idee si dovrebbe arrivare a configurare un contratto di durata ogni qual volta l'adempimento di una delle parti sia differito, dato che quantomeno si avrebbero obblighi di correttezza a carico delle parti»; P. Sirena, *Il* ius variandi *della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 268 ss. il quale – riferendosi alla ricostruzione di G. Oppo, *I contratti di durata*, in Id., *Scritti giuridici. III. Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, 260 ss. – afferma che l'impossibilità di ricondurre il contratto di mutuo alla categoria dei contratti di durata «è stata dimostrata con argomenti che possono considerarsi insuperabili» (posizione successivamente ribadita anche in Id., *La "portabilità" del mutuo bancario e finanziario*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2887, dove si legge che «il contratto di mutuo non sia classificabile come un contratto ad esecuzione periodica, bensì come un contratto a esecuzione istantanea, benché progressivamente differita nel tempo mediante la successiva scadenza delle rate di rimborso»). Diversamente, invece, oltre alla dottrina tradizionale (G. Giampiccolo, *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 451; Id., *Comodato e mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Torino, 1972, 70; E. Simonetto, *Mutuo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1992, 6 s.; L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile. III. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, 578 s.), vd. P.L. Fausti, *Il mutuo*, in *Tratt. dir. civ. del CNN* diretto da P. Perlingieri, IV.17, Napoli, 2004, 77 ss., il quale ritiene che «la teoria del godimento appare ancora oggi centrare l'obiettivo di una realistica e arricchente spiegazione» (p. 81), con ciò affermando che il contratto di mutuo «può definirsi di durata e, inoltre, con obbligazioni da entrambe le parti (bilaterale)» (p. 82).

[39] Vd. A. Ciatti, *La corresponsione anticipata delle somme dovute dal consumatore al creditore*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano* a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, 156; F. Oliviero, *L'anticipato adempimento dell'obbligazione restitutoria nel credito ai consumatori*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, 380; F. Mezzanotte, *Il rimborso anticipato*, cit., 74; G. Liace, *Il credito al consumo*, cit., 142 s.



della esigibilità e della eseguibilità della prestazione (art. 1816 cod. civ.)[40]. In questo senso, nei contratti di credito al consumo il termine è sempre in favore del consumatore-debitore[41], prevedendo un termine di esigibilità della prestazione per il creditore ma non anche un termine di eseguibilità, potendo il debitore adempiere anche prima della scadenza del termine.

Inoltre, si è introdotta una disciplina derogatoria rispetto all'art. 1185 cod. civ. per l'ipotesi di adempimento anticipato laddove quest'ultima disposizione – dopo aver previsto che «il debitore non può ripetere ciò che ha pagato anticipatamente» – ammette la ripetizione dell'arricchimento conseguito dal creditore per effetto del pagamento anticipato solo nel caso in cui il debitore ignorasse l'esistenza del termine[42], seppure nei limiti della perdita subita dal debitore[43]. Diversamente, la legislazione europea e la relativa normativa di attuazione consentono al debitore-consumatore, nel cui interesse esclusivo è fissato il termine di adempimento della prestazione restitutoria del finanziamento ottenuto, di pretendere sempre la ripetizione dell'arricchimento conseguito dal creditore-finanziatore, quand'anche ciò sia escluso convenzionalmente dal contratto di credito[44].

---

[40] U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1974, 96, riconduce il contratto di mutuo a quelle ipotesi in cui «la necessità del termine è nella stessa struttura legale del rapporto; è, in certo senso, un elemento connaturato alla sua causa e in stretta connessione con il particolare rilievo attribuito all'interesse del soggetto passivo», con ciò escludendo – nel caso di mancata fissazione convenzionale del termine per l'adempimento – che possa trovare applicazione l'art. 1183, comma 1, c.c. Sul punto occorre in ogni caso rilevare che la modalità temporale, pur essenziale, non può essere intesa come elemento del tipo dovendo piuttosto essere ricondotto a quegli «elementi […] necessari affinché il tipo, già supposto esistente in astratto, possa realizzare in concreto la funzione che è chiamato ad assolvere» (A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale (artt. 1177-1200)*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1994, 174 s., nota n. 12).

[41] F. OLIVIERO, *L'anticipato adempimento*, cit., 380, il quale condivisibilmente afferma che per effetto dell'art. 125-*sexies* TUB «il termine di adempimento dell'obbligazione restitutoria derivante da contratti di credito al consumo deve essere considerato come stipulato esclusivamente in favore del debitore, il quale può pertanto legittimamente adempiere in via anticipata».

[42] Cfr. U. NATOLI, *Il comportamento del creditore*, cit., 24 s., il quale – oltre a «denunciare la sostanziale irrilevanza, anche sul piano pratico, della prevista "ripetizione"» – chiarisce che non si tratta di ripetizione per un pagamento indebito, bensì di «una richiesta di indennizzo a sensi dell'art. 2041»; A. DI MAJO, *Dell'adempimento*, cit., 200, nota n. 10; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1990, 218; L. NONNE, *Luogo e tempo dell'adempimento*, in *Tratt. delle obbligazioni* diretto da L. GAROFALO, M. TALAMANCA, La struttura e l'adempimento. V. La liberazione del debitore a cura di M. TALAMANCA, M. MAGGIOLO, Padova, 2010, 295. Supera il dato normativo, affermando la generica ripetibilità dell'arricchimento conseguito dal creditore, senza distinguere rispetto all'ipotesi che il debitore fosse a conoscenza del termine, P. GALLO, *Trattato di diritto civile. IV. L'obbligazione*, Torino, 2019, 187; ID., *Trattato di diritto civile. VII. L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, Torino, 2019, 207.

[43] Specifica al riguardo D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ. del CNN* diretto da P. PERLINGIERI, III.15, Napoli, 2004, 337, che, facendo riferimento a tale specifico limite, «la norma indica che tale arricchimento si identifica in linea di principio col valore obiettivo del godimento del denaro o delle *res* in questione nel periodo intercorrente tra la ricezione e l'effettiva scadenza del credito, e che i profitti realizzati dal creditore con l'impiego, in quel periodo, del danaro o delle *res* non assumo rilevanza: ciò che si viole – appunto – è che al debitore sia restituita l'utilità della quale ingiustamente si è privato».

[44] È opportuno ricordare che secondo quanto si ricava dall'art. 22, comma 2, della Direttiva 2008/48/CE e dall'art. 127, comma 1, TUB, come anche dalle fonti secondarie e da ulteriori documenti che interessano l'argomento (cfr. l'Accordo ABI-Ania del 22 ottobre 2008, la Comunicazione della Banca d'Italia del 10 novembre 2009, la Comunicazione della Banca d'Italia del 7 aprile 2011, l'art. 49 del Regolamento ISVAP n. 35/2010, l'art. 22, comma 15-*quater,* d.lgs. 18 ottobre 2012, n. 179, la lettera al mercato congiunta di Banca d'Italia e IVASS del 26 agosto 2015), la disciplina di cui all'art. 125-*sexies* TUB in tema di estinzione anticipata è inderogabile, non potendo quindi essere escluso convenzionalmente il diritto del consumatore ad ottenere il rimborso dei costi per la durata residua del finanziamento.



5. – Quanto da ultimo detto indurrebbe l'interprete ad una impostazione critica nei confronti della rimborsabilità integrale dei costi del credito per effetto dell'estinzione anticipata secondo quanto affermato dalla giurisprudenza europea, ritenendo invece ragionevole e conforme al dato normativo – in particolare secondo le regole proprie della ripetizione dell'indebito (artt. 2033 ss. cod. civ.) [45] – una limitazione della retrocessione unicamente ai costi destinati a maturare nel corso del tempo secondo quanto originariamente divisato dalle parti, avvallando quindi la distinzione dinnanzi richiamata tra costi *up front* e *recurring*. Sennonché, la diversa soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia non sembra priva di giustificazioni, individuabili tanto in ragioni di politica del diritto, quanto di tutela del consumatore, risultando altresì coerente in chiave di analisi economica del diritto.

In questa prospettiva può in primo luogo farsi riferimento al *favor* del legislatore europeo per l'estinzione anticipata dei finanziamenti, intendendo quindi la retrocessione integrale dei costi come incentivo all'estinzione anticipata, orientata a promuovere e favorire la scelta del consumatore di liberarsi dal rimborso periodico del finanziamento [46]. Ciò corrisponde, in particolare, ad una precisa scelta di politica del diritto del legislatore europeo diretta a favorire l'erogazione di finanziamenti e a contrastare la immobilizzazione del patrimonio [47], potendosi rilevare che la possibilità di estinguere anticipatamente il finanziamento si determina per la disponibilità economica del consumatore, disponibilità che le istituzioni europee preferiscono sia immessa nel mercato consentendo agli operatori bancari di erogare nuovi finanziamenti ad altri soggetti [48], al fine ultimo di incrementare gli investimenti e la crescita economica.

A tale giustificazione si aggiunge senz'altro la necessità, coerente con la prospettiva regolatoria del mercato che è alla base della normativa europea [49], di tutelare il consumatore di fronte al rischio di una determi-

---

[45] Si tenga presente che proprio richiamando l'art. 2033 c.c. si è ritenuto di spiegare la pretesa restitutoria del consumatore ai sensi dell'art. 125-*sexies* TUB (vd. ABF-Coll. coord. n. 13306 del 19 giugno 2018). Diversamente, si è ritenuto, anche richiamando l'art. 1185, comma 2, c.c., che «il tema si muova fuori dall'ambito dell'indebito» (A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione*, cit., 649; in senso analogo sembra orientato anche A. TINA, *Il diritto del consumatore*, cit., 172), posizione questa difficilmente condivisibile laddove si consideri che «ciò che giustifica la sottrazione della "quota parte delle commissioni non maturate" dal "debito da capitale residuo" altro non è che un basilare meccanismo di compensazione (artt. 1241 ss. c.c.) tra il credito di fonte contrattuale, da un lato, e il credito restitutorio dall'altro» (F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato*, cit., 102, nota n. 137).

[46] Con questa specificazione è condivisibile la spiegazione fornita da F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato*, cit., 106, laddove si riferisce a «una forma di "sussidio privato" capace di assolvere un duplice ruolo. Da un lato, quello di incentivare l'estinzione pretermine […]. Dall'altro lato […] quello di orientare verso la parte debole (e, tendenzialmente, meno abbiente) del rapporto l'attribuzione di quella (seppur minima) porzione di somme che, pur avendo remunerato un'attività tecnicamente già compiuta, difficilmente potrebbero altrimenti distinguersi da quelle forme imputabili a prestazioni ancora pendenti nel rapporto».

[47] Al riguardo, una indicazione in tal senso può rinvenirsi, pur in tutt'altro contesto e nella complessità del fenomeno, nel *bail-in* quale strumento di gestione delle crisi bancarie che consente (dopo che sia stato richiesto l'intervento di azionisti e obbligazionisti) di pretendere il contribuito di persone fisiche e PMI che abbiano un deposito superiore ad € 100.000,00 al fine di consentire il risanamento dell'ente creditizio (il tema è ampiamente indagato in dottrina, sotto vari profili, tra questa particolarmente incisivi con riferimento alla posizione dei creditori e in una prospettiva attenta alla tutela del risparmio si presentano i rilievi di G.M. UDA, *Il* bail-in *e i principi della* par condicio creditorum *e del* no creditor worse off (ncwo), in *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela* a cura di V. TROIANO, G.M. Uda, Padova, 2018, 257 ss.).

[48] Proprio la possibilità di erogare nuovi finanziamenti una volta ottenuta la restituzione dell'importo finanziato in seguito all'estinzione anticipata costituisce uno degli argomenti spesi dalla sentenza *Lexitor* per affermare il principio del rimborso integrale di tutti i costi laddove ha affermato che «nel caso di un rimborso anticipato del credito, il mutuante recupera in anticipo la somma data a prestito, sicché quest'ultima diventa disponibile per la conclusione, eventualmente, di un nuovo contratto di credito» (§ 35).

[49] Sul punto, oltre ai classici studi della dottrina straniera (S. GRUNDMAN, F. MÖSLEIN, K. RIESENHUBER (a cura di), *Contract Governance. Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxfrord, 2015; H.W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory-The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Yearbook Eur. Law*, 2009, 3 ss.), vd. A. ZOPPINI, *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mer-*



nazione convenzionale di costi che in concreto sono destinati a maturare nel corso del tempo e quindi sono senz'altro rimborsabili ma che vengono qualificati diversamente al fine di sottrarli alla restituzione in caso di estinzione anticipata. In questo senso, può quindi ritenersi che la scelta di un rimborso che consideri genericamente gli oneri sostenuti per il finanziamento sia orientata a superare e correggere le asimmetrie di potere negoziale nella fase di conclusione del contratto [50], dove il consumatore subisce la determinazione unilaterale del finanziatore di qualificare i costi come connessi alla conclusione del contratto o, ancora, di incrementare gli stessi riducendo la quantificazione di quelli destinati a mutare nel corso del rapporto [51].

Quanto da ultimo rilevato consente inoltre di declinare in termini di analisi economica del diritto la regola del rimborso integrale, laddove quest'ultima risponde indubbiamente ad una ottimale allocazione dei costi in funzione delle scelte organizzative e patrimoniali del finanziatore, non potendo ricadere sul consumatore un costo riguardante attività che non essendo totalmente estranee alla sfera di controllo del creditore sono indipendenti dalle scelte di quest'ultimo pur risultando connesse all'erogazione del finanziamento.

6. – Le anzidette ragioni a sostegno della rimborsabilità di "tutti i costi", per usare l'espressione della sentenza *Lexitor*, in caso di estinzione anticipata del finanziamento da parte del consumatore non sembrano tuttavia in grado di condurre ad escludere che alcune voci di costo siano sottratte dal perimetro della retrocessione, sussistendo piuttosto non secondari argomenti a sostegno di una differente conclusione.

In primo luogo, a voler essere rigorosi, la regola del rimborso di ogni costo dovrebbe condurre alla retrocessione anche delle tasse e delle imposte, espressamente incluse nella nozione di «costo totale del credito», dovendosi tuttavia rilevare che una tale soluzione – oltre ad essere difficilmente sostenibile in termini di ragionevolezza – implicherebbe che la nuova formulazione dell'art. 125-*sexies* TUB sarebbe non conforme alla normativa europea come interpretata dalla Corte di Giustizia laddove esclude espressamente tali costi da quelli retrocedibili e, soprattutto, risulterebbe asistematica laddove si consideri che in altro contesto è proprio la normativa europea ad escludere la rimborsabilità delle imposte in ipotesi ben più radicali di sopravvenienza che incide sul contratto di credito. Il riferimento è, in particolare, al recesso di pentimento che l'art. 14 della Direttiva 2008/48/CE, come anche l'art. 125-*ter* TUB, accorda al consumatore nel termine di quattordici giorni dalla sottoscrizione del contratto e che, pur a fronte della espressa gratuità che lo caratterizza, non consente la retrocessione delle spese non rimborsabili pagate alla pubblica amministrazione.

Ciò induce ad escludere condivisibilmente che le tasse siano restituite per effetto dell'estinzione anticipata del finanziamento e offre una prima indicazione in senso contrario all'applicazione rigorosa dei principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Lexitor*, affermazione questa che assume ancor più concretezza laddove si tenga presente, da un lato, che con riguardo all'estinzione anticipata del finanziamento il legislatore non ha previsto la gratuità e, dall'altro, che i principi generali che regolano la vicenda restitutoria per il caso di sopravvenienze che incidono sull'assetto originariamente divisato dalle parti suggeriscono che

---

cato), in *Riv. dir. civ.*, 2013, 515 ss.; ID., *Diritto privato generale, diritto privato speciale, diritto regolatorio*, in *Ars interpretandi*, 2021, 37 ss.

[50] Sulla rilevanza che l'asimmetria e la regolazione hanno nell'attuale diritto dei contratti, tanto da costituire una nuova parte del diritto dei contatti, vd. la suggestiva ricostruzione di V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali?*, in *Pactum*, 2022, 176.

[51] Tale profilo è indagato, in base ai principi dell'analisi economica del diritto, da E. BAFFI, F. PARISI, *Gli effetti della "sentenza Lexitor": una valutazione con il metodo dell'analisi economica del diritto*, in *Tutela del cliente e "giurisprudenza" ABF. Rassegna ragionata* a cura di G.L. CARRIERO, R. LENER, Roma, 2020, 11 ss. ma spec., 18-32.



in realtà non «tutti i costi» siano effettivamente rimborsabili in caso di estinzione anticipata del finanziamento da parte del consumatore. In questo senso, potendosi rilevare dalla semplice lettura della norma che l'estinzione anticipata non è presidiata dalla gratuità, maggiormente problematico è invece il diverso profilo della disciplina restitutoria cui si è fatto riferimento e che, anticipando quanto si avrà modo di vedere, consente di affermare la non rimborsabilità di alcune (specifiche) voci di costo che sono state sostenute per effetto della conclusione del contratto di credito al consumo, in ciò facendo applicazione della disciplina della ripetizione dell'indebito laddove vieta l'arricchimento senza causa, il quale, peraltro, viene notoriamente riconosciuto – anche dalla giurisprudenza europea [52] – quale principio generale comune ai diritti degli Stati membri [53].

Siffatta prospettiva risulta di immediata utilità laddove si considerino le regole generali in tema di reazione dell'ordinamento alla produzione della ricchezza non giustificata, che notoriamente impone che colui che si avvantaggia a scapito di un altro soggetto che ha subito una perdita non accettabile o non giustificabile è tenuto a indennizzarlo. Tale principio non può non trovare conferma anche nel contesto che ci occupa, dove la perdita economica del creditore-finanziatore è accettabile per quanto concerne i mancati guadagni e i compensi da questi percepiti ma non pare possa anche riguardare quelle voci di costo che sono relative a somme corrisposte a terzi soggetti, posto che ciò corrisponderebbe ad un arricchimento (o meglio ad un vantaggio) del consumatore-finanziato non accettabile e comunque non giustificato laddove questi ha comunque beneficiato della conclusione del contratto di finanziamento, dovendo quindi sopportare i costi sostenuti a suo vantaggio e relativi a prestazioni che non costituiscono remunerazione di attività svolta in suo favore dal creditore-finanziatore.

A tale ultimo fine, il riferimento è costituito, come intuibile, dalla disciplina generale dei rimborsi e delle obbligazioni restitutorie unitariamente intese, ed in particolare – lasciando in disparte la gestione d'affari, in ragione delle peculiarità che la fattispecie presenta [54] – dalla ripetizione dell'indebito e (soprattutto) dall'arricchimento senza causa. È così possibile individuare i principi che consentono di definire il regime di dare e avere per il caso di sopravvenienze che incidono sull'assetto originariamente divisato dalle parti e che, per quanto in questa sede interessa, può seriamente dubitarsi non siano destinate a trovare applicazione anche per l'ipotesi di estinzione anticipata del finanziamento da parte del consumatore.

Considerando l'arricchimento senza causa ed omettendo di riprendere il dibattito che da tempo ha interessa l'istituto e che ha tradizionalmente ridimensionato l'applicazione della relativa disciplina, relegata – anche per effetto di una discutibile interpretazione della sussidiarietà di cui all'art. 2042 cod. civ. [55] – alla margina-

---

[52] Corte di Giustizia 16 dicembre 2008 (C-47/07), ECLI:EU:C:2008:726.

[53] Vd., in dottrina, A. NICOLUSSI, *Le restituzioni*, in *Manuale di diritto privato europeo* diretto da CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *II. Proprietà Obbligazioni Contratti*, Milano, 2007, 185. Per l'arricchimento senza causa come espressione del *ius commune europaeum*, anche per i necessari riferimenti bibliografici, vd. P. SIRENA, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 657 ss.

[54] Non è un caso che la dottrina abbia rilevato che la «gestione di affari altrui presenta […] una complessità dogmatica difficilmente riconducibile alla linearità del divieto generale di ingiustificato arricchimento» (P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, 31, il quale parla di «diverso modello dogmatico delle rispettive pretese restitutorie»).

[55] Sul punto vd. P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 403, il quale con specifico riguardo al rapporto tra azione di arricchimento senza causa e risarcimento del danno ritiene si debba ammettere il concorso alternativo e il concorso integrativo, non anche il concorso cumulativo (in termini pressoché analoghi, già ID., *L'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Diritto civile* diretto da LIPARI, RESCIGNO, *II. Obbligazioni, I. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, 558; ID., *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 78; ID., *Note critiche sulla*



lità, sul convincimento che l'azione generale di arricchimento sia inutile e finanche pericolosa [56], deve riconoscersi che il legislatore impone in generale all'arricchito di riversare al soggetto impoverito il costo dei vantaggi ingiustamente conseguiti, in ciò esplicitando una esigenza di giustizia commutativa che non pare facilmente superabile e che, anzi, costituisce un principio universalmente accettato. Ciò spiega l'assunto in forza del quale «se le spese effettuate hanno consentito la realizzazione di un processo produttivo i cui risultati utili giovano ad altri, o la conservazione o l'incremento del valore capitale di un bene che […] compete ad altri, […] risultano […] integrati tutti gli estremi dell'azione di arricchimento» [57].

Declinando in modo più coerente con il dato normativo i requisiti per l'azione generale di arricchimento e depurando l'istituto da quei pregiudizi che ne hanno caratterizzato l'applicazione a partire dalla codificazione vigente [58], deve ritenersi – per quanto specificatamente interessa in questa sede – che l'arricchimento non possa essere inteso in senso meramente economico ma possa consistere anche in un vantaggio suscettibile di valutazione economica correlato (non ad un danno) ma ad una diminuzione patrimoniale di un altro soggetto. Al riguardo è infatti da ricordare che, muovendo dall'insegnamento della dottrina che da tempo ha ammesso che l'indennizzo di cui all'art. 2041 cod. civ. possa derivare anche dal c.d. arricchimento negativo, la giurisprudenza riconosce che l'arricchimento possa «consistere anche in un risparmio di spesa [59], purché si tratti sempre di risparmio ingiustificato, nel senso che la spesa risparmiata dall'arricchito debba essere da altri sostenuta senza ragione giuridica» [60].

Coerentemente con la disciplina dell'ingiustificato arricchimento vengono in rilievo, per quanto in questa sede specificatamente interessa, alcune previsioni paradigmatiche in tema di ripetizione dell'indebito in forza delle quali è possibile ricavare l'indicazione che la vicenda restitutoria non consente di escludere il rimborso di alcune voci di costo per il solo fatto che il titolo sia invalido, inefficace o sia stato comunque esercitato il diritto di recesso, casi questi in relazione ai quali – pur non essendo mancate perplessità e soluzioni alternative orientate a prospettare una differente disciplina del regime delle restituzione per il caso di inefficacia sopravvenuta del contratto rispetto alle differenti ipotesi di invalidità [61] – trova comunemente applicazione la disciplina degli artt. 2033 ss. cod. civ. [62].

---

sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 115), soluzione questa che è stata di recente recepita da Cass., 17 gennaio 2020, n. 843, in *Giur. it.*, 2020, 1891 ss., la quale ha affermato che «la vittima di un atto illecito potrà scegliere di pretendere da colui che lo ha commesso la restituzione dell'arricchimento senza causa ovvero il risarcimento del danno (concorso alternativo). Non potrà invece pretendere tanto la restituzione dell'arricchimento senza causa, quanto il risarcimento del danno, in quanto ciò è vietato dall'art. 2042 c.c. (concorso cumulativo). Al coordinamento tra le due suddette regole consegue logicamente che potrà pretendere la restituzione dell'arricchimento senza causa e anche il risarcimento del maggior danno, ovvero il risarcimento del danno e anche la restituzione dell'arricchimento senza causa ulteriore (concorso integrativo)».

[56] In questo senso E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, negli Atti del Convegno «Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale», in *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 6, 499 e 503.

[57] P. GALLO, *Spese in diritto civile e comparato*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 676.

[58] Il riferimento, per limitarsi alla dottrina più autorevole e immediatamente successiva al codice vigente, è ad A. TRABUCCHI, *Arricchimento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 64 ss.; P. SCHLESINGER, *Arricchimento (azione di)*, in *Nov. dig. it.*, I.2, Torino, 1958, 1004 ss.

[59] P. SCHLESINGER, *Arricchimento*, cit., 1007.

[60] Così Cass., 4 settembre 2013, n. 20226, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Arricchimento senza causa*, n. 2.

[61] È al riguardo noto che mentre l'impostazione tradizionale ipotizza l'applicazione delle regole della ripetizione dell'indebito all'ipotesi della mancanza originaria e alla mancanza sopravvenuta di giustificazione della causa di attribuzione (vd. E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 435 ss.), una più recente impostazione ha teorizzato un regime giuridico differenziato per le due ipotesi (sul tema, per la completezza dell'indagine e per gli opportuni riferimenti



A tale ultimo riguardo deve in particolare considerarsi l'art. 2040 cod. civ., che espressamente regola il rimborso delle spese in favore di colui che restituisce la cosa, richiamando a tal fine la disciplina del possesso relativamente agli artt. 1149-1152 cod. civ. Ciò comporta che tutte le volte in cui le restituzioni vengono declinate secondo la disciplina dell'indebito, deve riconoscersi – facendo applicazione dell'art. 2040 cod. civ. – che colui che è tenuto alla restituzione, quandanche in mala fede, ha sempre diritto al rimborso delle spese fatte per le riparazioni straordinarie e un'indennità per i miglioramenti sussistenti al tempo della restituzione in misura pari al minor valore tra la spesa e l'aumento di valore e, se ha diritto alla restituzione dei frutti (vale a dire quanto è in buona fede), anche alle spese per le riparazioni ordinarie. Peraltro, non pare superfluo rilevare che l'ipotesi considerata dall'art. 2040 cod. civ. è invero stata ricondotta alla logica dell'arricchimento senza causa, intesa quale disciplina generale dei rimborsi [63], in tal modo superando la riduzione teleologica cui è stato tradizionalmente assoggettato il tema delle spese laddove si voglia fare riferimento all'indebito [64] ed imponendo in ogni caso di fare applicazione delle regole dell'arricchimento senza causa tutte le volte in cui la problematica delle spese da rimborsare risulti svincolata da qualsivoglia connotato reale e comunque di restituzione per effetto dell'indebito [65]. Quanto da ultimo rilevato conduce pur sempre alla conseguente applicazione del principio dell'integrale rimborso [66], tanto che nell'approcciarsi a tale tematica la dottrina non ha mancato di rilevare che il riferimento debba essere in ogni caso alle norme sull'arricchimento senza causa tutte le volte in cui manchi una specifica disciplina [67].

Nel medesimo contesto, si consideri inoltre che con riguardo alla risoluzione del contratto in generale la dottrina – mantenendo ferma la diversità ontologica tra rimborso e diritto al risarcimento del danno – ha affermato che in mancanza di inadempimento (e a favore della parte non inadempiente) il rimborso deve ammettersi anche oltre la disciplina richiamata dall'art. 2040 cod. civ., in ciò facendo riferimento a quanto previsto dall'art. 1479, comma 3, cod. civ., che per il caso di risoluzione del contratto di vendita di cosa altrui

---

bibliografici, vd. E. BARGELLI, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della* restitutio in integrum *nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 92; ID., *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, *passim* ma spec. 145 ss.).

[62] La disciplina della ripetizione dell'indebito è applicata indistintamente dalla giurisprudenza quale conseguenza dell'invalidità e per l'ipotesi della risoluzione, affermando in particolare che «l'art. 2033 c.c., pur essendo formulato con riferimento all'ipotesi del pagamento *ab origine* indebito, è applicabile per analogia anche alle ipotesi di indebito oggettivo sopravvenuto per essere venuta meno, in dipendenza di qualsiasi ragione, in un momento successivo al pagamento, la *causa debendi*» (vd. Cass., Sez. un., 9 marzo 2009, n. 5624, in *Giust. civ.*, 2009, I, 836).

[63] Sul punto, vd. C. PASQUINELLI, *I rimborsi*, in *Ripetizione dell'indebito* a cura di E. Bargelli, nella *Nuova giur. di dir. civ. e comm.* fondata da W. BIGIAVI, Torino, 2014, 449.

[64] Tale impostazione è evidente laddove si consideri che secondo parte della dottrina gli artt. 2037 ss. c.c. «sono […] certamente inapplicabili all'ipotesi di indebita *solutio* di danaro» (D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 215 s.).

[65] Vale la pena ricordare che secondo la giurisprudenza di legittimità «la ripetibilità è condizionata dal contenuto della prestazione e dalla possibilità concreta di ripetizione, secondo le regole dell'art. 2033 e ss. cod. civ., operando altrimenti, ove ne sussistano i presupposti, in mancanza di altra azione, l'azione generale di arricchimento prevista dall'art. 2041 c.c.» (così Cass., 15 aprile 2010, n. 9052, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1294 ss., e già in precedenza Cass., 8 novembre 2005, n. 21647, in *Contratti*, 2006, 552 ss.), da ciò ricavandosi che la natura non ripetibile della prestazione impone l'applicazione della disciplina dell'arricchimento senza causa e non anche della ripetizione dell'indebito.

[66] Tale conclusione non pare argomentabile, come invece sostenuto in dottrina, in base all'art. 2031 c.c. in tema di gestione di affari altrui (vd. A. BARBA, *Spese (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 326), posto che – oltre alla già rilevata eterogeneità funzionale della gestione di affari e del divieto di arricchimento senza causa (vd. *retro,* nota n. 54) – nella gestione di affari altrui, al fine di ammettere il rimborso delle spese, si richiede unicamente che la gestione sia utilmente iniziata, mentre nella disciplina dell'arricchimento senza causa occorre far riferimento all'arricchimento effettivo (vd. P. SIRENA, *La gestione di affari altrui*, cit., 314 ss.).

[67] Vd. E. MOSCATI, *La problematica delle spese e l'azione di arricchimento*, in ID., *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Padova, 2012, 355 s.



regola il rimborso delle spese in favore del compratore, e ritenendo che la previsione sia espressione di una regola generale applicabile analogicamente ad ogni ipotesi di risoluzione per inadempimento del contratto e idonea a «regolare la situazione in cui la parte non inadempiente eroga spese di cui non può giovarsi in conseguenza di una vicenda (risoluzione del contratto) causata dalla controparte», affermando quindi il «diritto al rimborso di tutte le spese necessarie e utili fatte per la cosa anche oltre il limite dell'aumento di valore della cosa» [68]. Si tratta di una impostazione di indubbia rilevanza per la questione in esame, posto che ciò ha consentito di affermare un principio generale in base al quale è possibile individuare un autonomo titolo al rimborso – cui sono applicabili le regole dell'arricchimento senza causa – che impone a colui che ha dato causa alla inoperatività anche incolpevole del contratto di mantenere indenne l'altro contraente delle spese fatte per il contratto [69].

Considerando che l'art. 2040 cod. civ., nel prevedere la restituzione della cosa ed il rimborso al possessore delle spese e dei miglioramenti riguarda un'ipotesi senz'altro riconducibile all'obbligazione restitutoria derivante dall'estinzione anticipata del finanziamento, dove il problema del diritto al rimborso delle spese sostenute dall'*accipiens* si pone con riguardo al creditore-finanziatore, vale a dire colui che è tenuto alla restituzione della quota non maturata dei costi sostenuti dal debitore-consumatore (*solvens*), sembra doversi ammettere che il creditore-finanziatore ha diritto al rimborso integrale delle spese necessarie e di quelle utili nei limiti dell'aumento di valore ottenuto [70].

Quanto detto impone di precisare che il riconoscimento del diritto del consumatore alla retrocessione di tutto ciò che formalmente è ricompreso nel «costo totale del credito», secondo la definizione dell'art. 3, lett. g), della Direttiva 2008/48/CE, come anche dell'art. 121, comma 1, lett. e), TUB, non esclude e non risulta incompatibile con l'applicazione dei principi dinnanzi menzionati, non potendosi peraltro dimenticare che la giurisprudenza europea ha da tempo affermato che tanto la buona fede, quanto le regole sull'arricchimento senza causa, possono determinare la nascita di un obbligo in capo al consumatore di risarcire o indennizzare il professionista per l'uso del bene precedentemente all'esercizio del diritto di recesso [71], il che induce ad applicare una analoga regola anche per il caso di estinzione anticipata del contratto di credito al consumo da parte del consumatore. Piuttosto, confermata la rimborsabilità proporzionale di tutti i costi in seguito all'estinzione anticipata e riconoscendo che il limite dell'arricchimento non contrasta con l'interpretazione dell'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE fornita dalla giurisprudenza europea in quanto ciò attiene pur sempre ai criteri di rimborso, che espressamente non vengono considerati dalla Corte di Giustizia, sembra doversi ammettere che l'art. 2040 cod. civ. debba trovare applicazione anche per il caso di estinzione anticipata del cre-

[68] C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*[3], Milano, 2021, 313, e nello stesso, già in precedenza, ID., *La vendita e la permuta*[2], in *Tratt. dir. civ. it.* fondato da F. VASSALLI, Torino, 1993, 637 s., 759 ss. e 975 s., rispettivamente con riguardo all'invalidità del contratto di vendita, alla risoluzione della vendita di cosa altrui e alla risoluzione in presenza di vizi e mancanza di qualità della cosa compravenduta. Si tenga a tale ultimo riguardo presente che, superando la limitazione ai rimborsi per «le spese e i pagamenti legittimamente fatti per la vendita» (art. 1493 c.c.), secondo parte della dottrina dovrebbe farsi riferimento all'art. 1150 c.c., con conseguente diritto al rimborso delle spese utili e necessarie, anche nell'ipotesi di risoluzione del contratto di compravendita per vizi, (P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita (art. 1470-1547)*[2], in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981, 269), mentre, secondo una diversa impostazione, in tale ipotesi dovrebbero applicarsi analogicamente le norme sulla garanzia contro l'evizione (D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da CICU, MESSINEO, Milano, 1952, 816).

[69] C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 759 ss., facendo riferimento alla previsione dell'art. 1479 c.c., vi fa rientrare «spese concernenti la redazione dell'atto, la trascrizione, i pesi fiscali, i compensi dovuti a terzi per la conclusione della vendita o per la determinazione delle sue attribuzioni».

[70] P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in *Diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno, II. Obbligazioni, I. Il rapporto obbligatorio, Milano, 2009, 545 s.

[71] Il riferimento è a Corte di Giustizia 3 settembre 2009 (C-489/07), ECLI:EU:C:2009:502, in *Contratti*, 2010, 355 ss.



dito al consumo, fermo in ogni caso l'onere per l'*accipiens* di provare – ai sensi dell'art. 2697, comma 2, cod. civ. – le spese in concreto sostenute.

7. – La prospettazione dinnanzi fatta induce, quindi, a dubitare fondatamente che la lettura offerta dalla giurisprudenza europea consenta di semplificare eccessivamente il problema degli effetti dell'estinzione anticipata del finanziamento quanto ai costi che devono essere retrocessi al consumatore, imponendo piuttosto di limitare il principio espresso dalla giurisprudenza europea nella sentenza *Lexitor* unicamente ai costi che vengono imposti dal finanziatore, escludendo di conseguenza quelli corrisposti da quest'ultimo ai terzi estranei al rapporto di finanziamento [72].

A quest'ultimo fine, il riferimento è – in particolare – a quelle voci di costo che corrispondono a somme che non sono attribuite al finanziatore e relativamente alle quali lo stesso è estraneo per quanto riguarda la loro determinazione, non risultando rappresentative di una sua scelta organizzativa interna, la cui esclusione delle voci di costo rimborsabili non sembra porsi in contrasto con le rilevate ragioni sottese alla regola del rimborso integrale, risultando piuttosto coerente con un ragionevole ed efficiente distribuzione dei costi in ragione dei benefici ottenuti [73]. Tanto le regole generali applicabili alle restituzioni, come anche ragioni di efficienza allocativa, sembrano giustificare l'esclusione di alcuni costi dalla rimborsabilità per effetto dell'estinzione anticipata del finanziamento [74], dovendo rimanere a carico del debitore-consumatore i costi non determinati unilateralmente dal finanziatore e da questi non acquisiti [75].

In questo contesto, oltre alle imposte e ad eventuali oneri di stipula del contratto, tra i quali assumono rilevanza gli ipotetici costi notarili, deve farsi riferimento, da un lato, ai costi assicurativi e, dall'altro, alle commissioni per la promozione e conclusione dei contratti di finanziamento. Tuttavia, mentre per quanto concerne gli oneri assicurativi la rimborsabilità al consumatore consegue direttamente alla disciplina applicabile nel caso di specie al contratto di assicurazione, vale a dire la disposizione che – analogamente a quanto previsto dall'art. 122, comma 3, c. ass. per l'assicurazione obbligatoria per i veicoli a motore e i natanti e diversamente da quanto previsto dall'art. 1896 cod. civ. per il contratto di assicurazione in generale – impone il rimborso della quota non maturata del premio (art. 22, comma 15-*quater* ss., d.l. 18 ottobre 2012, n. 179,

---

[72] Sul punto, vd. M. RABITTI, *ABF e LEXITOR: estinzione anticipata e riduzione del costo del credito alla luce del principio di equità integrativa*, in *dirittobancario.it*, richiama «il principio per cui nessuno può essere obbligato, se non per espressa previsione di legge, a rimborsare un costo che è stato sopportato per remunerare l'attività di un terzo».

[73] Al riguardo sembra pertinente il riferimento ad una regola di imputazione coerente con l'efficienza propria dell'analisi economica del diritto sulla cui base distinguere dalle ipotesi in cui può ravvisarsi una asimmetria di potere contrattuale che sottende all'imposizione dei costi, gli oneri che derivano da «prestazioni esaurite e attribuibili all'iniziativa del consumatore» (vd. M. NATALE, *Estinzione anticipata nel credito*, cit., 101, nota n. 53, il quale richiama la riflessione di R. PARDOLESI, *Clausole abusive nei contratti dei consumatori. E oltre?*, in *Foro it.*, 2014, V, c. 12, che sembra evocare il principio del *cheapest cost avoider,* sul quale il riferimento imprescindibile è a G. CALABRESI, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970, *passim*).

[74] E. BAFFI, F. PARISI, *Gli effetti della "sentenza Lexitor"*, cit., 32, nel rilevare le inefficienze derivanti dalla interpretazione della giurisprudenza europea sul rimborso di tutti i costi, affermano che «Le inefficienze […] potrebbero […] essere limitate rendendo non rimborsabili quelle voci di costo *up-front*, eventualmente identificate in una normativa integrativa, che non possono essere artificialmente incrementate dai finanziatori».

[75] In proposito, vd. G. ALPA, *Il caso Lexitor e l'estinzione anticipata del debito nel rapporto di credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2021, 232, il quale ritiene necessario considerare che «le provvigioni eventualmente dovute all'intermediario creditizio scelto dal consumatore sono versate all'intermediario da parte della banca, che se le accolla. La scelta dell'intermediario è rimessa però al consumatore, ed è il consumatore che sceglie di rivolgersi all'intermediario piuttosto che non direttamente all'istituto di credito; istituto di credito potrebbe risparmiare i relativi costi se il consumatore si rivolgesse direttamente ad esso».



convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221)[76], per le riferite commissioni s'impone una necessaria distinzione tra quelle di intermediazione e quelle dell'agente finanziario, laddove solo relativamente alle prime il finanziatore risulta effettivamente estraneo, mentre le seconde – risultando rappresentative di una scelta organizzativa interna dello stesso – sono da lui determinate e (soprattutto) a lui direttamente corrisposte in quanto l'agente promuove e conclude contratti su mandato diretto dell'intermediario[77].

D'altronde, neppure pare che la prospettata soluzione che esclude dal rimborso spettante al consumatore somme che nella sostanza non rispecchiano il corrispettivo di attività svolte dal finanziatore in quanto da corrispondere a soggetti terzi sia in contrasto con i principi affermati dalla sentenza *Lexitor*[78], dovendosi ricordare che in questa sede la Corte di Giustizia ha fatto riferimento unicamente ai costi determinati unilateralmente dal finanziatore[79], con il che non appare possibile estendere tale conclusione ai costi che non presentano tale caratteristica[80]. Da ciò deriva che per questi ultimi costi potrà (e dovrà) farsi riferimento ai principi generali e comuni al diritto degli Stati membri e, in particolare, alla disciplina dell'arricchimento senza causa che come dinnanzi detto costituisce espressione di quell'esigenza di giustizia sostanziale posta a presidio di qualsivoglia rapporto giuridico cui non pare possano sottrarsi neppure i contratti di credito stipulati con il consumatore.

---

[76] L'onere di restituzione, secondo quanto prevede la norma, compete a «le imprese», il che potrebbe indurre a ritenere che con ciò si sia inteso fare riferimento all'assicuratore e non anche al finanziatore, dovendosi tuttavia rilevare che le decisioni dell'ABF hanno tradizionalmente affermato che anche il finanziatore sia tenuto in solido con la compagnia di assicurazione ad effettuare il rimborso del premio non goduto (vd. ABF-Coll. coord. n. 6167 del 22 settembre 2014), soluzione questa da condividere anche in ragione del rilievo che la previsione dell'art. 22, comma 15-*quater* ss., d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, riprende l'art. 49, regolamento ISVAP n. 35 del 26 maggio 2010, che a sua volta è ispirato alle Linee guida sottoscritte da ABI e ANIA il 22 ottobre 2008 (il rilievo si trova in F. OLIVIERO, *L'anticipato adempimento*, cit., 392, nota n. 68), il quale prevede che in caso di estinzione del contratto di assicurazione per effetto dell'estinzione anticipata del finanziamento «il soggetto mutuante restituisce al cliente – sia nel caso in cui il pagamento del premio sia stato anticipato dal mutuante sia nel caso in cui sia stato effettuato direttamente dal cliente nei confronti dell'assicurato – la parte del premio pagato relativo al periodo residuo per il quale il rischio è cessato».

[77] Con riferimento alla rete distributiva, al ricorso a reti esterne di distribuzione e al ruolo degli intermediari del credito, la Delibera 145/2018 della Banca d'Italia, avente ad oggetto "Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione: Orientamenti di vigilanza", sottolinea che l'intervento di soggetti nel processo distributivo «assicura capillarità dell'offerta, ma espone gli intermediari a rischi operativi, legali e reputazionali; incide inoltre in misura rilevante sul costo finale del prodotto per il cliente» (§ 39), specificando che «gli intermediari del credito sono tenuti a indicare negli annunci pubblicitari e negli altri documenti destinati ai consumatori a quale titolo operano, entro quali limiti possono svolgere la propria attività e, in particolare, se sono legati da rapporti contrattuali con uno o più finanziatori oppure agiscono in qualità di mediatori convenzionali o non convenzionali» (§ 40) e prevedendo che «Qualora il mediatore creditizio richieda al consumatore un corrispettivo per i suoi servizi il compenso è comunicato al consumatore e costituisce oggetto di accordo scritto su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, prima della conclusione del contatto di credito nel rispetto delle previsioni di cui alla Sezione VIII delle Disposizioni» (§ 42).

[78] Così, al fine di escludere la possibilità di riferirsi utilmente agli artt. 1149 e 1150 c.c. e riferirsi alla disciplina dell'arricchimento senza causa, G. LIACE, *Il credito al consumo*, cit., 150, il quale afferma che «normativamente è prevista la non rimborsabilità delle spese necessarie come quelle notarili e le imposte».

[79] Corte di Giustizia 11 settembre 2019 (C-383/2018), cit., § 31.

[80] In questo senso suscita non poche perplessità la previsione contenuta nella nuova formulazione dell'art. 125-*sexies*, comma 3, TUB laddove prevede che, in mancanza di diversa pattuizione tra finanziatore e intermediario del credito, il primo abbia diritto di regresso nei confronti del secondo per la quota rimborsata al consumatore a titolo di costi di intermediazione, previsione questa che risulta asistematica e difficilmente giustificabile (vd. U. MALVAGNA, *L'estinzione anticipata*, cit., 58-60).

JUS CIVILE



CARLOTTA DE MENECH

Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Pavia

LA PROTEZIONE DELL'AFFIDAMENTO "QUALIFICATO" NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO SULLO SFONDO DEL DIALOGO TRA CORTE EDU E GIUDICI NAZIONALI IN MATERIA DI RIPETIZIONE DEGLI EMOLUMENTI NON DOVUTI DALLA P.A.

SOMMARIO*: 1. Premessa: il triplice piano di queste riflessioni. – 2. La ripetibilità dell'indebito retributivo nel pubblico impiego: il limite dell'affidamento "qualificato" nella giurisprudenza della CEDU. – 3. L'adeguamento della normativa interna alla decisione della Corte europea. La via della buona fede oggettiva. – 4.* Segue*. La via dell'apparenza. – 5. L'affidamento "qualificato" nel diritto privato europeo.*

1. – Al diritto privato europeo viene, sovente e non senza buone ragioni, addebitato di decostruire le categorie dei sistemi nazionali, di far sbiadire i confini tra istituti, di mettere in crisi i postulati di questi ultimi, e finanche di trasfigurare i concetti normativi [1]. Parallelamente, però, l'esperienza giuridica europea può offrire all'interprete nuovi stimoli, metodi e spunti ricostruttivi. Questa considerazione rappresenterà il filo conduttore delle riflessioni che seguiranno. Quanto, invece, al loro ordine, è utile prendere a prestito una metafora tratta dalla tecnica fotografica, affermando che il discorso si articolerà per piani di profondità.

In primo piano, il caso della ripetibilità di emolumenti corrisposti da un ente pubblico a taluno dei propri dipendenti in difetto di *causa debendi*, oppure in eccesso rispetto alla *causa debendi* esistente. Nel diritto applicato dalle nostre corti (civili o amministrative, secondo che il lavoratore appartenga ad una categoria privatizzata o meno [2]), il caso viene ritenuto sussumibile nell'art. 2033 cod. civ. [3]. Disposizione che, come noto,

---

[1] A quest'ultimo riguardo, v. A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ*., 2010, 776 ss.

[2] Cfr. art. 63 (Controversie relative ai rapporti di lavoro) del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni).

[3] Tale sussunzione sottende l'accoglimento dell'impostazione che ravvisa nell'iniziativa della p.a. tesa al recupero di emolumenti al dipendente l'esercizio di un diritto soggettivo che s'inscrive nell'ambito di un rapporto paritetico di natura privatistica, anziché – come, invece, precedentemente si era ritenuto – un atto a valenza provvedimentale nel contesto dell'autotutela pubblicistica: cfr. Cons. Stato, 20 aprile 2004, n. 2203; Cons. Stato, Ad. Plen., 30 agosto 2018, n. 12, sia pure nel quadro di una decisione vertente sulla fattispecie, contigua a quella in esame, della rideterminazione da parte della p.a. del contributo di costruzione previsto dall'art. 16 D.P.R. 6 giugno 20110, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) a seguito di errori di calcolo.

L'applicazione dell'art. 2033 cod. civ. resta invece esclusa in radice per le fattispecie in relazione alle quali il legislatore ha dettato disposizioni appositamente volte ad impedire la ripetizione di emolumenti non dovuti. Così, ad es., l'art. 52 l. 9 marzo 1989, n. 88 stabilisce che «[l]e pensioni […] possono essere rettificate in ogni momento dagli enti o fondi erogatori in caso di errore di qualsiasi natura commesso in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione della stessa»; e soggiunge che «[n]el caso in cui […] siano state corrisposte rate di pensione risultanti non dovute, non si fa luogo al recupero delle somme corrisposte, salvo che l'indebita percezio-



obbliga l'*accipiens* a restituire al *solvens* la prestazione ricevuta al perfezionarsi di una fattispecie che consta di soli elementi oggettivi – precisamente, due: l'atto solutorio [4] e la mancanza di un fondamento giustificativo – mentre non contempla requisiti soggettivi attinenti alla sfera delle parti [5]: è infatti al solo scopo di limitare l'obbligazione accessoria avente ad oggetto gli interessi e i frutti che la norma prende in considerazione la buona fede soggettiva del percettore. Sulla scorta dell'art. 2033 cod. civ., i pubblici dipendenti si sono trovati, quindi, frequentemente costretti a restituire le somme corrisposte dalla P.A. senza giusta causa (o in supero di causa), pur se ignari del carattere indebito dei pagamenti ricevuti e finanche ove all'amministrazione fossero addebitabili profili di negligenza o contraddittorietà tali da giustificare l'affidamento riposto dal lavoratore nella legittimità e definitività della *solutio* [6].

Nel febbraio dello scorso anno, la soluzione abitualmente praticata dai giudici italiani è finita sotto la scure della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) la quale, valorizzando alcuni profili giuridici e fattuali della vicenda in cui si inscriveva il pagamento indebitamente effettuato dall'ente pubblico, ha ravvisato nell'*accipiens* un affidamento consolidato ad un punto tale che la sua frustrazione avrebbe determinato un'ingerenza non proporzionata nel diritto dell'individuo al rispetto dei propri beni (e, dunque, comportato una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo [7]) [8].

---

ne sia dovuta a dolo dell'interessato». Come chiarito dalla Corte costituzionale, la *ratio* dell'eccezione alla regola della ripetibilità propria del sistema civilistico riposa sulla considerazione che le prestazioni pensionistiche vengono normalmente destinate dal percettore al soddisfacimento di bisogni alimentari propri e della propria famiglia, e poggiano sulla garanzia sancita dall'art. 38, comma 1, Cost. (cfr. Corte cost., 13 gennaio 2006, n. 1 e Corte cost., 14 dicembre 1993, n. 431).

[4] Sebbene nell'art. 2033 cod. civ. il legislatore impieghi il sostantivo «pagamento», è pacifico che quest'ultimo vada inteso in senso lato: v. D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, ESI, 2005, 158-162.

[5] Così, da un canto, l'azione restitutoria non è condizionata dall'errore del *solvens* e può esser esperita anche qualora consti la sua *scientia indebiti* (soluzione che vale a prevenire le difficoltà dogmatiche in cui s'imbatté la scienza giuridica francese per individuare il titolo giustificativo dell'acquisto: v. U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, II ed., UTET, 1999, 912-914). E d'altro canto, ai fini del perfezionarsi della fattispecie neppure rileva la buona o mala fede dell'*accipiens*.

[6] Cfr. Cons. Stato, 12 settembre 2013, n. 4519; Cons. Stato, 20 aprile 2004, n. 2203; Cass., sez. lav., 8 aprile 2010, n. 8338; Cass., sez. lav., 3 marzo, 2016, 4230; Cass., sez. lav., 2 marzo 2016, n. 4086. Merita inoltre d'esser ricordato che Corte cost., 24 maggio 1996, n. 166 – per dichiarando manifestamente inammissibile la censura d'incostituzionalità dell'art. 2033 cod. civ. per contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost., a causa dell'erronea individuazione della norma impugnabile – aveva avuto modo di affermare che il disposto codicistico in parola «non è censurabile in riferimento ad alcun parametro costituzionale, essendo improntato al principio di giustizia che vieta l'arricchimento senza causa a detrimento altrui».

È il caso di sottolineare che l'affidamento dell'indebito percipiente riceverebbe invece una qualche protezione, là dove l'iniziativa recuperatoria della p.a. venisse qualificata come attività provvedimentale. Difatti, l'esercizio di quest'ultima soggiace alle cautele che la l. 7 agosto 1990, n. 241 (Legge sul procedimento amministrativo) appronta, per l'appunto, a presidio del principio di affidamento. In particolare, l'art. 21-*nonies* dispone che «il provvedimento amministrativo […] può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge»; e l'art. 21-*quinquies* stabilisce che in ogni caso «se la revoca comporta pregiudizio in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo».

[7] A mente del quale «[o]gni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto della sua proprietà. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non nell'interesse pubblico e alle condizioni stabilite dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

[8] CEDU, 11 febbraio 2021, causa Casarin c. Italia, ric. n. 4893/13, consultabile *online* su *https://hudoc.echr.coe.int.* Per un'analisi dettagliata (e critica) della pronuncia, v. E. BUFANO, A. DINISI, *Ripetizione dell'indebito e affidamento dell'*accipiens. *CEDU e diritto interno a confronto*, in *Pactum*, 2022, 71 ss.

Nella decisione di cui è parola, la CEDU fa applicazione di canoni di giudizio enucleati in pronunce precedentemente emesse sulla medesima problematica: v., in particolare, CEDU, 12 dicembre 2019, causa Romeva c. Macedonia del Nord, ric. n. 32141; CEDU 26 aprile 2018, causa Čakarević v. Croazia, ric. n. 48921/2013, entrambe consultabili *online* su *https://hudoc.echr.coe.int.*



Il secondo piano del discorso verterà su due pronunce della Corte di cassazione italiana, che sono intervenute nei mesi successivi alla decisione della CEDU, e al pari di quest'ultima, sollecitano l'attenzione sui presupposti, limiti e modi di tutela dell'affidamento. La prima si pone in diretta connessione con la giurisprudenza di Strasburgo: ci si riferisce all'ordinanza con cui, nel dicembre dello scorso anno, la sezione lavoro della Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 cod. civ. per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo 1 addizionale alla Convenzione Edu (come interpretato dalla CEDU), «nella parte in cui, in caso di indebito retributivo erogato da un ente pubblico e di legittimo affidamento del dipendente pubblico percipiente nella definitività dell'attribuzione, consente un'ingerenza non proporzionata nel diritto dell'individuo al rispetto dei suoi beni» [9]. La seconda pronuncia, solo indirettamente accostabile alle prime due, è la sentenza con cui la Cassazione, nel giugno dell'anno passato, ha concretizzato la clausola generale di buona fede per mezzo del riferimento all'istituto tedesco della *Verwirkung* onde tutelare l'affidamento ingenerato nel debitore dalla condotta "inerte" del creditore nell'esercizio della pretesa all'adempimento, e giungendo sostanzialmente a configurare una causa atipica di estinzione del rapporto obbligatorio [10].

Sullo sfondo del ragionamento si collocherà, infine, il tema della "protezione dell'affidamento qualificato nel diritto privato europeo": espressione, quella riportata tra le virgolette, doppiamente stipulativa. «La nozione di diritto privato europeo» – come chiarisce Salvatore Mazzamuto nella voce enciclopedica recentemente scritta in argomento – «non può che essere stipulativa giacché il riferimento territoriale che essa evoca difetta del requisito della statualità o quanto meno non esibisce nei termini usuali del nostro positivismo legalistico» [11]. Onde è senz'altro opportuno chiarire in quale senso la s'impiegherà. Nelle riflessioni che seguiranno, alla nozione verrà attribuita una portata estesa che tiene conto, in una prospettiva dialogica, delle tradizioni giuridiche nazionali, del contributo delle corti, e dell'apporto della dottrina. Stipulativa è altresì l'espressione "protezione dell'affidamento qualificato". In queste pagine la s'intenderà come riassuntiva dei diversi modelli giuridici in cui l'affidamento di un soggetto intorno a una data situazione giuridica, per l'essere corroborato da speciali circostanze, merita una speciale tutela in caso d'offesa: una tutela che per solito consiste nella stabilizzazione della situazione erroneamente creduta vera, e che – con un poco di approssimazione – potrebbe dunque dirsi "in forma specifica".

Una tassonomia dei modelli in parola è stata proposta da Rodolfo Sacco [12], delineando la seguente tripar-

---

[9] Si tratta di Cass., sez. lav., ord. 14 dicembre 2021, n. 40004.

[10] Si tratta di Cass., 14 giugno 2021, n. 16473, in *Nuova giur. civ. comm*., I, 2021, 1043. La pronuncia è stata oggetto di diversi commenti pubblicati sulle principali riviste giuridiche italiane: v., tra i molti, G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in ivi, II, 2021, 1164 ss.; F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, ivi, 1171 ss.; M. ORLANDI, *L'ermeneutica del silenzio*, ivi, 1179 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La* Verwirkung *(e i suoi limiti)*, ivi, 1186 ss.; C.M. NANNA, *Prescrizione,* Verwirkung *e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, 2022, 193 ss.; A.M.S. CALDORO, *Inerzia del creditore, affidamento, rilancio improvviso delle pretese creditorie. Di buona fede (militante), abuso e* Verwirkung, in *Danno e resp*., 2022, 91. In senso nettamente contrario all'applicabilità nel sistema italiano della dottrina della *Verwirkung,* si era espressa invece Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 448 ss., con nota di F. RINALDI, Verwirkung, *ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*; e, più di recente, Cass., 15 ottobre 2013, n. 23382; e Cass., sez. lav., ord. 28 gennaio 2020, n. 1888.

Merita di esser segnalato – quanto meno nella prospettiva dello studio sulla circolazione dei modelli giuridici – che a circa un anno di distanza dalla nostra Corte di cassazione anche il Tribunal Supremo Spagnolo, 21 giugno 2022, n. 491, ha statuito che «[i]l *retraso desleal* (o in tedesco *Verwirkung*) è una figura che trova applicazione nell'ordinamento spagnolo» precisando che «per l'applicazione del *retraso desleal* è necessaria la presenza di "*actos proprios*" del creditore che siano idonei a ingenerare nel debitore un affidamento ragionevole sul fatto che il credito non sarà più preteso».

[11] S. MAZZAMUTO, *Progetti di codificazione europea sul contratto*, in *Enc. dir*., *I tematici*, I, Giuffrè, 2021, 925.

[12] R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. Vol. 1. Il fatto, l'atto, il negozio*, UTET, 2005, 227 ss.



tizione. Da un canto, si situerebbero le molteplici figure che nascono in seno ai concetti di equità o buona fede e hanno quale minimo comune denominatore il «dovere di coerenza»: tali sono, per esempio, il rimedio processuale dell'*estoppel* [13] nelle sue numerose epifanie [14] (tra cui va annoverata la *interdiction de se contredire au détriment d'autrui* [15]), il criterio di decisione espresso dal brocardo «*nemo contra factum proprium venire potest*» [16], l'istituto della *Verwirkung* [17], e la tutela della *reliance* [18]. Da un altro canto, dovrebbero esser collocate la teoria dell'*apparentia iuris* [19] e la dottrina dell'*error communis facit ius* [20]; le quali invece sorgono per (astrazione e) generalizzazione di singole fattispecie positive, e convergono su di un fenomeno og-

[13] Sulle origini e lo sviluppo dell'istituto v. E. COOKE, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, 2000, 16 ss.

[14] SACCO, *op. ult. cit*., 228 s. spiega che della figura esistevano numerose varianti già in Inghilterra, paese ove essa nacque, e nuove versioni generò la successiva circolazione del modello negli ordinamenti di *common law*.

[15] Secondo SACCO, *op. ult. cit*., 236, quest'ultima coinciderebbe invero con l'*estoppel*, «[m]a in Francia è bene che la regola straniera che si sta acclimatando venga ribattezzata in lingua locale [e] un giurista di riflessi pronti ha coniato l'espressione, precisa ed elegante, *interdiction de se contredire au détriment d'autrui*».

[16] La costruzione del criterio si deve a E. VON RIEZLER, *Venire contra factum proprium: Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Dunker & Humblot, 1912, *passim*. Verso la metà del '900 la figura elaborata in Germania è stata trapiantata nel sistema giuridico spagnolo con la *doctrina de los actos propios* (su cui v. J. PUIG BRUTAU, *Estudio de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Ediciones Ariel, 1951; e L. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los proprios actos*, Bosch, 1963). La propensione del giurista iberico a seguire le orme di quello tedesco è testimoniata anche di recente dalla decisione del Tribunal Supremo Spagnolo n. 491/2022, cit. sulla *Verwirkung*.

[17] Nella letteratura tedesca fondamentale il contributo di W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Elwert, 1934. Presso di noi, il tema è stato approfondito specialmente da F. RANIERI, *Rinuncia tacita e* Verwirkung, CEDAM, 1971, passim; e S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978, 101 ss.

[18] Su cui v. H. COLLINS, *The Law of Contract*, 3ª ed., Butterworths, 1997.

[19] Le radici di questa teoria si rintracciano, nuovamente, nella letteratura tedesca: v., spec., H. MEYER, *Das Publizitättsprinzip im Deutschen Bürgerlichen*, in 1909, Beck, 1909; H. NAENDRUP, *Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der forschungen*, Verlag der Universitäts-Buchhandlung Franz Coppenrath, 1910; P. KRÜCKMANN, *Sachbesitz Rechtbesitz Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts*, in *Arch. Civ. Pr*., 1912, 179 ss.; P. OERTMANN, *Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein*, in *Zeitschr. Für Ges. Handelsr*., 1930, 443 ss. Nella concezione, che finì per prevalere in Germania, la fattispecie apparente è necessariamente connessa ad una situazione di titolarità formale di un diritto soggettivo che invero non esiste, e, perciò, non contempla un coefficiente psicologico (es. buona fede) tra i suoi elementi costitutivi, potendo tutt'al più assumere rilievo la mala fede come elemento costitutivo negativo della fattispecie. In Italia, i primi a dialogare con la dottrina tedesca sull'apparenza furono E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Athenaeum, 1915, 162 ss.; e G. VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*, in *Opere giuridiche*, II, Athenaeum, 1920, 161 ss., i quali tentarono di ricondurre il concetto entro lo schema del possesso di diritti e, rispettivamente, la logica della protezione delle aspettative. In seguito, si formò una corrente dottrinale incline a recepire la concezione dell'apparenza affermatasi in Germania, assegnando dunque un ruolo preminente a fatti esterni e indici formali o strumenti pubblicitari: così L. MOSSA, *Volontà e dichiarazione nella creazione della cambiale*, in *Riv. dir. comm*., 1930, I, 6 ss.; e ID., *La dichiarazione cambiaria*, ivi, 305 ss.; R. BOLAFFI, *Le teorie sull'apparenza giuridica*, ivi, I, 1934, 134 ss.; S. SOTGIA, *Ancora in tema d'apparenza del diritto*, ivi, 1936, 136 ss. A tracciare un netto distinguo tra formalismo giuridico e fattispecie dell'apparenza (e quindi ad affrancare la concezione italiana di quest'ultimo dalla visione tedesca) intervenne poi M. D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *Nuovo dig. it*., Utet, 1937, I, par. 8, il quale la rimodulò intorno alla posizione di chi ha creato con propria colta un'apparenza giuridica a sé sfavorevole e alla buona fede del terzo che ha confidato in tale situazione. L'elaborazione di D'Amelio condizionò, e condiziona tuttora, il diritto applicato dalle nostre corti; e ciò ancorché il codice civile del '42 abbia delineato ipotesi di apparenza che prescindono dalla colpa di colui che l'ha realizzata. Sotto il nuovo codice, all'apparenza è stato dedicato il raffinato studio di A. FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir*., II, Giuffrè, 1958, 682. Sulle altre ricerche recenti in materia, v. SACCO, *op. ult. cit*., 225 s. e dottrina citata ivi.

[20] Diversamente da quanto avvenuto presso di noi, in Francia la dottrina tedesca dell'apparenza è stata sin da principio accolta in una versione rivisitata e, più di preciso, è stata riannodata alla disciplina dell'errore comune inteso come opinione errata della collettività, ossia il generale convincimento che un certo stato di fatto corrisponda allo stato di diritto: v. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, III, ed. Recueil Sirey, 1933, 584 ss. La differenza rispetto al fenomeno dell'apparenza risiede allora in ciò che rispetto al configurarsi di questo secondo non è invece necessaria la rilevanza collettiva dell'errore e risulta sufficiente che un singolo soggetto sia stato tratto in inganno: lo spiega FALZEA, *op. cit*., 694.

Merita di esser segnalato che, a seguito dell'*Ordonnance* n. 131 del 2016, il Code civil francese contempla una previsione di *apparentia iuris*. Si tratta dell'art. 1342-3, a mente del quale «*[l]e paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable*».



gettivo [21]. E, da un altro canto ancora, si situerebbero infine gli schemi negoziali che costringono chi ne sia autore a tenere un atteggiamento lineare [22]: così, ad esempio, la rinuncia (o dismissione) tacita del diritto da parte del titolare del medesimo [23].

2. – Chiarito l'ordine delle riflessioni che seguiranno, riandiamo al primo piano e descriviamo, anzitutto, il contorno fattuale e giuridico in cui è maturata la decisione della CEDU di condannare lo Stato italiano per avere violato il legittimo affidamento del dipendente pubblico, costringendolo a restituire le retribuzioni percepite *sine titulo*.

La signora Casarin lavora come insegnante di scuola statale fino al 1998, quando accetta di essere trasferita alle dipendenze dell'INPS e di assumere presso quest'ultimo ente una funzione a cui corrisponde uno stipendio meno elevato di quello che essa percepiva in precedenza. La normativa italiana in materia di pubblico impiego prevede che, in caso di mobilità intercompartimentale, il lavoratore ha diritto di conservare il trattamento economico precedentemente goduto, mediante la corresponsione di un assegno integrativo; assegno che la legge dichiara, in alcuni casi, riassorbibile a fronte dei successivi incrementi stipendiali, in altre ipotesi, invece, insensibile rispetto ai posteriori aumenti. Reputando, evidentemente, che la posizione della Casarin rientrasse tra queste ultime, l'INPS continua a versarle l'emolumento compensativo per sei anni (ossia, per tutta la durata del rapporto di lavoro), e malgrado gli scatti stipendiali conseguiti dalla donna nel frattempo.

A seguito del pensionamento della Casarin, intervengono una serie di pronunce giurisprudenziali a chiarire che la regola del mancato riassorbimento deve intendersi riferita ai soli i dipendenti pubblici che si trasferiscono presso enti pubblici statali; qualifica che l'INPS non possiede, con la conseguenza che una parte delle somme versate si appalesano non dovute. Solo in questo momento, l'ente *solvens* avanza la pretesa di ripetizione *ex* art. 2033 cod. civ. L'azione restitutoria s'inscrive in un contesto aggravato dallo stato di salute della lavoratrice (sottoposta a cure oncologiche), e dalla situazione patrimoniale della medesima (fortemente indebitata per avere, medio tempore, stipulato un contratto di mutuo).

I giudici interni (di merito, di legittimità) accolgono la domanda dell'amministrazione. E quindi, dopo aver ottenuto il consenso dell'INPS al versamento rateale, l'*accipiens* restituisce le somme indebite; salvo infine – come si è anticipato in premessa – riuscire a recuperarle attraverso un giudizio che si conclude dinanzi alla Corte di Strasburgo e si fonda sulla tutela del legittimo affidamento della lavoratrice.

La fattispecie decisa dalla CEDU è piuttosto intricata. Se ne può tentare una schematizzazione, distinguendo i rapporti obbligatori attraverso cui essa idealmente si incanala: i) l'obbligazione retributiva avente ad oggetto l'integrazione stipendiale piena (con riguardo alla quale l'amministrazione risulta debitrice e la

[21] Già FALZEA, *op. cit*., 692 s., spiegava che «[i]l fenomeno dell'apparenza, in sé preso, è concepito dal nostro diritto in senso puramente oggettivo» e così, ad esempio, «[l]e qualità di erede apparente, di creditore apparente, di proprietario apparente, secondo il dettato delle relative norme, preesistono logicamente, e spesso temporalmente, all'atto o al negozio che questi apparenti titolari di diritti soggettivi vengono a compiere col terzo», derivando da circostanze (ossia, chiariva Falzea, «situazioni ambientali») obiettive e univoche (v. art. 1189 c.c.). Analogamente si esprime, SACCO, *op. cit*., 243, nel tracciare il *discrimen* tra apparenza e dovere di coerenza: la prima «è un fatto oggettivo che può operare erga omnes […] mentre il divieto d'incoerenza opera nel rapporto individuo tra due soggetti».

[22] Questa terza classe si fonda sul principio di autonomia, mentre le prime due sono riconducibili alla logica della responsabilità: v. SACCO, *op. ult. cit*., 245 s.

[23] Sullo schema della rinuncia tacita e sui profili che valgono a differenziarla, specialmente, dalla *Verwirkung*, v. PATTI, *op. cit*., 55 ss.



dipendente creditrice); ii) una prima obbligazione restitutoria (rispetto alla quale la dipendente *accipens* è debitrice, mentre l'amministrazione *solvens* è creditrice); iii) una seconda obbligazione restitutoria (in relazione alla quale l'amministrazione *accipiens* risulta debitrice e la dipendente *solvens* creditrice). I giudici di Strasburgo concludono per la sussistenza di quest'ultima obbligazione restitutoria [24].

Teoricamente, due sono le vie che permettono di giungere a tale risultato: recuperare, già a monte, la fattispecie dell'obbligazione retributiva attraverso lo schema dell'apparenza e cioè valorizzando elementi oggettivi che abbiano indotto la dipendente in errore circa la titolarità del diritto alla integrazione stipendiale piena; oppure procedere più a valle, puntando i fari sull'obbligazione di restituire l'indebito retributivo per discernere nella condotta dell'ente creditore profili di incoerenza o segnali di rinuncia.

La CEDU non sceglie l'una o l'altra strada, ma si muove a cavallo. Infatti, alcuni degli indici che nella sentenza valgono a render "qualificato" l'affidamento della lavoratrice hanno carattere oggettivo e, dunque, evocano il modello dell'apparenza. In particolare, al modello ora detto la Corte europea sembra ispirarsi là dove argomenta che i versamenti sono stati effettuati in base a una disposizione percepibile come "fonte" [25], oppure pone in risalto la speciale attendibilità dell'ente pagatore [26]. In altri passaggi della motivazione i giudici di Strasburgo attribuiscono rilievo a circostanze che attengono, invece, al rapporto individuo tra i soggetti coinvolti nella vicenda e riecheggiano talune delle figure giuridiche riconducibili al dovere di coerenza. Così per esempio: il lungo protrarsi dei versamenti, senza riserva di ripetizione o menzione di provvisorietà delinea un comportamento dell'operatore idoneo a generare un affidamento nella controparte, ossia una condotta analoga a quella sanzionata dall'*estoppel*, o dal divieto di *venire contra factum proprium* [27]; la tardività dell'iniziativa volta al recupero delle retribuzioni indebitamente corrisposte denota una tolleranza prolungata nel tempo e, quindi, riproduce uno dei presupposti della *Verwirkung* [28]; l'investimento che la vittima ha sostenuto confidando nella stabilità dei pagamenti ricevuti configura una perdita e, perciò, s'indentifica con il *detriment* che giustifica la tutela della *reliance* [29].

Questa concrezione tra modelli eterogenei di tutela dell'affidamento non deve destare stupore o scandalo. Nel perseguire l'obiettivo di garantire effettività ai diritti umani protetti dalla Convenzione Edu, i giudici di Strasburgo si muovono entro una cornice prettamente valoriale in cui le categorie e le nozioni giuridiche proprie degli Stati membri fungono, al più, da guida del ragionamento. Non spetta alla CEDU identificare negli ordinamenti statuali lo strumento meglio adatto a soddisfare i principi stabiliti dalla Carta, integrandosi al meglio con la restante parte del sistema normativo. È questo, invece, un compito che devono assolvere le Autorità nazionali nell'adempiere all'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte europea [30] esercitando, al contempo, il proprio "margine di apprezzamento" [31].

---

[24] Sia pure constatando che nell'ordinamento italiano difetta uno strumento atto ad assicurarne la realizzazione e dunque (a norma dell'art. 41 della Convenzione Edu) accordando «alla parte lesa un'equa soddisfazione». Nel caso di specie, l'equa soddisfazione viene quantificata assumendo come base gli importi che l'INPS aveva illegittimamente recuperato (e quindi avrebbe dovuto, a propria volta, restituire); a cui vengono sommati gli esborsi sostenuti dalla Casarin per spese legali e un ulteriore indennizzo a titolo di danno morale.

[25] V. p. 74 della decisione.

[26] L'INPS – rileva la CEDU – costituisce il «principale organo del sistema pubblico italiano responsabile dell'organizzazione del servizio di sicurezza sociale» (p. 39 della decisione).

[27] V. Sacco, *op. cit.*, 230 s. e rispettivamente 232 s.

[28] V. Patti, *op. cit.*, 105.

[29] V. Sacco, *op. cit.*, 239.

[30] Obbligo sancito dall'art. 46 della Convenzione Edu.

[31] Dal 1° agosto 2021 (data di entrata in vigore del XV protocollo), la c.d. dottrina del margine di apprezzamento risulta incorporata nel preambolo della Convenzione Ede, ove si legge che «spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al prin-



3. – L'affermazione compiuta da ultimo ci fa trascorrere al secondo piano del discorso e, più in particolare, ci conduce all'ordinanza con cui, nell'inverno dell'anno passato, la Corte di cassazione ha sottoposto l'art. 2033 cod. civ. al vaglio della Corte costituzionale; e ciò dopo aver scartato – come al giudice remittente s'impone di fare – la possibilità di interpretare la disposizione conformemente a Costituzione (e, più di preciso, agli artt. 11 e 117 Cost. da cui deriva la necessità di adeguare il diritto interno alla lettura fornita dalla CEDU dell'art. 1 del Protocollo 1 addizionale alla Convenzione)[32]. Secondo i giudici di legittimità, non esiste dunque nel diritto italiano una soluzione ermeneutica capace di "spegnere" la regola della *condictio indebiti* nelle ipotesi in cui la sua applicazione comprima intollerabilmente il legittimo affidamento riposto dal dipendente pubblico nella stabilità e definitività della retribuzione percepita. Tentiamo, allora, di capire se quel che la Corte afferma nell'ordinanza di remissione corrisponda al vero.

Andando alla ricerca di un espediente ermeneutico capace di preservare l'art. 2033 cod. civ. da una declaratoria parziale di incostituzionalità, l'interprete potrebbe lasciarsi sedurre da un ragionamento del seguente tenore: ente pubblico, *solvens,* e dipendente, *accipiens*, sono parti (rispettivamente, attiva e passiva) di un rapporto obbligatorio; la clausola generale di buona fede e correttezza *in executivis* impone al creditore di esercitare il proprio diritto avendo cura di salvaguardare l'interesse del debitore, a meno che ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio; l'interesse sotteso all'azione di recupero dell'indebito retributivo digrada al cospetto dell'affidamento suscitato dall'incoerenza della P.A. nel lavoratore percipiente ed all'eventuale condizione economica precaria di quest'ultimo (a cui gli artt. 2 e 36 Cost. impongono di prestare speciale attenzione); *ergo*, almeno in simili circostanze, si configura un limite definitivo all'esigibilità della prestazione di restituire l'indebito retributivo.

Il ragionamento appena sintetizzato non è frutto d'invenzione, ma è tratto dalla motivazione di alcune pronunce, soprattutto del Consiglio di Stato, che (già prima dell'intervento della CEDU[33]) si erano disallineate dall'indirizzo dominante, per porre alcuni pubblici dipendenti, in difficoltà nella restituzione, al riparo dal severo regime dettato dall'art. 2033 cod. civ.

Sebbene minoritaria in giurisprudenza, tale linea ermeneutica ha incontrato il favore di alcuni autori[34]; e, di recente, sembra aver trovato un'inaspettata sponda nella sentenza con cui la Cassazione ha affermato una

---

cipio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli» e «nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo istituita dalla presente Convenzione».

[32] Cass., sez. lav., ord. 14 dicembre 2021, n. 40004, cit., in particolare, argomenta che a ciò osta, anzitutto, il «dato letterale» dell'art. 2033 cod. civ., il quale «prende specificamente in considerazione lo stato psicologico dell'*accipiens* e limita la rilevanza della sua buona fede alla decorrenza dei frutti e degli interessi» e, secondariamente, il fatto che la CEDU non abbia ancorato l'irripetibilità dell'emolumento alla «semplice buona fede del ricevente», bensì al ""legittimo affidamento" del dipendente alla definitività della attribuzione, fondato sul concorso di plurime circostanze di fatto». (cfr. p. 47-50 della motivazione) Nella medesima ordinanza la Cassazione esclude inoltre l'opzione della disapplicazione diretta dell'art. 2033 cod. civ. in favore di una norma diversa e conforme all'art. 1 del protocollo 1 alla Convenzione Edu (cfr. p. 51-55 della motivazione). In questa direzione si sono invece mosse le decisioni seguenti: Cons. Stato, 1° luglio 2021, n. 5014; Cass., sez. lav., 21 marzo 2022, n. 9161; e App. Brescia, sez. lav., 15 giugno 2022; e ciò sia pure giungendo a ritenere ammissibile la richiesta restitutoria dell'ente *solvens* in considerazione di alcuni profili differenziali tra le fattispecie sottoposte a giudizio e quella decisa dalla CEDU.

[33] Cfr., ad es., Cons. Stato, 13 aprile 2012, n. 2118; Cons. Stato, 15 ottobre 2003, n. 6291; Cons. Stato, 30 marzo 1976, n. 1, in *Rass. Consiglio di Stato*, 1978, 273; e Cons. Stato, 26 luglio 1978, n. 762, ivi, 1978, 1076. Per una rassegna completa e ragionata delle pronunce che compongono questo filone, v. BUFANO, DINISI, *op. cit*., 83 s.

[34] In questo senso, v. BRECCIA, *op. cit*., 925 nt. 18, sostiene che nel decidere della ripetizione delle somme indebitamente versate al dipendente pubblico deve tenersi conto «dell'art. 36 cost. (rispetto dell'"esistenza libera e dignitosa del lavoratore e della sua famiglia"), oltre che della responsabilità dell'amministrazione nel tardare a far valere la pretesa, sempre con riguardo alla tutela della normativa di buona fede»; canoni alla stregua dei quali – soggiunge l'a. – può ammettersi la pretesa restitutoria avanzata dalla p.a.



sorta di inesigibilità *ex fide bona* del credito che non sia stato per lungo tempo preteso dal creditore, ingenerando nel debitore un apprezzabile affidamento circa l'abbandono del diritto [35]. Senonché, molte delle criticità evidenziate dai commentatori di quest'ultima pronuncia sembrano riproducibili, *mutatis mutandis*, anche nel contesto che ci occupa.

Così, in primo luogo, anche nel campo nostro vale la premessa sistematica per cui il canone di buona fede e correttezza è regola di condotta che «non può mai decidere della vigenza di un rapporto obbligatorio» e quindi neppure determinarne l'estinzione [36]. A nulla serve coonestare la clausola di buona fede tramite il riferimento a disposizioni di rango superiore come quella, di cui all'art. 2 Cost., che esprime il dovere di solidarietà, o quella, di cui all'art. 36 Cost., che sancisce il diritto del lavoratore a una retribuzione sufficiente ad assicurare una esistenza libera e dignitosa [37]; oppure camuffare l'esito desiderato – quello estintivo – sotto il *nomen iuris* di "inesigibilità assoluta" [38]. L'inesigibilità *ex fide bona* si configura sempre come relativa [39]: sicché, essa può comportare la sospensione temporale dell'azionabilità del credito [40], ovvero imporne la ri-

---

«nei confronti di categorie non bisognose (medici delle USL)»; e in seguito anche CARUSI, *op. cit*., 174 ss.; e BARGELLI, *Introduzione*, in EAD. (a cura di), *Ripetizione dell'indebito*, UTET, 2014, 4. Solo in parte diversa la proposta ermeneutica di recente avanzata da BUFANO, DINISI, *op. cit*., 78 s. e 86, i quali da un canto appaiono riluttanti a riconoscere che il canone di correttezza e buona fede abbia valore estintivo, prospettando semmai una tutela risarcitoria dell'affidamento frustrato dall'incoerenza colpevole della p.a., ma d'altro canto sostengono che si possa delineare per via ermeneutica un correttivo di diritto speciale, tale per cui per cui «quando l'indebito abbia carattere retributivo e, soprattutto, la prospettiva di adempimento dell'obbligazione restitutoria, mediante le trattenute stipendiali, presenti il serio e duraturo pericolo di far ricadere il trattamento risultante – l'unico percepito dal debitore – al di sotto della soglia retributiva protetta dall'art. 36 Cost.» venga a determinarsi «un esonero dal meccanismo ripetitorio, senza scadenza».

[35] Cass., 14 giugno 2021, n. 16473, cit.

[36] Così SCOGNAMIGLIO, *op. cit*., 1186, riannodandosi all'insegnamento di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Giuffrè, 1987, 8. Rilievi simili sono svolti da MACARIO, *op. cit*., 1175 s.; e da A.M. BENEDETTI, *Interventismo giudiziario e contratto*, in *Pactum*, 2022, 352, il quale paventa un riverbero negativo sul piano della «certezza dei diritti (di credito) e dei rapporti obbligatori (il cui inizio e la cui fine la fonte primaria affida a criteri ben decisi e definiti, proprio per evitare ambiguità viepiù pericolose quando sono in gioco obbligazioni e azioni».

[37] La fallacia di una simile operazione può cogliersi sotto due profili distinti. Improprio risulta, anzitutto, il raccordo tra il principio di solidarietà, che «ha una dimensione collettiva» ed impone di «farsi carico, nell'esercizio di un diritto individuale di libertà, del bene comune», e «la buona fede, che è invece un criterio regolatore di rapporti paritetici *fra portatori* di interessi individuali *simmetrici*» (virgolettato e corsivi tratti da A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ*., 2020, 7. Inaccettabile da punto di vista del sistema civilistico è, poi, il corollario che dal legame tra solidarietà e buona fede si vorrebbe far discendere, ossia che il creditore risulti obbligato a non pretendere l'adempimento della prestazione ogniqualvolta ciò possa tradursi in un eccessivo aggravio per il debitore (fortemente critici verso un simile esito BENEDETTI, *op. cit*., 350; e D'AMICO, *op. cit*., 1166).

[38] Simili storture sono in parte imputabili allo stesso legislatore che, specie in tempi recenti, introduce ipotesi di inesigibilità definitiva del credito: una di esse, per esempio, è regolata dall'art. 281 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) e si realizza mediante una dichiarazione del tribunale, il quale, contestualmente alla pronuncia del decreto di chiusura della procedura, « dichiara inesigibili nei confronti del debitore i debiti concorsuali non soddisfatti (art. 281 l. n. 14/2019, e già l'art. 14-*terdecies* l. n. 3/2012).

[39] Secondo la teoria elaborata da L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, ora in *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANES, A. NICOLUSSI, Giuffrè, 2011, 332 ss.

[40] E, quindi, tradursi indirettamente in una causa di esonero da responsabilità del debitore (v. A. ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Libellula, 2014,107). Questa linea è stata accreditata dalla Consulta in diverse occasioni: cfr., ad es., Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19, ove si legge che «quando, in relazione a un determinato adempimento, l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, allora l'inadempimento, *nella misura* e *nei limiti* in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato» (corsivo mio); e in senso analogo Corte cost., 1° aprile 1992, n. 149; e Corte cost., 24 gennaio 1989, n. 22. Confrontandosi con questa giurisprudenza, M. PALADINI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, Utet, 2010, XXIV, esprime il giusto timore che



modulazione e, in particolare, la dilazione o il frazionamento [41]. Proprio nella materia dell'indebito retributivo, la via della rateizzazione del *quantum* dovuto era stata battuta da alcune pronunce del Consiglio di Stato onde alleggerire la posizione del lavoratore costretto a restituire gli emolumenti percepiti senza giusta causa [42]. Tale strada, tuttavia, è divenuta impraticabile, a seguito della decisione con cui la CEDU ha rilevato un contrasto tra l'art. 1 del Protocollo 1 addizionale alla Convenzione e l'art. 2033 cod. civ., ancorché nel caso di specie l'applicazione (*ex fide bona*) di quest'ultimo disposto normativo avesse dato luogo ad una obbligazione restitutoria da eseguirsi in modo frazionato.

In secondo luogo, bisogna considerare che la clausola generale di buona fede non deve mai tradursi nella legittimazione di conseguenze contrarie ai principi ordinatori del settore in cui detta clausola si vorrebbe far operare [43]. Da questa necessità discendono due corollari. Il primo è che non tutti i valori possono trovare ingresso nell'ordinamento per il tramite della clausola di buona fede, ma soltanto i valori traducibili in una forma giuridica (integrata o) integrabile nel diritto positivo. Il secondo corollario è che la concretizzazione della buona fede deve avvenire attraverso un rigoroso controllo di compatibilità con la razionalità complessiva del sistema, sì da non tradursi in operazioni puramente equitative [44] che, per quanto possano sembrare nobili nel caso singolo, rischiano di incrinare i fondamenti del diritto positivo [45]. Ebbene, riflessi negativi di questo genere potrebbero sortire dall'accreditamento di una linea ermeneutica che ancori la valutazione di persistenza dell'obbligazione avente ad oggetto la restituzione dell'indebito retributivo all'affidamento soggettivo e alle condizioni economiche del dipendente pubblico. Si pensi, dal lato del diritto privato, all'offesa che deriverebbe al principio *genus numquam perit*, aforisma che, «con riguardo alle obbligazioni pecuniarie […] ha sempre inteso significare che il debitore non può addurre a fondamento della pretesa liberazione la propria impotenza finanziaria» [46]. Ovvero, ed ancora dal medesimo lato, si consideri il dissidio che si determinerebbe tra la configurazione (*ex fide bona*) di fattispecie (intensamente mutevoli) di inesigibilità definitiva del credito ed il principio di tassatività delle cause di estinzione del rapporto obbligatorio [47]. E si pensi, dal lato del diritto pubblico, alla frizione che si realizzerebbe tra soluzioni particolaristiche, per così dire "*ad hominem*", ed i principi di imparzialità ed uguaglianza dell'agire amministrativo.

---

procedendo lungo questa china si possa giungere, «in un futuro non lontano» a ravvisare nell'abuso del creditore una causa di estinzione atipica dell'obbligazione.

[41] Va evidenziato, peraltro, che la soluzione dell'inesigibilità lascerebbe comunque prive di tutela tutte le situazioni, come quella sottesa al caso in esame, in cui il dipendente pubblico abbia dato corso alla restituzione (magari onde evitare di incorrere in più pesanti conseguenze) e cerchi successivamente di recuperare il *praestatum*. Difatti, l'inesigibilità non fa venir definitivamente meno il vincolo giuridico, e nemmeno esautora la sua fonte. Onde, può dirsi che nel caso dell'obbligazione restitutoria l'inesigibilità (pur se venisse intesa sine die) potrebbe tutt'al più paralizzare la pretesa del *solvens* alla ripetizione, ma certamente non potrebbe consentire all'*accipiens* che abbia già restituito il pagamento non dovuto a recuperarlo nuovamente.

[42] V., ad es., Cons. Stato, 12 settembre 2013, n. 4519, cit.; Cons. Stato, 28 giugno 2007, n. 3773; Cons. Stato, 20 aprile 2004, n. 2203.

[43] MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali* cit., 5 ss. e spec. p. 17.

[44] Mentre l'equità adempie ad una funzione correttiva del diritto scritto o del regolamento negoziale e si traduce nella giustizia del caso singolo, la buona fede conduce all'adozione di soluzioni concrete capaci di conciliare le esigenze particolari con le linee generali del sistema: cfr. MENGONI, *op. ult. cit*., 12 s.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 1991, 362; e ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Eur. dir. priv*., 2021, 31 ss. Non mancano tuttavia opinioni favorevoli a riconoscere (anche) alla buona fede la capacità di correggere il risultato a cui si perverrebbe se ci si arrestasse all'applicazione dello *strictum jus*: v., ad es., PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Cedam, 1969, 32.

[45] In questo senso, v. BENEDETTI, *op. cit*., 349 s.

[46] Così C. CASTRONOVO, *Il diritto italiano delle obbligazioni dal codice civile del 1942 a oggi. Profili di una evoluzione*, in *Eur. dir. priv*., 2021, 623.

[47] La medesima preoccupazione avanza D'AMICO, *op. cit*., 1170, con riguardo alla soluzione adottata da Cass., 14 giugno 2021, n. 16473, cit. Similmente, ma nell'ambito di una riflessione più generale, v. PALADINI, *op. cit*., XXII.



Infine, vi è il rischio che buona fede e correttezza, focalizzando il giudizio sugli interessi che si fronteggiano al momento dell'esecuzione del rapporto obbligatorio, mettano in ombra la fattispecie concreta da cui quest'ultimo origina, e dove potrebbero situarsi indici atti a legittimare o, al contrario, delegittimare la protezione della fiducia riposta da una parte nel contegno dell'altra [48]. È questo un rischio che sembra profilarsi anche nella materia dell'indebito retributivo. Esaminando con scrupolo le fattispecie decise dalle pronunce in argomento, si possono scorgere circostanze che fanno talora apparire obiettivamente inescusabile il convincimento errato del lavoratore sulla debenza dell'emolumento ricevuto. Ci sembra, in particolare, fornire un buon esempio la vicenda fattuale sottesa all'ordinanza che ha rimesso l'art. 2033 cod. civ. al giudizio della Consulta: il difetto di causa giustificativa della retribuzione corrisposta dall'amministrazione al dipendente risaliva, in tal caso, alla nullità di una disposizione del CCNL per contrasto con una norma imperativa, di talché il lavoratore *accipiens*, adoperando la normale diligenza, avrebbe potuto accorgersi dell'errore che il *solvens* stava perpetuando. Valutando simili fattispecie attraverso il prisma della buona fede, potrebbero venire in risalto indolenze o contraddizioni nell'agire della P.A., o – specialmente – aspetti di debolezza nella condizione del lavoratore, tali da far ritenere l'affidamento riposto da quest'ultimo negli emolumenti percepiti, comunque, meritevole di tutela [49]. Ma decisioni di questo genere condurrebbero al ripristino del canone romanistico "*quibus permissum est ius ignorare*" [50], con manifesta violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Cercare di mettere le cose nella loro corretta forma giuridica non significa escludere che una tutela vi sia, bensì piuttosto chiedersi quale sia la tutela più adatta alla situazione da disciplinare evitando che la buona fede si trasformi nel serbatoio informe di una tutela grossolana e contingente. Muovendosi in questa direzione, alcuni commentatori della sentenza sulla *Verwirkung* hanno trovato nella manifestazione tacita di volontà (segnatamente, nel caso di specie, volontà abdicativa) il modello meglio adatto a tutelare l'affidamento creato nel debitore dal comportamento inerte del creditore [51]. Tale modello non è affatto inconferente alla materia dell'indebito retributivo: lo si trova impiegato nella giurisprudenza tedesca sotto il nome di *Erwirkung* [52] e, altresì, nel diritto applicato dalle nostre corti, per qualificare il contegno del datore di lavoro che per lungo tempo versi al dipendente emolumenti superiori a quelli dovuti come una manifestazione tacita della volontà

[48] È questo un rischio che si vede concretizzato in Cass., 14 giugno 2021, n. 16473, cit., ove proprio il ragionare sul contegno tenuto delle parti *in executivis* conduce a svalutare un profilo di possibile illiceità della fattispecie genetica dell'obbligazione pecuniaria rimasta inadempiuta: tale obbligazione era infatti sorta in base a un contratto di locazione di un bene societario in favore di uno dei soci, contratto che in realtà dissimulava un comodato e, dunque, risultava sospetto di illiceità dal punto di vista della regola contenuta nell'art. 2256 c.c.

[49] Si tenga presente che nel giudizio secondo buona fede è insito anche il pericolo opposto: ossia, che il decidente, reputando agiata la situazione economica del dipendente, scelga di imporgli la restituzione di emolumenti corrisposti dalla P.A. su basi o secondo modi che lasciavano ragionevolmente supporre la piena legittimità del pagamento.

[50] Sulla scorta di questo canone, venivano a configurarsi una serie di eccezioni al principio generale "*ignorantia legis non excusat*" calibrate sulla condizione di limitata capacità che si reputava connaturata ad alcuni soggetti ed in particolare: ai minori di venticinque anni e alle donne (*proper sexsus infirmitatem*).

[51] D'Amico, *op. cit*., 1169, spiega che l'impostazione negoziale si fa preferire rispetto al ragionamento in termini di affidamento secondo buona fede: in primo luogo, poiché non rimette all'interprete il compito "imbarazzante" di commisurare il lasso temporale entro cui il diritto di credito può esser esercitato (prim'ancora, s'intende, che sia decorso il termine prescrizionale); e, in secondo luogo, poiché precostituisce un punto di riferimento avverso cui possono dirigersi eventuali iniziative di terzi pregiudicati dal venir meno del credito (ad es., l'azione revocatoria).

[52] Lo segnala Scognamiglio, *op. cit*., 1190, spiegando che la fattispecie in parola si configura «allorché si determini una significativa divaricazione tra l'assetto di interessi così come originariamente concordato dalle parti e quello risultante dalla realtà della loro condotta», e tale divaricazione sia «protratta nel tempo, così da fondare un affidamento nella controparte circa il fatto che sia mantenuta», dando «luogo ad un corrispondente ampliamento dell'area delle situazioni giuridiche di cui questa sia titolare».



di derogare le regole pattizie in punto di corrispettivo [53]. Senonché, l'impostazione riferita, che pur consentirebbe di superare gran parte delle criticità rilevate poc'anzi, non è accoglibile ogniqualvolta l'ente pagatore sia un soggetto di diritto pubblico. E ciò in quanto – come hanno avuto modo di spiegare sia il Consiglio di Stato, che la Corte dei conti [54] – il recupero di emolumenti non dovuti da parte della P.A. costituisce un atto doveroso, non rinunciabile, e neppure in parte disponibile, in quanto correlato al perseguimento delle finalità di interesse generale alle quali sono istituzionalmente vincolate le somme indebitamente corrisposte al privato [55].

4. – Giunti a questo punto, residua la seguente alternativa: accedere alla tesi, prospettata dalla Cassazione nell'ordinanza di rimessione, dell'incostituzionalità dell'art. 2033 cod. civ. «nella parte in cui, a fronte di un indebito retributivo erogato da un ente pubblico e di un legittimo affidamento alla definitività dell'attribuzione in capo al dipendente, consente un'ingerenza sproporzionata nel diritto dell'individuo al rispetto dei suoi beni»; oppure reperire nel diritto comune un correttivo, altro dalla buona fede oggettiva (e, altresì, dalla manifestazione tacita di volontà), che risulti capace di conciliare per via ermeneutica la normativa italiana con i principi racchiusi nella Convenzione Edu, senza tradire i lineamenti essenziali di uno o più settori del nostro sistema positivo.

Ora, la manipolazione dell'art. 2033 cod. civ., nei termini suggeriti dal giudice *a quo*, non sembra poter fornire una soluzione appagante. La norma che si vorrebbe sottratta dal novero dei possibili significati della disposizione censurata è frutto di una generalizzazione del *decisum* con cui la CEDU ha risolto la controversia Casarin c. Italia. Difatti, in tale sentenza i giudici di Strasburgo si erano limitati a dichiarare la violazione della Convenzione con riguardo alla fattispecie concreta sottoposta al loro esame, senza porre una regola trascendente i contorni di quest'ultima [56], ed anzi avendo cura di rimarcare i profili più significativi del caso singolo in sede di conclusioni [57]. Se, per un verso, normale è la mancata riproduzione di questi aspetti fattuali nell'enunciato da aggiungersi in fine all'art. 2033 cod. civ., per altro verso, potenzialmente problematico è che tale proposizione non contempli alcun criterio atto a discernere il legittimo affidamento e a decidere della sua tutela [58]. Una declaratoria di incostituzionalità parziale modellata secondo il verso indicato dal giudice

[53] Cfr. Cass., sez. lav., 22 settembre 2014, n. 19923; Cass., sez. lav., 9 marzo 2011, n. 5552; Cass., sez. lav., 16 gennaio 2007, n. 818; Cass., sez. lav., 5 aprile 2005, n. 7020, in *Riv. crit. dir. lav*., 2005, 509, con nota di Moro.

[54] Cfr. Cons. Stato, 20 aprile 2004, n. 2203, cit.; Cons. Stato, 20 febbraio 2002, n. 1045; e Corte dei Conti, sez. reg. Lazio, 15 giugno 2015, n. 125.

[55] Merita di essere evidenziato che la rilettura in chiave di autonomia privata delle figure giuridiche poste a presidio dell'affidamento qualificato resta impedita anche ai privati nel caso in cui la (supposta) rinuncia tacita verterebbe su situazioni giuridiche a cui non è generalmente consentito abdicare (v., ad es., art. 1118 cod. civ.; 1956 cod. civ.; art. 143 cod. cons.), oppure provenga da un soggetto che non può compiere atti di disposizione al riguardo (ad es., poiché incapace legalmente, oppure in quanto contitolare della posizione insieme ad altri).

[56] Nella decisione Casarin si rinviene, cioè, ancora quell'«approccio meramente casistico» che un tempo connotava la giurisprudenza di Strasburgo, traducendosi in «pronunce […] difficilmente universalizzabili perché frutto di sincretismo pragmatico»; approccio che invece, più di recente, la Corte europea talora supera «ampliando il proprio *thema decidendum*, [e] trascende[ndo] il fatto, per rendere pronunce di portata sempre più generale». Da questo atteggiamento "esorbitante" della CEDU è derivata la riluttanza di alcune autorità nazionali all'implementazione delle pronunce da essa adottate: sul tema v. A. Osti, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost*., 2017, 851 ss.

[57] V. p. 74 e 75 del provvedimento.

[58] Per il vero, qualche ambiguità connota anche il riferimento alla "retribuzione" (segnatamente, nell'ordinanza di rimessione si discorre di «indebito retributivo»). Così, ad es., in giurisprudenza è già emersa la questione se la regola di derivazione europea dell *soluti retentio* operi solo per le retribuzioni ordinarie, oppure anche per le retribuzioni non ordinarie. A tale riguardo, Cons. Stato, 21



remittente rischierebbe, cioè, di dare la stura a soluzioni applicative incerte, imprevedibili e, dunque, (nuovamente) lesive del principio di uguaglianza. D'altronde, non sarebbe la prima volta che il sopravanzamento della giurisprudenza Edu ad opera delle corti nazionali determina riflessi negativi sul piano della ricostruzione del diritto interno. Basti pensare, a tal proposito, alle difficoltà di risistemazione a cui è andata incontro la disciplina italiana del parto anonimo, dopo che la Corte costituzionale – ponendosi sulla scia, ma invero oltrepassando la CEDU [59] – ha generalizzato il diritto del figlio di interpellare la madre naturale senza subordinarne l'esercizio a puntuali condizioni [60].

Si comprende, allora, l'opportunità di insistere ulteriormente lungo la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata e, segnatamente, vagliare l'ultimo dei tre modelli di tutela dell'affidamento qualificato, che non abbiamo ancora considerato sebbene faccia capolino nell'apparato argomentativo della sentenza Casarin c. Italia. Si allude all'*apparentia iuris*.

Proviamo, per intanto, a chiederci se il modello giuridico in parola sia immune dalle criticità che presenta la linea ricostruttiva che, procedendo dalla clausola di buona fede, condensa il giudizio sull'agire contraddittorio della P.A. e sull'impotenza finanziaria del lavoratore. Ora, la risposta a questa domanda sembra poter essere di segno positivo. Nel classificare le diverse figure di affidamento "qualificato", Rodolfo Sacco spiegava che mentre «il divieto di incoerenza opera nel rapporto individuo tra due soggetti», l'apparenza è invece un «fatto oggettivo», basato su circostanze univoche, che opera «*erga omnes*» [61]. Quest'ultima parrebbe, dunque, offrire maggiori garanzie sul piano della eguaglianza e imparzialità di trattamento dei soggetti che abbiano percepito un indebito retributivo. Altri requisiti essenziali dell'apparenza sono l'«errore» e la sua «oggettiva scusabilità», la quale viene meno – questa volta è Angelo Falzea a chiarirlo – allorché una persona di normale diligenza e accortezza avrebbe potuto o dovuto evitarlo [62]; come è nel caso esemplificato al numero precedente in cui la falsa rappresentazione verta (anziché sulle circostanze che condizionano l'operatività di una norma) sulle norme medesime.

Infine, vi è da considerare che, qualora ne ricorrano tutti i presupposti, l'apparenza spiega sulla fattispecie cui si riferisce un effetto sanante [63]. A questa stregua, l'apparenza del diritto a ricevere la prestazione retributiva (o una certa sua misura) potrebbe dunque operare in funzione di recupero della causa giustificativa di quest'ultima; e, così, tutelare l'affidamento in radice, prevenendo la nascita dell'obbligazione restitutoria e, per conseguenza, evitare di dover "spegnere" quest'ultima mediante la configurazione *ex fide bona* di ipotesi

---

settembre 2022, n. 8138, ha sostenuto che il limite alla ripetizione scaturente dall'art. 117 Cost. e dall'art. 1 Prot. 1 Convenzione Edu non vale per le retribuzioni non ordinarie, dal momento che la CEDU ha precisato che solo l'erogazione protratta per un periodo sufficientemente lungo può far sorgere il ragionevole convincimento della sua stabilità: è evidente che l'argomento formulato dal giudice amministrativo risente dell'applicazione diretta della pronuncia emessa dalla Corte europea. Un altro dubbio già emerso è se l'eccezione all'art. 2033 cod. civ. valga anche per le indennità. In senso affermativo è la pronuncia del Cons. Stato, 14 giugno 2022, n. 4861, che addiviene a tale conclusione sulla scorta dell'applicazione diretta della decisione Casarin.

[59] Ci si riferisce a CEDU, 25 settembre 2012, causa Godelli c. Italia, ric. n. 33783/09, in *Giust. civ*., 2013, 1597 ss., con nota di C. INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*; e a Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Dir. fam. e pers*., 2013, 13 ss., con nota di G. LISELLA, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*.

[60] Alcune di queste difficoltà erano state prontamente rilevate da V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, 286. Per una disamina critica successiva, sia consentito rinviare a C. DE MENECH, D.M. FRENDA, *I mobili confini del diritto all'anonimato materno tra tutela della riservatezza e costruzione dell'identità*, in corso di pubblicazione su *Dir. succ. fam*.

[61] SACCO, *op. cit*., 243.

[62] FALZEA, *op. cit*., 697.

[63] ID., *op. cit*., 698.



atipiche di estinzione del credito incardinate su elementi soggettivi quali, in particolare, la situazione patrimoniale del debitore, o la condotta abusiva del creditore.

Infine, se raffrontato con l'esito di incostituzionalità parziale prefigurato dalla Cassazione, il correttivo dell'*apparentia iuris* presenterebbe il merito di conferire sostanza alla nozione di legittimo affidamento, nonché di ancorare la tutela di quest'ultimo a presupposti nitidi e ragionevoli.

Seppur auspicabile sotto diversi aspetti, il percorso ricostruttivo ipotizzato da ultimo appare piuttosto accidentato.

In primis, potrebbe obiettarsi che rispetto al problema dell'indebito retributivo risulta inconferente la ragione giustificatrice dell'apparenza, la quale viene per solito individuata nell'esigenza di sicurezza dei traffici economici. Peraltro, una simile obiezione potrebbe facilmente superarsi, evidenziando che tra le diverse ipotesi normative di apparenza ve ne sono alcune che non presentano alcun legame con la tutela dei commerci: si pensi, per fare un esempio, alla figura del matrimonio putativo, il cui riconoscimento si ricollega principalmente a preoccupazioni di ordine morale [64].

Senz'altro più ingombrante è l'ostacolo rappresentato dall'individuazione della situazione giuridica apparente nella fattispecie dell'indebito retributivo. Le opzioni in campo sono teoricamente due: apparenza della rinuncia al credito restitutorio [65], ovvero apparenza della titolarità del diritto all'emolumento (o ad una certa sua misura) [66]. La prima soluzione deve essere senz'altro respinta, in quanto da essa deriverebbero cascami non dissimili da quelli correlati all'accoglimento della tesi dell'inesigibilità assoluta *ex fide bona*. In particolare, facendo gravitare l'apparenza su un atto (i.e., la rinuncia *ex latere creditoris*) che si colloca già nella fase esecutiva dell'obbligazione restitutoria, si potrebbe, tutt'al più, procurare al dipendente l'effetto di liberazione da quest'ultima; effetto che, tuttavia, difetterebbe di una puntuale base normativa e, dunque, urterebbe contro il principio di tassatività delle cause di estinzione del rapporto obbligatorio. Di contro, riferendo l'apparenza alla titolarità del diritto alla retribuzione, si giungerebbe a configurare una fattispecie genetica del rapporto obbligatorio, bensì, non prevista da una singola previsione di legge, ma comunque compatibile con l'ordinamento giuridico (e, anzi, addirittura necessitata da principi di rango costituzionale); esito quest'ultimo che può, certamente, ritenersi consentito dall'art. 1173, n. 3, cod. civ. [67]. Questa costruzione potrebbe peraltro destare perplessità nella parte in cui fa collimare il soggetto (postulato) titolare della posizione giuridica apparente ed il soggetto che dall'operare del meccanismo di apparenza uscirebbe avvantaggiato. Difatti, nelle figure legislativamente tipizzate, il titolare (o legittimato) apparente non coincide con il beneficiario dell'effetto giuridico programmato dalla norma (cfr., specialmente, gli artt. 1189, 1264, 1415, 1416, 1426 cod. civ.). Questa scissione soggettiva non sembra, tuttavia, rispondere ad alcuna necessità logica [68].

---

[64] In questo senso, già, R. BOLAFFI, *Le teorie sull'apparenza giuridica (Note critiche)*, in *Riv. dir. comm*., 1934, 141 s.

[65] Si noti che un costrutto simile compare nella motivazione di Cass., 14 giugno 2021, n. 16473, cit., la quale discorre di «apparenza remittente».

[66] Delineano queste due opzioni anche BUFANO, DINISI, *op. cit*., 78, sia pure addivenendo alla conclusione che entrambe (e, soprattutto, la prima) debbano venire scartate.

[67] Nell'interpretazione corrente in dottrina ed in giurisprudenza, la formula della «conformità all'ordinamento giuridico» contenuta nel n. 3 dell'art. 1173 cod. civ., non comporta un rinvio a singole previsioni di legge che descrivano puntualmente un atto o un fatto, ricollegandovi la nascita di un rapporto obbligatorio; ma si limita ad esprimere una generica esigenza di compatibilità tra atti e fatti ad efficacia vincolante ed il sistema giuridico complessivamente considerato. In tal guisa, essa finisce per demandare alla discrezionalità giudiziale il compito di decidere dell'attitudine generatrice di obbligazioni degli atti o dei fatti sottoposti al suo vaglio, lasciandosi guidare dai «criteri e [dai] principi che sono desumibili dall'intero corpus della normativa, e specialmente da quella di rango costituzionale»: v. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, *sub* art. 1173 cod. civ., Zanichelli, 1988, 173.

[68] In caso di "identità soggettiva", si porrà tutt'al più l'esigenza (giuridica) di effettuare un più rigoroso vaglio sulla scusabilità dell'errore.



Tant'è vero che il codice civile abrogato prevedeva espressamente che effetti protettivi della fattispecie dell'erede apparente potessero rivolgersi a favore di quest'ultimo [69].

Lo scoglio principale sulla via dell'argomentazione esegetica in esame è, però un altro. Si allude alla difficoltà di reperire un fondamento capace di aggirare le strettoie della tassatività delle figure di *apparentia iuris* disciplinate dalla legge. In dottrina prevale l'opinione che un tale fondamento non esista e l'istituto non possa operare oltre i casi previsti dal diritto positivo [70]. Più flessibile è l'impostazione del diritto applicato, il quale concede all'apparenza di oltrepassare i confini tracciati dal legislatore, ma nelle sole ipotesi in cui l'erroneo convincimento del terzo sia derivato dal contegno doloso o colposo del soggetto titolare dell'interesse che dall'applicazione estensiva dell'istituto risulta sacrificato [71]. Questo indirizzo, in una certa misura, si salda con l'orientamento che vorrebbe incanalare la tutela dell'affidamento "qualificato" attraverso il prisma della buona fede (oggettiva). Entrambi fanno capo all'idea che l'affidamento possa ambire ad una protezione allargata, ossia che trascenda i contorni di singole figure legislativamente regolate, solo qualora corredato da motivi soggettivi, interni alla sfera delle parti, e non invece ove fondato su circostanze obiettive ed univoche. Sarebbe forse opportuno misurare la tenuta di quest'idea attraverso uno studio meditato, che non può certo compiersi nello spazio di poche pagine. Ci si limiterà qui, perciò, soltanto a collocare la concezione prettamente soggettivistica dell'affidamento "qualificato" sullo sfondo del diritto privato europeo.

5. – Cominciamo dalla linea di evoluzione della tutela dell'affidamento "qualificato" nella storia dei sistemi giuridici europei.

Ora, le figure d'origine più risalente sono costruite intorno alla repressione dell'atteggiamento intenzionale e fraudolento di un soggetto determinato; e, solamente in via riflessa, realizzano la tutela dell'affidamento che per effetto di un simile contegno si sia consolidato in capo ad un altro individuo. Questa sequenza ricor-

---

[69] Precisamente, l'ultimo comma dell'art. 933 cod. civ. prev. stabiliva che «[l'] erede apparente di buona fede non è tenuto alla restituzione dei frutti, se non dal giorno della domanda giudiziale».

[70] Ritengono che l'*apparentia iuris* possa operare esclusivamente entro i contorni delle fattispecie disciplinate dalla legge: *ex multis*, G. STOLFI, *L'apparenza del diritto*, Società Tipografica Modenese, 1934, 37 e 40; A. VERGA, *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. dir. priv*., 1940, 195 ss.; F. GALGANO, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contr. impr*., 2009,1137 ss.; N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto. Profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Giuffrè, 2015, 173, aprendo però ad un utilizzo dell'apparenza come canone interpretativo di singole previsioni di legge. Ammettono l'estensione analogica delle fattispecie regolate, negando però che da esse possa venire ricavato un principio generale: FALZEA, *op. cit*., 701; R. SACCO, *Affidamento*, in *Enc. dir*., I, Giuffrè, 1958, 661; E. CONTINO, *Apparenza: principio generale o eccezionale?*, in *Giust. civ.,* 2002, 1638 ss. Esigue sono le voci favorevoli ad elevare l'apparenza a principio generale: M. D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *Noviss. dig. it*., UTET, 1957, 719, il quale peraltro comunque pone il problema dell'individuazione dei limiti.

[71] Una qualche capacità espansiva viene, cioè, riconosciuta alle fattispecie di apparenza che FALZEA, *op. cit*., 700, qualifica "colposa", differenziandole dalle figure di apparenza "pura" (od oggettiva): nella prima «l'errore del terzo è provocato dal comportamento colposo del titolare reale del diritto soggettivo», mentre nella seconda l'errore del terzo «è causato soltanto dalla situazione di fatto che manifesta falsamente una situazione di diritto». Il campo in cui il principio dell'apparenza colposa trova maggior applicazione è quello della rappresentanza: cfr., tra le molte, Cass., 16 novembre 2005, n. 23077; Cass., 9 luglio 2001, n. 9289; Cass., 18 maggio 2000, n. 6461; Cass., 21 marzo 2000, n. 1301; Cass., 30 dicembre 1997, n. 13099, in *Danno e resp*., 1998, 456; Trib. Bergamo, 2 giugno 207, n. 1711; contra Cass., 13 dicembre 2004, n. 23199; Cass., 13 febbraio 1993, n. 2020. Un altro ambito in cui la colpa del soggetto sacrificato dall'operare dell'apparenza condiziona la latitudine di quest'ultima è quello del pagamento al rappresentante (o indicatario) apparente del creditore. Difatti, secondo la nostra giurisprudenza, in questa ipotesi (non ricompresa nell'art. 1189 cod. civ., il quale regola il solo caso del pagamento al creditore apparente) l'effetto liberatorio del pagamento si realizza solamente se l'erroneo convincimento del *solvens* è stato determinato dal comportamento colposo del creditore: v., ad es., Cass., 31 gennaio 2019, n. 2765; Cass., 19 aprile 2018, n. 9758; App. Milano, 22 ottobre 2018, n. 4579.



re, per esempio, nella categoria dell'*exceptio doli* [72], nelle fondamenta dell'*estoppel* [73], oltre che nelle prime applicazioni della *Verwirkung* [74]. In tempi successivi, l'affidamento guadagna protezione anche al di fuori dell'area in cui vi sia un inganno volontario da sanzionare, e viene protetto pure quando risulti ingenerato da un comportamento altrui (solo) colposamente ambiguo: tanto può dirsi della versione più aggiornata della *Verwirkung*. Nei modelli di conio più recente, l'affidamento viene infine posto al centro della costruzione e riceve tutela in quanto formatosi dinanzi a circostanze dotate di un'attitudine ingannatoria obiettiva, non importa se estranee al soggetto che, ora in via meramente riflessa, esce penalizzato: così è nella dottrina francese dell'*error communis facit ius* e nelle figure tipizzate di *apparentia iuris*.

La linea di evoluzione appena sintetizzata testimonia che la protezione giuridica dell'affidamento è venuta ad affrancarsi da un fondamento prettamente equitativo/retributivo per obbedire ad una logica politico/distributiva che suole descriversi in termini di sicurezza delle relazioni e stabilità dei traffici giuridici. È questa, come noto, un'esigenza particolarmente viva all'interno di sistemi che aspirino a promuovere un ambiente filocircolatorio e, così, il funzionamento del mercato. Dunque, normale è che nell'ambito del diritto privato europeo si registrino sempre maggiori aperture verso la tutela dell'affidamento "oggettivamente" qualificato, dell'affidamento, cioè, che risulti ragionevolmente fondato su caratteri di esteriorità [75]. Il nesso tra simili aperture e *policy* di mercato è stato posto in luce da Luca Nivarra, in un saggio di qualche anno fa, muovendo dall'osservazione dell'ampio rilievo che l'apparenza assume sul piano della regolazione del fenomeno della rappresentanza senza poteri operata dal DFCR [76].

Ai fini del discorso che si sta conducendo, specialmente degna di nota è la soluzione delineata dall'art. 6:103 [77] del DFCR, secondo cui l'apparente rappresentato può esser tenuto a rispondere degli impegni assunti dall'apparente rappresentante, sol che il suo comportamento abbia avuto rilevanza causale rispetto dell'errore del terzo, mentre non occorre che a quegli possa essere mosso, altresì, un rimprovero a titolo di colpa. Non è questo, peraltro, un *unicum* nei progetti di codificazione europea, ove diverse sono le regole che tutelano l'affidamento ragionevolmente riposto da taluno in ordine ad una data situazione senza postulare un collegamento soggettivo (in termini di colpa o dolo) tra il fatto generatore di tale convincimento ed il titolare dell'interesse sacrificato [78]. E regole di questo tenore sono ricorrenti anche nel diritto materiale dell'Unione. Si

---

[72] V. L. VAGNI, *La regola dell'affidamento nel diritto comune europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2013, 573 ss.

[73] VAGNI, *op. ult. cit.*, 587, mette in luce come nelle prime apparizioni che l'*estoppel* fece all'interno delle decisioni delle corti inglesi tale rimedio intersecasse la *fraud*.

[74] Come spiega PATTI, *op. cit*., 104, all'inizio, la giurisprudenza tedesca individuò il fondamento dell'istituto nella violazione intenzionale del buon costume ossia del canone di comportamento sancito dal § 826 BGB. mentre, in seguito, la *Verwirkung* è stata ricondotta al principio di *Treu und Glauben* di cui al § 242 BGB, e per conseguenza è stata disancorata dal profilo soggettivo del dolo (v. infra, nel testo).

[75] Ed anzi (ponendosi sulla scia delle considerazioni svolte da A. Zaccaria in occasione del convegno "Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto" (organizzato dall'Università di Trento il 16 e 17 settembre 2022), nel diritto privato europeo si riscontrano anche fattispecie di «autoresponsabilità oggettiva», ossia fattispecie in cui non giocano alcun ruolo profili soggettivi attinenti alla sfera delle parti. Per contro (spiega ancora Zaccaria) l'«autoresponsabilità soggettiva» si configura allorché la tutela dell'affidamento risulti condizionata al riscontro di almeno uno tra i seguenti profili: colpa o anche semplice comportamento del titolare del diritto sacrificato, oppure errore scusabile del soggetto tutelato.

[76] L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Eur. dir. priv*., 2013, 835 ss.

[77] Previsione che così recita: «*If a person causes a third party reasonably and in good faith to believe that the person has authorized a representative to perform certain acts, the person is treated as a principal who has so authorized the apparent representative*». La regola è analoga a quella contenuta nel par. 2 dell'art. 2.2.5 dei Principi Unidroit, a mente del quale «[…] se il rappresentato induce il terzo a ritenere ragionevolmente che il rappresentante è autorizzato ad agire per conto del rappresentato e che agisce nei limiti dei poteri conferitigli, il rappresentato non può eccepire nei confronti del terzo la mancanza di poteri del rappresentante»

[78] V. art. 9:303 DFCR; artt. 2:105 e 2:106 PECL.



consideri, per esempio, l'art. 7 della direttiva 2019/771/UE del 2019 sulla vendita di beni mobili, a mente del quale il bene venduto è difettoso se non possiede le qualità che il consumatore può ragionevolmente attendersi tenuto conto, fra l'altro, del modo in cui il venditore (o altre persone) lo abbiano pubblicizzato o presentato [79]; con il che il legislatore europeo incunea il binomio affidamento/apparenza nella nozione di difetto, onde rafforzare la tutela e la fiducia del consumatore. Oppure, ed ancora nella medesima logica, si pensi all'art. 5, par. 3, del Digital Service Act secondo cui le piattaforme online che forniscono servizi di *marketplace* sono soggette alla «responsabilità prevista dalla normativa in materia di protezione dei consumatori […] qualora […] presentino informazioni specifiche o rendano altrimenti possibile l'operazione in questione in modo tale da indurre un consumatore medio e ragionevolmente informato a ritenere che le informazioni, o il prodotto o il servizio oggetto dell'operazione, siano forniti dalla piattaforma stessa o da un destinatario del servizio che agisce sotto la sua autorità o il suo controllo» [80].

Non mancano, inoltre, nel diritto privato europeo ipotesi in cui l'affidamento ragionevole di una parte viene protetto sebbene non causato da una condotta tenuta dal soggetto titolare dell'interesse sacrificato, ossia anche là dove manchi qualsiasi momento di soggettività nella sfera di quest'ultimo. Così è, per esempio, nella regola racchiusa nell'art. 4:202, par. 3, del DFCR, in base a cui la revoca della proposta contrattuale non produce effetto, qualora l'oblato abbia ragionevolmente confidato sulla sua irrevocabilità [81]. L'affidamento oggettivamente "qualificato" riceve, poi, speciale risalto in seno al regolamento 650/2012/UE: l'apparenza cristallizzata [82] nel certificato successorio europeo esibisce uno spettro applicativo più lato rispetto alle regole nazionali sull'erede apparente [83]; e ciò al fine di migliorare la certezza del diritto, e di agevolare la circolazione di beni e persone.

Sulla scorta di questa breve rassegna, che non è possibile qui sviluppare fino in fondo, proviamo a formulare una conclusione e, a tal fine, riprendiamo la metafora con cui queste riflessioni sono cominciate. Nei manuali di fotografia s'insegna che lo sfondo può essere neutro, didascalico, o integrato. Quest'ultimo si differenzia dai primi due, in quanto contribuisce a chiarire il significato degli elementi che si collocano in primo o in secondo piano. Ebbene, lo sfondo del diritto privato europeo sembra potersi dire integrato con la restante parte del quadro tratteggiato in questo scritto, poiché contribuisce a chiarire che la tutela dell'affidamento oggettivamente "qualificato" non risulta affatto recessiva (od eccezionale) ed anzi, presenta contorni ampi, s'incanala attraverso moduli originali, ed esibisce connessioni sempre nuove con le ragioni del sistema. È, forse, su queste connessioni che si potrebbe cominciare a meditare, con il proposito di trarne qualche argomento, altro dalla colpa, capace di superare la visione angusta dell'apparenza.

---

[79] Una previsione analoga è contenuta nella direttiva 2019/770/UE sulla fornitura di contenuti e servizi digitali.

[80] E ciò in deroga al par. 1 dell'art. 5, che invece pone un'esenzione di responsabilità a favore degli *hosting providers*.

[81] Questo il testo della norma: «[…] *a revocation of an offer is ineffective if: […] c) it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer*». La previsione è identica a quella contenuta nell'art. 2.1.4, par. 2, dei Principi Unidroit, secondo cui: «*[l]'offerta non può essere revocata: […] (b) se è ragionevole per il destinatario considerare l'offerta irrevocabile e se questi ha agito di conseguenza*». In sede di commento ai Principi Unidroit, viene chiarito che l'affidamento dell'oblato può essere stato indotto sia dal comportamento del proponente, sia da altre circostanze quali, ad esempio, la natura della offerta.

Si noti come in entrambe le previsioni riportate sopra manchi qualsiasi elemento soggettivo: non solo dal lato del titolare dell'interesse sacrificato, ma anche dal lato del soggetto il cui affidamento è tutelato. Le ipotesi in esame sembrano quindi riconducibili alla categoria dell'«autoresponsabilità oggettiva» (su cui v. *supra* nt. 75).

[82] In questi termini A.M. GAROFALO, *Il certificato successorio: un modello di successo?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1172.

[83] Così, in particolare, sulla scorta dell'art. 534 cod. civ. la buona fede deve essere provata da chi intende valersi della tutela offerta dalla norma sull'erede apparente (v. Cass., 4 febbraio 2010, n. 2653), mentre in base al regolamento UE la buona fede del terzo si presume. Inoltre, l'art. 534 cod. civ. fa salvi soltanto i diritti acquistati dall'erede apparente a titolo oneroso, mentre nel caso di alienazioni compiute da parte dell'erede munito di certificato il regolamento UE fa salvi anche gli acquisti a titolo gratuito.

JUS CIVILE



STEFANO GATTI

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Verona

TECNICHE CIVILISTICHE DI TUTELA DEL LAVORO AUTONOMO E DIVIETO DI ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA*

SOMMARIO*: 1. Le tutele civilistiche del lavoro autonomo nella l. 81/2017. – 2. L'ambito di applicazione dell'art. 9 l. n. 192/1998. – 3. La «dipendenza economica» e l'«abuso» quali presupposti della tutela dell'art. 9 l. subf. e il problema della loro rilevanza nelle declinazioni settoriali del divieto, quale quella a favore dei lavoratori autonomi. – 4.* Segue*. Declinazioni settoriali del divieto di abuso di dipendenza economica e intersezioni con altre discipline che tutelano il contraente debole. – 5. Una tutela civilistica composita del lavoratore autonomo. La tutela contro le clausole vessatorie. – 6.* Segue*. Carattere integrativo e non sostitutivo della tutela rispetto alla disciplina codicistica: in particolare, il «congruo preavviso» per il recesso nei contratti «aventi ad oggetto una prestazione continuativa». – 7. Il divieto di abuso di dipendenza economica del lavoratore autonomo. – 8. La questione dei rimedi all'abuso di dipendenza economica: in particolare, all'abuso che consiste nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose. – 9. Considerazioni conclusive: sull'effettività delle tutele, alla luce delle peculiarità delle singole categorie (con uno sguardo rivolto ai lavoratori della cultura).*

1. – È noto come, negli ultimi decenni, il diritto privato patrimoniale abbia sviluppato una crescente sensibilità verso i rapporti negoziali asimmetrici: su impulso del diritto eurounitario, ma anche su iniziativa del legislatore interno, è andato così progressivamente incrinandosi il dogma dell'intangibilità delle scelte dei contraenti («*qui dit contractuel dit juste*») [1].

La legislazione speciale, pur con tecniche differenti, ha moltiplicato le occasioni di un controllo esterno sul contenuto del negozio: si tratta di ipotesi, che, seppure eterogenee, risultano però tutte accomunate dall'esigenza di porre un limite, contenutistico o di procedimento, alla libertà negoziale in contesti asimmetrici.

L'attenzione si è anzitutto concentrata sui rapporti tra consumatore e professionista (B2C), specialmente grazie all'impulso delle direttive europee (c.d. «secondo contratto»); di lì a poco, sono però fiorite altresì disposizioni che, in modo più puntiforme, si occupano dei contratti conclusi con imprese in posizione di debo-

* Il presente contributo, con minime variazioni, è destinato all'opera *Il lavoro autonomo nei luoghi della cultura*, a cura di A. Pilati e O. RAZZOLINI, in corso di pubblicazione nella Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona, e rientra nell'attività di ricerca del Team "*Tecniche di tutela del lavoro autonomo, imprenditoriale e non imprenditoriale*" nell'ambito del Progetto di Eccellenza dello stesso Dipartimento "*Diritto, Cambiamenti e Tecnologie*".

[1] Sul principio ricondotto al brocardo francese (la cui paternità è attribuita a A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Librairie Hachette et Cie., 1880, 410, ad es. da F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giuffrè, 2015, 504, anche se, come rileva V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese. Norma, sistema, tutela, prospettive*, Giuffrè, 2020, 127, nt. 17, non vi è al proposito sicurezza), e sulla sua progressiva erosione, specialmente ad opera della giurisprudenza, anche grazie ad un agganciamento della buona fede codicistica alla solidarietà di cui all'art. 2 Cost., v. il testé citato V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 131 ss.



lezza contrattuale (B2B: si tratta del c.d. «terzo contratto»)[2]. La massima espressione della tutela consumeristica è senza dubbio la tutela contro le clausole vessatorie, a cui si accompagna lo statuto della nullità di protezione[3]; la disciplina di questa forma di invalidità (parziale e "a vantaggio" esclusivo della parte protetta) è divenuta un punto di riferimento obbligato per la riflessione anche nel contesto dei rapporti tra imprese.

Il diritto privato dei contraenti deboli ha infine conosciuto due linee di evoluzione ulteriore: la prima, tesa a intercettare le più recenti epifanie dell'asimmetria nel mercato digitale[4]; la seconda, volta ad estendere progressivamente l'ambito di applicazione dei meccanismi protettivi sperimentati in altri contesti caratterizzati da squilibri di forza suscettibili di tradursi in abusi della parte forte.

In questo secondo filone rientrano le tutele civilistiche dei lavoratori autonomi, delineate dagli articoli 2 e 3 della l. 22 maggio 2017, n. 81 (c.d. *Jobs Act* degli autonomi), oltre che dalla più dettagliata (ma, ad un tempo, più circoscritta) disciplina dell'art. 13-*bis* l. 31 dicembre 2012, n. 247, introdotto dal d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 dicembre 2017, n. 172 (disciplina sull'equo compenso e di contrasto alle clausole vessatorie nei rapporti tra avvocati – e altri professionisti, visto il rinvio operato dall'art. 19-*quaterdecies*, comma 2, d.l. n. 148/2017 – e grandi imprese)[5].

---

[2] Sul c.d. «terzo contratto» (espressione coniata da R. PARDOLESI, nella prefazione a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, 2004) e le questioni che ruotano attorno a questa figura, v. le ancora attuali riflessioni contenute nel volume G. VILLA, G. GITTI (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008. I tratti comuni tra la disciplina dei rapporti B2C e B2B hanno indotto una parte della dottrina a considerarli espressione di un sistema complessivo del «contratto asimmetrico»: v., in particolare, V. ROPPO, ad es., in *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.; ID., *Il contratto del duemila*, Giappichelli, 2011, 3ª ed., 65 ss. Le differenti tecniche di tutela, che rispondono alle difformi esigenze sottese a queste due epifanie della debolezza di forza contrattuale, sono alla base dell'opposta convinzione, prevalente in dottrina, che sia necessario considerare ciascuna classe di casi nella sua specificità, necessità appunto suggerita anche dalla diversa nomenclatura: v., tra gli altri, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515 ss.; L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contr. impresa*, 2016, 979 ss. Vi è poi da considerare l'elevata frammentarietà della disciplina dei rapporti B2B, che, come è stato di recente scritto, «non è superata dalla *ragione unificante* della tutela»: v. F. DI MARZIO, *Contratto e impresa*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I, a cura di G. D'AMICO, Giuffrè, 2021, 345, che pure ne rileva il «nucleo a un tempo espansivo e aggregante» nel «divieto di abuso di dipendenza economica».

[3] Per un quadro sintetico ed esauriente di questa disciplina, v. M. GIROLAMI, *Nullità di protezione*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I, cit., 712 ss.

[4] La frontiera più recente è quell'articolazione delle relazioni B2B che riguarda i rapporti tra piattaforme digitali e imprese che si avvalgono dei servizi da queste offerti per raggiungere i loro clienti finali (P2B). Viene in rilevo, in particolare, la disciplina del Reg. (UE) n. 1150/2019. L'attenzione nei confronti di questa nuova declinazione dello squilibrio di potere negoziale è alla base anche del nuovo Reg. (UE) n. 1925/2022, *Digital Markets Act* (legge sui mercati digitali), il cui obiettivo principale consiste nel garantire «mercati equi e contenibili nel settore digitale», contrastando lo strapotere delle imprese di grandi dimensioni che forniscono nell'ambiente digitale «servizi di piattaforma di base» (cc.dd. *gatekeeper*). Si considerino, inoltre, le recenti modifiche all'art. 9, l. subf., ad opera della l. 5 agosto 2022, n. 118: da un lato, per la prima volta intervenendo sulle disposizioni che definiscono l'abuso di dipendenza economica (ma seguendo uno schema noto, v. *infra*, par. 7), il legislatore ha codificato una presunzione relativa di dipendenza economica a proposito dei rapporti tra una piattaforma digitale e l'impresa per la quale i servizi di intermediazione dalla prima offerti abbiano «un ruolo determinante per raggiungere gli utenti finali o i fornitori»; dall'altro, l'elenco esemplificativo di comportamenti che costituiscono abusi vietati è stato arricchito di ulteriori pratiche che riguardano tali rapporti («fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato»; «richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta»; in generale, tutte le «pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere»). Su queste novità, v. le perplessità di M. MAUGERI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica. Fra diritto civile e diritto della concorrenza*, Giappichelli, 2022, 101 ss., la quale, in primo luogo, con riguardo alla presunzione relativa, osserva che spetta pur sempre all'impresa che invochi la tutela dell'art. 9 cit. la non semplice dimostrazione del carattere "determinante" del ruolo della piattaforma nella sua economia (che in sostanza si traduce nella dimostrazione dell'assenza di alternative soddisfacenti sul mercato); per altro verso, ad avviso della A., le nuove esemplificazioni di abuso introdotte dalla novella sembrano essere ripetitive di quelle già esistenti, con l'eccezione della pratica relativa alle informazioni fornite, dove, però, il tasso di incertezza legato alla loro "sufficienza" appare eccessivamente elevato.

[5] Il profilo dell'equo compenso per i professionisti è oggetto di attenzione anche in un recente disegno di legge (D.d.l. n. 2419,



La l. n. 81/2017 ha in particolare esteso ai lavoratori autonomi non imprenditori [6] i tre capisaldi della tutela dell'impresa debole: a) la disciplina dei termini di pagamento nelle transazioni commerciali, che ha l'obiettivo di contenerne i tempi, contrastando gli abusi di autonomia contrattuale sul punto (art. 2) [7]; b) la previsione, in via preferenziale, della forma scritta per il contratto stipulato con l'impresa, onere che, nel contesto asimmetrico, si carica di significati e contenuti ulteriori rispetto a quelli tradizionali (c.d. neoformalismo) (art. 3, comma 2) [8]; c) il controllo sul contenuto del contratto, con il bando di alcune pratiche considerate sleali e la conseguente inefficacia delle clausole che le prevedono (art. 3, comma 1, che definisce tali clausole «abusive»); d) il divieto di abuso di dipendenza economica, attraverso il richiamo delle disposizioni «in quanto compatibili», dettate dall'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192 (d'ora in poi, l. subf.) (art. 3, comma 4).

Nei rapporti coi cc.dd. grandi clienti (specialmente, ma non esclusivamente, banche e assicurazioni), regolati da convenzioni, inoltre, si applicano, a favore dei professionisti, le più stringenti tutele previste dal citato art. 13-*bis* l. n. 247/2012. Questo articolo muove dalla presunzione – vincibile con la prova contraria (comma 3) – che tali convenzioni siano state unilateralmente predisposte dal cliente; prevede dunque, in primo luogo, un meccanismo di controllo della proporzionalità del corrispettivo pattuito, con il potere del giudice di sostituire (e dunque correggere) la clausola che lo stabilisce e, in secondo luogo, un elenco di pattuizioni che si considerano vessatorie e, dunque, nulle, secondo uno statuto (di protezione) simile a quello a tutela del consumatore (art. 36 cod. cons.).

Con l'eccezione delle disposizioni da ultimo considerate, che riguardano una limitata area dei rapporti del lavoratore autonomo [9], il problema del sindacato sull'equilibrio economico del contratto è affidato alla norma

---

approvato dalla Camera dei Deputati il 13 ottobre 2021), attualmente in discussione, che intende riscrivere la disciplina degli artt. 13-*bis* l. n. 247/2012 e 19-*quaterdecies* d.l. n. 148/2017.

[6] L'art. 1, comma 2, l. n. 81/2017 esclude espressamente dal campo di applicazione della tutela ivi prevista i piccoli imprenditori, come definiti dall'art. 2083 cod. civ: in punto, v. O. RAZZOLINI, Jobs Act *degli autonomi e lavoro esclusivamente personale. L'ambito di applicazione della legge 81 del 2017*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2017, 22 ss. In effetti, non è in discussione che il prestatore d'opera possa contemporaneamente rivestire la qualifica di "imprenditore", ben potendo questi, pur essendo dotato di un'organizzazione imprenditoriale, avvalersi prevalentemente del proprio lavoro per eseguire la prestazione oggetto del contratto. In breve, la natura dell'attività del soggetto non è decisiva nel qualificare i contratti da questo compiuti: cfr. M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, 120 ss. D'altro canto (*ivi*, 119 s.), per comprendere se gli strumenti di cui si doti il prestatore lo contraddistinguano, ad un tempo, come imprenditore (eventualmente piccolo), occorre domandarsi in quale rapporto questi si pongano con l'attività esercitata: se il rischio che caratterizza quest'ultima dipende dalle qualità e dalle energie psico-fisiche del prestatore, questi non è un imprenditore, mentre ad opposto risultato si giunge qualora tale rischio sia da imputare alla struttura organizzata (di persone e strumenti). L'esclusione del piccolo imprenditore è stata comunque criticata in dottrina, anche alla luce delle difficoltà di distinguere nella pratica tra le due figure: v. F. FERRARO, *Prime osservazioni sulle tutele civilistiche del lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, 507.

[7] D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, attuativo della direttiva 2000/35/CE, più volte oggetto di successive modifiche. Su questa disciplina la letteratura è sterminata: per un quadro delle principali questioni civilistiche, v. i saggi raccolti in A.M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI (a cura di), *I ritardi nei pagamenti*, Giuffrè, 2016 e per una sintesi recente v. A. ZACCARIA, sub *art. 1219*, in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Wolters Kluwer-Cedam, 2022, 1296 ss.

[8] Tra i principali obiettivi dei nuovi oneri formali, vi è ancora la protezione della parte debole, che passa attraverso l'indicazione documentale di alcuni contenuti fondamentali individuati dalla legge e ritenuti indispensabili per una decisione consapevole del contraente (c.d. forma-contenuto): sul tema, v. S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Giuffrè, 2011, 775 ss.; L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *Contr. e impr.*, 2011, 16 ss.; P. GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, ivi, 2016, 1463 ss.; U. BRECCIA, *La forma*, in C. GRANELLI (a cura di), *Formazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Giuffrè, 2006, 535 ss.; F. ADDIS, «*Neoformalismo*» *e tutela dell'imprenditore debole*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 12 ss.

[9] Sottolinea gli angusti limiti dell'ambito di applicazione soggettivo della legge A. ALAIMO, *Lo "Statuto dei lavoratori autonomi": dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tute-*



del divieto di abuso di dipendenza economica: le clausole «abusive e prive di effetto» di cui all'art. 3, comma 1, l. n. 81/2017 attengono infatti esclusivamente a profili normativi del rapporto, quali il diritto di recesso e il tempo dell'adempimento.

Nell'architettura legislativa della l. n. 81/2017, il rinvio all'art. 9 l. subf. si rivela allora centrale. Tale rinvio, tuttavia, reca con sé tutta una serie di problemi già noti agli studiosi di questa norma, i quali, confrontandosi con le specificità delle esigenze di tutela del lavoratore autonomo, danno vita ad ulteriori questioni, su cui, in questo scritto, ci si intende soffermare.

Si fa riferimento, in particolare, sia ai presupposti di applicazione del divieto – tanto sul piano teorico, quanto su quello pratico, specialmente della prova – sia ai rimedi a disposizione della parte lesa.

L'obiettivo di questa riflessione è misurare l'effettività della protezione accordata da questa disposizione nel contesto del lavoro autonomo, con uno sguardo particolare a quello dei lavoratori della "cultura", alla luce delle peculiarità che qui caratterizzano la prestazione lavorativa [10]. Questa valutazione rappresenta del resto un tassello fondamentale per verificare in quale misura possa dirsi realmente avviata la sistematizzazione di una declinazione ulteriore del diritto privato dei rapporti asimmetrici, secondo l'etichetta, recentemente coniata da un'autorevole dottrina civilistica, di un c.d. «quarto contratto» [11].

2. – Mettere a fuoco l'ambito di applicazione dell'art. 9 l. subf. è un'operazione complessa, anche se si limita l'attenzione sul solo perimetro originario della norma e non si considerano, dunque, né le successive estensioni normative, quale è quella operata dalla l. n. 81/2017, né le ulteriori disposizioni che ne costituiscono particolari applicazioni in settori specifici [12].

La ragione di questa complessità può essere intuita ripercorrendo la travagliata genesi del divieto [13], lar-

---

le?, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 625, che osserva come, in base «ad una rigorosa esegesi», l'estensione delle regole dell'art. 13-*bis* l. n. 247/2012 operi solo a favore del lavoro autonomo *professionale* (richiamando l'art. 19-*quaterdecies* cit. «le prestazioni rese dai *professionisti* di cui all'articolo 1 della legge 22 maggio 2017, n. 81» e non, dunque, tutta la categoria di lavoratori autonomi da quest'ultima legge tutelati). Invero, anche il d.d.l. n. 2419 cit., si osservi, prevede l'applicazione delle norme lì proposte ai «rapporti professionali aventi ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale di cui all'articolo 2230 del codice civile (…)».

[10] Come ha messo in luce l'indagine di S. BOLOGNA, A. SORU (a cura di), *Dietro le quinte. Indagine sul lavoro autonomo nell'audiovisivo e nell'editoria libraria*, in *Quaderni della Fondazione Giacomo Brodolini*, 62, maggio 2022, reperibile all'indirizzo internet *https://www.fondazionebrodolini.it/sites/default/files/pubblicazioni/file/Q62%20def.pdf*, il lavoro della cultura presenta debolezze specifiche. In particolare, nell'audiovisivo, la c.d. «democratizzazione» di strumenti tecnologici più performanti e molto meno costosi (anche perché consentono di azzerare gli sprechi di materiale, ad esempio di pellicola cinematografica, per errori commessi), ha permesso l'accesso al mercato di soggetti meno "esperti", più giovani e mediamente più disposti ad accettare condizioni contrattuali al ribasso (v. ivi, 41 ss.). Lo stesso si è registrato con riguardo al settore dell'editoria libraria, in particolare con riferimento alle nuove figure professionali che l'evoluzione dei supporti della lettura dei contenuti (audiolibri, *podcast*, *e-book*) e del modo di diffonderli in rete (attraverso, ad esempio, i cc.dd. *book influencer*) ha sviluppato, contribuendo ad esternalizzare in modo sempre più massiccio il lavoro in questo campo (v., ivi, 103 ss.). In entrambi i settori considerati ha infatti preso piede un fenomeno di "dipendenza" del tutto particolare, suggestivamente denominato «ricatto» o «trappola della passione» (v. ivi, 67 e 110), che spinge a sopportare e a fare propria la «cultura dello sgobbo» (ivi, 90). A queste considerazioni si aggiungono alcune valutazioni, parimenti preziose, in relazione agli squilibri strutturali di potere negoziale tra le OTT (le principali piattaforme sule mercato, *Over-the-top*) attive nella distribuzione e chi produce e lavora sui contenuti intellettuali prodotti, che rivelano, per questi ultimi, margini di profitto sempre più risicati.

[11] C. SCOGNAMIGLIO, *Il* c.d. jobs act *dei lavoratori autonomi: verso un'ulteriore articolazione della categoria del contratto?*, in *Corr. giur.*, 2017, 1183 s.

[12] V., ad es., il già citato 62 d.l. n. 1/2012 (e, oggi, la disciplina del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198); v. pure l'art. 17, comma 3, d.l. n. 1/2012, che tipizza alcuni comportamenti che integrano abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese di distribuzione del carburante e grandi imprese fornitrici o titolari degli impianti: cfr. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 92 ss.

[13] Su cui M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, 2003, 1 ss.; EAD., *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, cit., 59 ss.



gamente influenzata dalla doppia anima della previsione, la quale, ad un tempo, risponde ad esigenze di regolazione della concorrenza e introduce, nel contesto delle relazioni commerciali tra imprese, un limite funzionale ad evitare che le disparità di forza contrattuale si traducano in condizioni irragionevolmente pregiudizievoli per la parte debole [14].

L'attuale previsione è inserita nella disciplina del contratto di subfornitura (l. n. 192/1998), espressione, questa, che non indica un tipo contrattuale, ma una categoria transtipica: si intende, cioè, che, a prescindere dal contratto concretamente concluso (ad es., vendita, somministrazione, appalto, contratto d'opera), qualora il negozio risponda alla definizione di cui all'art. 1, l. cit. [15], ad esso si applicheranno *anche* le regole della subfornitura, protettive nei confronti dell'impresa fornitrice [16].

---

[14] La doppia anima della disposizione è stata valorizzata in dottrina, la quale, con una ricca varietà di sfumature, ne ha enfatizzato ora la natura concorrenziale, ora quella contrattuale. Così, da quest'ultima prospettiva, il divieto di abuso di dipendenza economica è stato considerato un ulteriore sviluppo delle clausole generali nel diritto dei contratti (cfr., ad es., con riguardo alla buona fede: F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, ESI, 2002, 297; E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e merc.*, 2012, 624 ss.; cfr. pure P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 351); da altri viene invece sottolineata l'attitudine del divieto, analogamente agli strumenti *antitrust*, a garantire un efficiente funzionamento del mercato (v. M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impresa*, 2013, 2, il quale ammonisce che, in entrambi i casi, la norma, essendo attuativa di principi generali accolti nell'ordinamento, è passibile di applicazione analogica). Sulla differenza tra il divieto di abuso di posizione dominante e quello di abuso di dipendenza economica, caratterizzato quest'ultimo dalla dimensione relazionale, che mette in secondo piano la finalità conformativa del mercato, v. però A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, 24 ss. Come risulta dallo stesso art. 9 cit., che prende in considerazione sia abusi che si traducono in clausole contrattuali sia quelli che consistono in condotte estranee al contratto, non sembra possibile ridurre la complessità della *ratio* dell'intervento legislativo, di cui occorre dunque tenere conto in sede interpretativa. Sul lato contrattuale, non può essere trascurata la natura di norma speciale del divieto, che va valorizzata nella valutazione della sua vocazione espansiva, anche per il tramite dello strumento analogico: cfr., in punto, la ricostruzione di V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., *passim*, che mette in risalto la contraddizione tra un atteggiamento sempre più disinibito della giurisprudenza nell'avvalersi di clausole generali per sindacare il contenuto del contratto e la scarsa applicazione dell'art. 9 cit., che pure è volto alla tutela contro lo squilibrio dei rapporti contrattuali tra imprese (ivi, 226 ss.). Sembra possibile cogliere una circolarità nella duplice prospettiva della norma, allorché si consideri che questa disposizione mira a reprimere un abuso della libertà negoziale che, in positivo, si traduce in una protezione della libertà degli altri soggetti attivi nello stesso mercato. Infatti, il limite posto all'eccesso che sfocia in una compromissione vistosa dell'equilibrio del contratto e i rimedi conseguenti sono strumentali a ripristinare «artificialmente condizioni corrispondenti ad una libertà contrattuale non presente al momento della trattativa», nell'ottica di favorire la concorrenzialità: v. F. DI MARZIO, *Contratto e impresa*, cit., 350 ss.

Il concomitante rilievo di diritto concorrenziale della fattispecie regolata dalla norma ha trovato definitiva conferma con la novella del 2001 (l. 5 marzo 2001, n. 57), che ha introdotto il comma 3-*bis* all'art. 9. Tale disposizione prevede il potere sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), «qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato». Infine, con la modifica operata dalla l. 11 novembre 2011, n. 180, l'abuso derivante da una violazione «diffusa e reiterata» delle norme contro i ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali (d.lgs. n. 231/2002) è sanzionato «a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

[15] La definizione che reca questa disposizione individua fattispecie nelle quali, con la relazione contrattuale, la subfornitrice si impegna ad una prestazione di fare su prodotti semilavorati o materie prime fornite dalla committente («subfornitura di lavorazione») oppure a fornire beni o servizi finiti destinati ad essere integrati nell'attività produttiva della committente («subfornitura industriale»). Presupposto per entrambe le forme è che la subfornitrice sia tenuta a conformarsi a «progetti esecutivi, conoscenze tecniche o tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente» (c.d. «dipendenza progettual-tecnologica»): v. R. NATOLI, *Contratti di subfornitura*, in *Trattato dei contratti*, V, diretto da V. ROPPO, Giuffrè, 2014, 352 ss.

[16] L'assunto è nettamente dominante in dottrina: v., a titolo esemplificativo, G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contr.*, 1998, 411 s.; R. LECCESE, *Nozione e contenuto del contratto*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Jovene, 1998, 41 ss.; L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. impr.*, 2013, 2; R. NATOLI, *Contratti di subfornitura*, cit., 382; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, 2021, III ed., 369; G. DORIA, *La subfornitura. L'araba fenice del diritto civile: che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa*, in questa *Rivista*, 2021, 454 ss. Appare invece ormai minoritaria la tesi sostenuta all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina secondo la quale il



All'interno di questa disciplina, il dettato dell'art. 9 si caratterizza per una vocazione ancora più espansiva.

Anche seguendo la più risalente e restrittiva posizione giurisprudenziale, che appunto limitava l'ambito di applicazione del divieto alle sole fattispecie di abuso inquadrabili entro la definizione di subfornitura [17], il dato letterale imponeva di riconoscere, a differenza delle altre disposizioni della legge, la bidirezionalità della tutela, atteso che la formulazione indica inequivocabilmente che anche l'impresa «cliente» (e dunque la «committente», in base alla definizione dell'art. 1, l. cit.) possa rivestire, nella concreta relazione contrattuale, il ruolo di parte debole [18].

Lo stesso dato letterale – che discorre più genericamente di imprese «clienti» e «fornitrici» – ha ben presto offerto il destro alla lettura, divenuta rapidamente dominante in dottrina e in giurisprudenza, che attribuisce al divieto in esame una portata generalizzata, estesa a tutti i rapporti tra «imprese» [19]. Queste espressioni tradiscono infatti il duplice intento del legislatore di introdurre un limite all'esercizio della libertà negoziale e correggere le distorsioni del mercato, portato indesiderato della concorrenza lasciata senza freni.

Tale doppia chiave di lettura concorre, dal lato soggettivo, a tracciare il perimetro applicativo della nozione di «impresa», sottesa all'art. 9.

Come è stato chiarito in dottrina, il legislatore ha inteso riferirsi non (sol)tanto alla nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 cod. civ. [20], ma a quella, più generale, rilevante per il diritto europeo della concorren-

---

legislatore avrebbe costruito un nuovo tipo contrattuale, seppure caratterizzato da una certa embrionalità, tipica delle novità normative: cfr. V. FRANCESCHELLI, *Subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in ID., *Subfornitura*, Giuffrè, 1999, 9 ss. I tratti distintivi della definizione dell'art. 1 l. cit. sono, da un lato, la strumentalità della prestazione rispetto al processo produttivo del committente e, dall'altro lato, le direttive dettagliate di quest'ultimo: v. R. LECCESE, *Nozione*, cit., 22 ss. Elemento comune delle fattispecie disciplinate dalla norma è la «subordinazione imprenditoriale» dell'impresa subfornitrice rispetto alla committente, nel senso che l'attività di quest'ultima «si conforma alle specifiche esigenze del committente ed è quindi insuscettibile di essere immessa nel mercato della concorrenza»: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 366. Secondo una autorevole lettura differente, fermo che «la questione della tipicità/transtipicità della subfornitura rischia (…) di diventare meramente nominalistica», tale fattispecie contrattuale, attesa la predominanza del "*fare*" (alla luce delle direttive tecniche dell'impresa cliente) sul "*dare*", potrebbe essere definita come un sottotipo esclusivo dell'appalto: v. M. MAUGERI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, cit., 20 s., che riprende la tesi di A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli-Il Foro it., 2003, 64 ss.

[17] V., ad es., le pronunce segnalate da V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit.,163, nt. 126, tra cui: Trib. Bari, ord. 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2179; Trib. Roma, 20 maggio 2002; 16 agosto 2002; 12 settembre 2002, tutte in *Foro it.*, 2002, I, 3207; Trib. Torino, 8 novembre 2006, in *Dejure*; Trib. Roma, 5 maggio 2009; 24 settembre 2009; 10 febbraio 2010; 17 marzo 2010, tutte in *Foro it.*, 2011, I, 256. Più di recente, la tesi è stata sostenuta anche da App. Milano, 24 giugno 2021, in *One legale*.

[18] M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 133 s., che dalla dissonanza assiologica tra la disciplina della subfornitura e l'art. 9 trae ulteriore argomento per concludere nel senso di un diverso ambito di applicazione tra i due insiemi di norme.

[19] L'affermazione, contenuta in un *obiter dictum* delle Sezioni Unite della S.C. in sede di regolamento di giurisdizione (Cass., Sez. un., ord. 25 novembre 2011, n. 24906), è in linea con la dottrina assolutamente dominante (v., oltre a M Maugeri, citata nella nota precedente, anche per una ricca rassegna di voci a sostegno di questa tesi, P. DORIA, *Subfornitura*, cit., 477 s.; v. altresì E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 624 ss.; R. SACCO, *La volontà*, in ID., G. DE NOVA [a cura di], *Il contratto*, UTET, 2016, 600; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 370 s.; per un'autorevole voce contraria, C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 103 ss.) ed è stato confermato dalla giurisprudenza successiva (v., per tutte, la recenti pronunce Cass., 19 maggio 2021, n. 13600 e App. Milano 10 febbraio 2022, in *One legale*). Alcuni, peraltro, hanno però proposto alcune restrizioni. Secondo un orientamento (Trib. Roma, 21 gennaio 2022, in *One legale*; v. pure V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto* antitrust, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 399), il divieto dovrebbe applicarsi unicamente a quei contratti che, come la subfornitura, si collocano in un contesto coordinato, finalizzato alla realizzazione di un unico processo economico (con la conseguente esclusione dei contratti bancari): a questa impostazione si può obiettare che essa sembra legata ad un ragionamento analogico, che, però non è richiesto se non si muove dalla superata premessa che l'art. 9 riguardi, nel suo perimetro d'origine, i soli rapporti di subfornitura; ad avviso di parte della dottrina (D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in AA.VV. [a cura di], *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Giuffrè, 1998, 78), il divieto è applicabile esclusivamente a quelle situazioni nelle quali il rapporto si iscrive in una dinamica tale per cui i soggetti assumono il ruolo di fornitore e cliente (con la conseguente esclusione, oltre ai contratti bancari, anche delle transazioni e delle garanzie).

[20] Non si dubita, in ogni caso, dell'applicabilità della disposizione anche ai piccoli imprenditori *ex* art. 2083 cod. civ., i quali, fatte



za [21]: gli argomenti addotti a sostegno di questa conclusione si richiamano appunto alla genesi della norma e al suo stretto legame con l'abuso di posizione dominante. Conformemente al diritto *antitrust* [22], sono dunque considerati tutti i soggetti economici, che, a prescindere dalla loro conformazione, operano sul mercato e che, di conseguenza, possono essere parte dei conflitti che qui si generano e che la norma contribuisce a regolare [23]. Si tratta di una nozione che, nella sua ampiezza, è del tutto simile a quella di «professionista» nel diritto dei consumatori (colui «che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale», art. 3, lett. c], cod. cons.). Un argomento a favore della coincidenza tra i due concetti si ricava riguardando la norma nella sua parallela dimensione contrattuale: il divieto, infatti, si traduce in un limite all'esercizio della libertà negoziale al quale non vi è ragione di dare un ambito applicativo diverso da quello che risulta dalla disciplina dei rapporti B2C, rilevante essendo anche qui, più che la natura strettamente imprenditoriale di questi soggetti, il loro agire come attori del mercato dei beni e dei servizi [24].

Alla luce di queste considerazioni, dovrebbe apparire scontata la natura solo ricognitiva dell'art. 3, comma 4, l. n. 81/2017, che ha sancito l'applicazione diretta dell'art. 9 anche a tutela dei lavoratori autonomi, rientrando questi già nella categoria delle "imprese" protette dalla disposizione [25].

L'espressa presa di posizione normativa è stata nondimeno salutata con favore dalla dottrina [26], la quale ha dato atto dell'atteggiamento non univoco della giurisprudenza [27]. Occorre però tenere conto, come si vedrà

---

salve le eccezioni di legge (tra cui non figura quella dell'art. 9 cit.), sono sottoposti alla stessa disciplina dell'imprenditore non piccolo: v., per tutti, R. LECCESE, *Nozione*, cit., 34.

[21] V. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, 2004, 104 ss.; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, 2006, 99 ss.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 30 ss.; v. pure E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 640 ss., il cui ragionamento si iscrive però nell'ottica di un principio generale del diritto dei contratti (la buona fede) di cui l'art. 9 cit. sarebbe, in sostanza, una conferma. Nella dottrina giuslavoristica, l'idea di una nozione di impresa più ampia di quella ricavabile dall'art. 2082 c.c. è condivisa anche da A. PERULLI, *Il* Jobs Act *degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, 185.

[22] Come ricorda V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 30 s., nt. 28, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea considera impresa qualsiasi soggetto che svolge un'attività economica (CGUE, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner*), ossia offre beni o servizi sul mercato (Trib. UE 4 marzo 2003, causa T-319/99, *Fenin*).

[23] V. PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 101.

[24] Del resto, un simile percorso ha riguardato pure la disciplina delle clausole sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali, anch'essa di matrice europea, ma relativa ai rapporti tra "imprese", oggi definite dall'art. 2, n. 3), dir. 2011/7/UE, come «ogni soggetto organizzato, diverso dalle pubbliche amministrazioni, che agisce nell'ambito di un'attività economica o professionale indipendente, anche quando tale attività è svolta da una sola persona».

[25] Così, infatti, sulla natura della disposizione, A. PERULLI, *Ibidem*, a cui aderisce F. MARTELLONI, *I rimedi nel "nuovo" diritto del lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 2017, 530. Prima della novella, parte della dottrina era già giunta alla conclusione dell'applicabilità dell'art. 9 cit. a tutela dei lavoratori autonomi: A. PERULLI, *Un "Jobs Act" per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 109; D. DEL BIONDO, *L'abuso di dipendenza economica nei confronti dei lavoratori autonomi*, in M.T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa alle reti d'impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015, 432; R. CATALANO, *Profili di convergenza tra "impresa" e "professionista": la questione dell'ambito del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1173 ss.; v. pure E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 640.

[26] V. oltre al già citato D. DEL BIONDO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 435 s. (il quale suggerisce altresì di non trascurare l'ipotesi in cui, viceversa, sia lo stesso professionista a trovarsi in una posizione di predominio), G. CAVALLINI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica e gli strumenti del "nuovo" diritto civile a servizio del lavoro autonomo*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, 291; F. FERRARO, *Prime osservazioni*, cit., 523 e v. pure ID., *[Non] buona la prima. Il divieto di abuso di dipendenza economica del lavoratore autonomo alla prova della giurisprudenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, 738 s., che ritiene che la norma non sia una «inutile ripetizione», se non altro perché essa consente di fare rientrare nell'ambito di applicazione del divieto anche i lavoratori autonomi lontani dalla nozione di piccolo imprenditore, quali gli occasionali e i professionisti che esercitano l'attività individualmente o solo avvalendosi di ausiliari.

[27] In effetti, molte pronunce di merito hanno negato la retroattività dell'art. 3 l. n. 81/2017, anche nella parte in cui richiama il divieto di abuso di dipendenza economica (v., ad es., App. Venezia, 1° marzo 2022; Trib. Roma, 11 luglio 2019; App. Roma, 24 set-



a breve, dell'effetto di una disposizione tecnicamente inutile: essa può determinare il dubbio, sulla scorta del canone ermeneutico che rifugge l'idea di un legislatore ridondante [28], di essere di fronte ad un'ulteriore evoluzione della tutela, con conseguente accentuazione della settorialità della disciplina e, dunque, delle divergenze di fondo rispetto alla norma base.

Prima di addentrarci in questa riflessione, che presuppone l'analisi dei presupposti della fattispecie oggetto del divieto, conviene soffermarsi brevemente su un'ulteriore questione preliminare, che ha animato la discussione degli studiosi dell'abuso di dipendenza economica e che può essere risolta già sul piano generale anche a beneficio della prospettiva della tutela del lavoro autonomo.

Si tratta di un ulteriore lato dal quale è possibile circoscrivere l'ambito di applicazione della norma: secondo alcuni, infatti, il divieto di abuso di dipendenza economica opererebbe solo per vagliare gli atti giuridici (come, ad esempio, proposte di rinegoziazione delle condizioni originarie in senso più sfavorevole all'impresa dipendente o l'esercizio del diritto di recesso) e materiali (ad esempio, atteggiamenti arbitrari nella gestione delle forniture) di un'impresa la cui posizione di forza rispetto all'altra risulta da una relazione contrattuale già costituita [29]. Si vuole dire, in sostanza, che la norma non può servire per correggere una clausola contrattuale sin dall'origine squilibrata, poiché essa si limiterebbe a presidiare lo svolgimento di relazioni commerciali già in essere, al fine di reprimere quegli abusi dell'impresa in posizione di supremazia che consistono nel «trarre dalla relazione commerciale utilità ulteriori e diverse rispetto a quelle che, nel rispetto dell'economia della relazione, le competerebbero» [30].

Invero, come è stato convincentemente osservato da altra parte della dottrina, una simile restrizione non trova riscontro nel dato letterale dell'art. 9 cit., che pare anzi sufficientemente ampio da cogliere tutte le possibili epifanie dell'abuso (extracontrattuale, precontrattuale e contrattuale, includendo sia il contratto originario, sia quelli eventualmente successivi ed emendativi del primo) [31]. La situazione di dipendenza economica,

---

tembre 2021; Trib. Modena, 20 gennaio 2021, tutte in *One legale*; App. Bologna, 15 dicembre 2020, *Arg. dir. lav.*, 2021, 729, con nota di F. FERRARO, *[Non] buona la prima*, cit. Sulla medesima linea anche Cass., 17 aprile 2020, n. 7904, che, per escludere la retroattività dell'art. 13-*bis* l. n. 247/2012, argomenta anche dall'irretroattività della stessa l. n. 81/2017.

[28] Su questo canone ermeneutico (e sui suoi limiti), v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Giuffrè, 1980, 151 s. e 371 s.

[29] R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 111 ss.; ID., *Contratti di subfornitura*, cit., 384 s. e, sulla stessa linea, v. pure G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, 2008, Giuffrè, 598 ss., sulla scorta del rilievo che l'abuso potrebbe concretizzarsi alla luce degli investimenti specifici sostenuti dall'impresa in posizione di debolezza che le impediscono, in concreto, di rivolgere altrove, sul mercato, la propria attività; ID., *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Tematici*, I, cit., 598, ammette la possibilità di «intervenire (anche) sul contenuto del contratto, vietando direttamente (e sancendo la nullità di) quelle clausole contrattuali che siano espressione dello sfruttamento abusivo della posizione di "dominanza relativa" che un contraente abbia acquisito nei confronti dell'altro», salvo lasciare aperto il dubbio che in tale posizione il soggetto possa trovarsi (solo) in ragione di una preesistente relazione contrattuale, che, in quanto a monte dell'applicazione del divieto, sarebbe esclusa dal raggio di azione di quest'ultimo.

[30] R. NATOLI, *Contratti di subfornitura*, cit., 384.

[31] V., anche per ulteriori argomenti di carattere sistematico, V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 72 ss.: in particolare, osserva l'A. che l'opinione dottrinale in esame rischierebbe di comportare «una sovrapposizione funzionale» (ivi, 73) tra la norma speciale che vieta l'abuso di dipendenza economica e il principio generale che sanziona l'abuso del diritto. Infatti, la prima smarrirebbe la sua utilità se, come il secondo, si limitasse a sindacare unicamente l'esercizio di un diritto, lasciando intatto il patto che a quel diritto dà origine, anche nell'ipotesi in cui esso sia il frutto di un eccesso di libertà negoziale (v. anche *infra*, nota 72). Il punto è che è proprio questo abuso – e non, dunque, semplicemente l'affidamento nei confronti di un determinato equilibrio contrattuale – a costituire il cuore della norma settoriale. Si noti, per inciso, che la citata sovrapposizione è considerata da chi sostiene l'opposta visione come il «*reale punto di saldatura tra la teorica dell'abuso del diritto e il divieto di abuso di dipendenza economica*»: R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contr.*, 2010, 526, che ivi spiega: «Nell'uno e nell'altro caso il giudice è chiamato a sindacare la conformità tra l'esercizio di un diritto e l'interesse in virtù del quale il diritto stesso è riconosciuto.



del resto, può risultare da diversi fattori e non necessariamente presuppone una primigenia relazione contrattuale con l'impresa in posizione di dominanza relativa.

L'analisi si deve dunque spostare a valle del discorso sul campo di applicazione oggettivo, per interrogarsi sui presupposti che costituiscono la fattispecie abusiva vietata.

3. – L'art. 9 l. subf. sanziona l'abuso, nell'ambito di una relazione tra imprese, della *dipendenza economica* dell'una, in posizione di "dominanza relativa" nei confronti dell'altra.

Lo stato in cui si trova l'impresa abusata, la «dipendenza economica», è dirimente, poiché definisce il tipo di debolezza che il legislatore ha voluto prendere in considerazione a fini protettivi. Comprendere cosa essa significhi è dunque necessario anche per delineare la tutela che lo stesso legislatore ha inteso offrire estendendo la norma – o, se si accoglie la lettura qui preferita, ribadendone l'applicabilità – ai lavoratori autonomi.

È imprescindibile muovere dal tenore letterale dell'art. 9, comma 1, cit., che, nei periodi secondo e terzo, si preoccupa di precisare che la dipendenza economica consiste in quella situazione in cui un'impresa risulta «in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi». Come è agevole rilevare, dunque, non importa che, in concreto, le condizioni contrattuali siano effettivamente squilibrate: quello che conta è che la posizione di forza di una delle imprese sia tale da poterle imporre in modo sostanzialmente unilaterale. Di qui si giustifica il prosieguo della disposizione, secondo cui «la dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti». Questo secondo criterio ha il duplice obiettivo di spiegare la ragione per la quale un soggetto economico non è effettivamente in grado di opporsi all'abuso (se si tratta di condizioni contrattuali, queste producono effetto in forza dell'accordo e quindi grazie al consenso che lo stesso abusato ha manifestato) e di indicare all'interessato l'elemento di fatto su cui profondere lo sforzo probatorio per dimostrare il presupposto della tutela [32].

Per questa ragione, nonostante l'indubbia ambiguità della formulazione normativa – che, specialmente con la congiunzione «*anche*», sembra sottendere l'idea che quello indicato rappresenti solo un parametro ausiliario –, dottrina e giurisprudenza hanno considerato il criterio dell'assenza di "alternative soddisfacenti" come prioritario, realmente indicativo dello stato di dipendenza economica [33].

Non è chiamato, né nell'uno né nell'altro caso, a sindacare, in senso ampio, la libertà contrattuale». La giurisprudenza ha infine accolto una nozione di abuso di dipendenza economica che comprende anche la valutazione dell'equilibrio originario del rapporto contrattuale: v., in questo senso, Trib. Massa, 26 febbraio 2014 e 15 maggio 2014, entrambe in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 218, con nota di V. BACHELET, *La clausola squilibrata è nulla per abuso di dipendenza economica e il prezzo lo fa il giudice*; v., poi, seppure in *obiter dictum* Cass., 20 luglio 2022, n. 22719 (secondo cui, però, esula dal campo di applicazione dell'art. 9 cit. il contratto di transazione, con il quale le parti prevengano o pongano fine a liti scaturenti dai rapporti tra loro intercorsi). Osserva, infine, C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 414 s., nt. 37, che, anche a volere circoscrivere la *ratio* della norma alla tutela degli investimenti specifici sostenuti dall'impresa dipendente, occorre rilevare che questi possono essere sostenuti pure in fase precontrattuale, proprio allo scopo di aggiudicarsi l'affare.

[32] Da un'analisi della più recente giurisprudenza possono evincersi i parametri principali dai quali può desumersi la reale assenza di alternative valide sul mercato: premesso che questo stato, perché rilevi, deve risultare inevitabile, sul piano oggettivo (non deve, ad esempio, risultare da una autoimposizione, ad esempio per effetto di una clausola di esclusiva liberamente pattuita: App. Milano, 16 febbraio 2022, in *One legale*), rilevanti sono, ad esempio, la dimensione dell'impresa e la conseguente capacità di differenziare la propria attività, l'adeguamento organizzativo e gli investimenti specifici effettuati alla luce dell'esigenze del partner contrattuale (Cass., 21 gennaio 2020, n. 1184), le condizioni di mercato nel settore in cui è attiva la società che lamenta l'abuso (App. Torino, 8 aprile 2021, in *One legale*).

[33] V., per tutti, V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 230 ss. (oltre ai riferimenti citati dall'A. ivi, 236, nt. 311). In



Il corrispondente stato di dominanza relativa dell'impresa che è nelle condizioni di imporre condizioni a sé favorevoli non è, da solo, valutato negativamente dall'ordinamento: la norma reprime l'abuso che la posizione di forza astrattamente consente.

Il concetto di abuso non è definito dalle disposizioni in esame, nelle quali si trovano, piuttosto, alcuni esempi, che sono però paradigmatici: «rifiuto di vendere» o «rifiuto di comprare», «imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie», «interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto» (comma 2 [34]). Si deduce da questi, anzitutto, la conferma che può trattarsi sia di clausole contrattuali (di cui il comma 3 sancisce la nullità) sia di condotte esterne al contratto; ancora, in particolare, dall'avverbio «*ingiustificatamente*» e dall'aggettivo «*arbitraria*», si desume la necessità di verificare l'interesse sotteso all'atto, onde comprendere se questo, a prescindere dalla conformità formale ad una prerogativa o ad un diritto di chi lo compia, risponda ad una finalità diversa rispetto a quella tipica, sottesa alla situazione soggettiva esercitata, e comunque pregiudizievole per l'altra parte che ne subisce gli effetti [35].

Viene qui in luce, allora, una valutazione analoga a quella che, secondo l'orientamento infine adottato dalla giurisprudenza [36], impone il sospetto di un abuso del diritto, con la differenza che, come sopra si è visto, per espressa previsione legislativa, l'accertamento dell'abuso di dipendenza economica può comportare un'invalidità contrattuale, ciò che rappresenta il *quid pluris* della disciplina speciale.

Sia l'abuso sia lo stato di dipendenza economica devono essere provati dall'impresa che invoca i rimedi per la violazione del divieto [37].

4. – Le difficoltà probatorie intrinseche ad entrambi gli elementi della fattispecie di abuso di dipendenza economica ha indotto il legislatore ad intervenire in due direzioni, arricchendo il panorama normativo di declinazioni settoriali della regola, con l'obiettivo di una maggiore effettività della tutela offerta [38].

---

giurisprudenza, oltre alle pronunce citate alla nota precedente, v., tra le ultime, ad es., Trib. Milano, 19 marzo 2021, e Trib. Milano, 15 luglio 2022, entrambe in *One legale*.

[34] Come si è visto, nuove ipotesi esemplificative sono state recentemente introdotte nell'art. 9, comma 2, l. subf. con riguardo ai rapporti tra piattaforme e imprese (v. *supra*, nota 4).

[35] Cass. n. 1184/2020, cit., suggerisce un «criterio teleologico di valutazione» della condotta dell'impresa in posizione di supremazia che passa dall'enucleazione della causa dell'operazione economica realizzata: «occorre l'individuazione di una condotta contraria alla buona fede, in cui il potere di dettare le condizioni contrattuali trasli nell'illecita imposizione di clausole o di patti contrari alla cd. razionalità del mercato». In forza di questo criterio, deve emergere che il comportamento in questione, oltre ad essere pregiudizievole, è altresì «privo di un senso oggettivo e non si possa giustificare sulla base delle necessità dell'impresa, vuoi di tipo economico, vuoi di tipo industriale e tecnico, nell'ambito dei propri processi produttivi o distributivi». Si rivela, in definitiva, «uno sviamento del diritto rispetto alla sua funzione tipica, le facoltà ed i poteri inerenti a un diritto soggettivo venendo utilizzati dal titolare per perseguire un interesse diverso da quello per il quale gli sono stati attribuiti».

[36] Riconduce l'abuso di dipendenza economica all'abuso del diritto la stessa Cass. n. 1184/2020, cit. In giurisprudenza, i tratti dell'istituto, che, come è noto, non è codificato, sono ormai consolidati, in base allo schema di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, *ex multis* in *Resp. civ. prev.*, 2010, 345, con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*: v., da ultime, Cass., 30 settembre 2021, n. 26541, con riguardo ad un'ipotesi di abuso di autonomia negoziale perpetrato al fine di sottrarre l'immobile agli effetti del provvedimento di assegnazione della casa familiare; Cass., 22 novembre 2019, n. 30555, con riguardo alla nullità di protezione; Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in tema di uso selettivo delle azioni restitutorie conseguenti alla nullità di protezione.

[37] V. ancora, da ultima, Cass. n. 1184/2020, cit.

[38] In questo senso V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 92 ss., che osserva come il primo tentativo legislativo di rivitalizzare il divieto *ex* art. 9 l. subf. accordando all'AGCM un potere sanzionatorio per le ipotesi più rilevanti (tale intento emerge chiaramente dalla lettura degli atti preparatori del comma 3-*bis* dell'art. 9, riportati da M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 8 ss.) si fosse rivelato infruttuoso.



Da un lato, la situazione di debolezza è stata sostanzialmente presunta per alcune categorie di relazioni commerciali, dove questa condizione è strutturale per talune tipologie di impresa e, dall'altro, sono stati stilati elenchi di ipotesi (pratiche o clausole) che configurano senz'altro un abuso, così contribuendo anche a delinearne più precisamente il significato.

È accaduto, ad esempio, nell'ambito della filiera agricola e alimentare, con riguardo alla quale l'art. 62 d.l. 1/2012 ha stabilito, precorrendo il successivo intervento europeo, il divieto di talune pratiche (nonostante l'elenco si chiuda con una clausola aperta, idonea a ricomprendere anche altre ipotesi non specificamente contemplate), sollevando ad un tempo l'impresa vittima dall'onere di dimostrare il suo stato di dipendenza economica [39].

Un analogo percorso è stato seguito per il lavoro autonomo non imprenditoriale: l'art. 3, comma 1, l. n. 81/2017 contempla infatti una lista di clausole che «si considerano abusive» e la tutela contro di esse – che si risolve nella loro inefficacia, oltre al diritto al risarcimento del danno – prescinde dalla dimostrazione da parte dell'interessato di una situazione di soggezione economica.

Su questa disciplina di settore si innestano però due ulteriori complicazioni.

In primo luogo, l'art. 3 cit., come si è visto, dopo avere concretizzato il divieto di abuso in alcune clausole, ha altresì previsto, al comma 4, l'applicabilità, in quanto compatibile, della fattispecie generale dell'art. 9 l. n. 192/1998, instillando così il dubbio se, anche per quest'ultima, operi una presunzione e, nel caso, se essa qui ammetta oppure no la prova contraria.

In secondo luogo, l'elenco di clausole e lo statuto della loro inefficacia, va coordinato con la nullità di protezione disposta dall'art. 13-*bis* l. n. 247/2012 per un più ampio elenco di pattuizioni, allorché siano contenute in convenzioni che regolano i rapporti tra professionisti e grandi clienti [40].

5. – L'intreccio di disposizioni anima una tutela civilistica del lavoratore autonomo strutturata su diversi livelli, suscettibili di intersecarsi tra loro, a seconda della situazione in cui questo si trova.

Al lavoratore autonomo che svolga un'attività professionale nei confronti di grandi imprese sulla base di convenzioni con queste stipulate, si applica, in aggiunta alle tutele della l. n. 81/2017, la disciplina dell'art.

---

[39] Con riguardo all'art. 62 cit., riconosciuto dalla dottrina lo stretto legame tra questa disposizione settoriale e il più generale divieto di abuso di dipendenza economica (v., ad es., G. BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa "dipendente" e filiera agroalimentare*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 618 ss. e E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 649 s.), l'interpretazione che è parsa più convincente (infine adottata dall'AGCM – v. l'art. 2 della delibera AGCM 6 febbraio 2013, n. 24220 recante il «Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari» – anche sulla scorta dell'indicazione dell'art. 1, comma 1, d.m. n. 199/2012) è quella che ha ristretto l'applicazione del divieto contemplato da questa disposizione alle sole situazioni caratterizzate da un squilibrio tra le posizioni di forza contrattuale (non giungendosi, però, al punto di richiedere, come per la dipendenza economica, l'assenza di alternative sul mercato). La giustificazione della protezione in una situazione di disparità tra le imprese parte del rapporto è stata condivisa anche dalla dir. 2019/633/UE che ha individuato, come criterio per rilevarla e stabilire così l'ambito di applicazione dell'armonizzazione minima, alcune fasce di fatturato. In fase di attuazione della direttiva, il legislatore italiano ha però infine scelto di estendere la protezione dalle pratiche sleali a prescindere dal fatturato delle imprese coinvolte: ne è risultata una disciplina differenziata, dove alcune pratiche sono vietate in assoluto (lista nera) oppure in quanto non previamente «concordate in termini chiari e univoci» (lista grigia: si tratta di elenchi attuativi dell'art. 3, par. 1 e 2 dir.); altre pratiche, presupponendo una «imposizione», ancora sottendono un divario di potere negoziale, che deve essere dunque accertato. Sul punto, v. S. GATTI, *Dall'art. 62 d.l. n. 1/2012 all'attuazione della direttiva 2019/633/UE sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agricola e alimentare: ambito di applicazione e rimedi civilistici*, in *Contr. impresa Europa*, 2022, 218 ss.

[40] Il mancato coordinamento legislativo tra le due discipline è considerato come un difetto vistoso da A. ALAIMO, *Lo "Statuto dei lavoratori autonomi"*, cit., 612. Critico anche C. SCOGNAMIGLIO, *Caso Foodora: dilatazione della nozione di lavoro subordinato o costruzione di uno statuto normativo del lavoratore autonomo debole?*, in *Corr. giur.*, 2018, 1040.



13-*bis* citato, sopra illustrata per cenni [41]. La compatibilità di questa tutela con quella, di base, prevista dal c.d. *Jobs Act* autonomi, è confermata dallo stesso legislatore, nella misura in cui, pur avendola congegnata per gli avvocati, la ha estesa a tutti i professionisti di cui all'art. 1 della l. n. 81/2017. Le due discipline, dunque, si integrano, e, in taluni casi, si sovrappongono [42].

La novità più significativa della disciplina dell'art. 13-*bis* cit. consiste nella specifica attenzione al compenso del professionista, considerato in una posizione di debolezza per il solo fatto di intrattenere la relazione economica con una grande impresa: l'iniquità del corrispettivo, infatti, può dare luogo ad un giudizio di vessatorietà della relativa clausola – purché inserita nelle convenzioni di cui si è detto – e quindi alla sua nullità, con la previsione espressa di un intervento integrativo del giudice, basato sui parametri ministeriali [43].

Al di là dei casi in cui si applica la disciplina appena vista, le clausole inefficaci sono solo quelle elencate nell'art. 3, comma 1, l. n. 81/2017. L'inefficacia, peraltro, prescinde dal tipo di contratto stipulato con il committente e dal modo in cui, concretamente, è stato pattuito [44]. Alla tutela che attiene agli effetti della clausola, si accompagna il diritto al risarcimento del danno (art. 3, comma 3, cit.).

Come già si è visto, la disposizione in esame sembra disinteressarsi della situazione di effettiva debolezza in cui si trovi il lavoratore autonomo, sì che le prospettive che si aprono all'interprete sono due: a) ritenere che il legislatore abbia preso le mosse da una valutazione strutturale del mercato e che, dunque, abbia presunto in posizione di inferiorità il lavoratore autonomo, sollevandolo dal corrispondente onere della prova [45];

---

[41] Per una più approfondita disamina delle disposizioni contenute nell'art. 13-*bis* cit., v S. MONTICELLI, *L'equo compenso dei professionisti fiduciari: fondamento e limiti di una disciplina a vocazione rimediale dell'abuso nell'esercizio dell'autonomia privata*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 299 ss.; G. ALPA, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 716 ss.

[42] Ad esempio, la clausola che riserva al cliente la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto (art. 13-*bis*, comma 5, lett. a]) è già «inefficace» in base all'art. 3, comma 1, l. n. 81/2017; ancora, la nullità del patto che consente al cliente di rifiutarsi di stipulare in forma scritta il contratto, con riguardo agli elementi essenziali (art. 13-*bis*, comma 5, lett. b]), completa la previsione dell'art. 3, comma 2, cit., che considera «abusivo» il rifiuto, da parte del committente, di stipulare il contratto in tale forma.

[43] V., in argomento, F. FERRARO, *Prime osservazioni*, cit., 532 ss. Ai sensi dell'art. 13-*bis*, comma 2, cit., «si considera equo il compenso (…) quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione (…), e conforme ai parametri» ministeriali. Il potere del giudice di correggere la clausola difforme non si traduce però nella mera applicazione di tali parametri, di cui, infatti, questi solamente «tiene conto» in questa fase. Sul punto, vanno richiamate infine le osservazioni critiche formulate dall'AGCM prima che le disposizioni dell'art. 13-*bis* cit. entrassero in vigore: ad avviso dell'Autorità, queste violerebbero il principio europeo che vieta l'introduzione di minimi tariffari, ammessi solo quando questi integrino una misura coi caratteri di non discriminatorietà, necessarietà rispetto ad «un motivo imperativo di interesse generale» e proporzionalità rispetto a tale obiettivo (cfr. art. 15 dir. 2006/123/CE); v. però, criticamente su tali osservazioni, S. MONTICELLI, *L'equo compenso*, cit., 317 ss. L'impianto è sostanzialmente confermato anche nel d.d.l. n. 2419 cit., dove però l'art. 3, comma 6, si preoccupa di dettagliare ulteriori criteri che il giudice deve considerare nella sua «rideterminazione secondo i parametri previsti dai decreti», valorizzando «l'opera effettivamente prestata e chiedendo, se necessario, al professionista di acquisire dall'ordine o dal collegio a cui è iscritto il parere sulla congruità del compenso o degli onorari, che costituisce elemento di prova sulle caratteristiche, sull'urgenza e sul pregio dell'attività prestata, sull'importanza, sulla natura, sulla difficoltà e sul valore dell'affare, sulle condizioni soggettive del cliente, sui risultati conseguiti, sul numero e sulla complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate». La disposizione prevede, infine, la facoltà del giudice di ricorrere, «quando sia indispensabile ai fini del giudizio», ad una consulenza tecnica.

[44] Analogamente a quanto accaduto per l'«inefficacia» *ex* art. 1469-*quinquies* cod. civ. in tema di clausole vessatorie nei rapporti B2C (v., ad es., A. BELLELLI, sub *art. 1469-quinquies*, 1° e 3° comma, cod. civ., in G. ALPA, S. PATTI [a cura di], *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Giuffrè, 1997, 689 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769), anche per quella in commento la dottrina ha ritenuto trattarsi di una nullità speciale (v., ad es., M. MATTIONI, *La tutela del lavoro autonomo nelle transazioni commerciali [art. 2] e le clausole e le condotte abusive [art. 3, commi 1-3]*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve*, cit., 282; *contra*, però, A. BARBA, *Studi sull'abuso*, cit., 191 ss.).

[45] Nel senso che le tutele contrattuali della l. n. 81/2017 sarebbero, in generale, modulabili alla luce «della effettiva sussistenza ed entità di una condizione di debolezza del lavoratore autonomo», v. M. PALLINI, *Gli incerti confini dell'ambito di applicazione dello*



oppure b) argomentare da una tale valutazione per concludere che la scelta della norma sia più radicale e miri ad escludere dalla prassi contrattuale simili clausole, allorché coinvolga i lavoratori autonomi [46].

In favore di questa seconda impostazione si può addurre, oltre all'argomento letterale – la disposizione non fa alcun accenno alla concreta situazione del lavoratore –, il rilievo sistematico che origina da un confronto con altri elenchi di clausole contenuti in discipline a tutela di diverse categorie di contraenti deboli. La clausola relativa allo *ius variandi*, ad esempio, trova un corrispondente nella lista grigia delle clausole vessatorie nei contratti coi consumatori (art. 33, comma 2, lett. m], cod. cons.) [47]; ancora, e più significativamente, due delle tre ipotesi ora richiamate (riguardanti lo *ius variandi* e il diritto di recesso), ricalcano la disciplina dell'art. 6, l. n. 192/1998, che ne dispone senz'altro la nullità nei contratti di subfornitura, a prescindere dalla situazione di dipendenza economica, che è invece presupposto per invocare le tutele dell'art. 9 della stessa legge [48].

Questa argomentazione non è però risolutiva: per quanto riguarda i rapporti B2C, occorre prendere atto che il professionista ha, in effetti, la possibilità di dimostrare che la clausola è stata oggetto di specifica trattativa, provando, così, che la ragione su cui in astratto si fonda la protezione del consumatore (l'asimmetria informativa) non ricorre in quella specifica relazione contrattuale [49]; ancora, il confronto con la disciplina della subfornitura non regge perché la nullità "a prescindere" che lì la legge ha previsto si giustifica proprio per i tratti sensibili di quella categoria transtipica di contratti, i quali instaurano relazioni economiche tra l'impresa subfornitrice e quella committente, dove, per la prima, è fondamentale un minimo di stabilità del rapporto al fine di garantire l'ammortamento degli investimenti specifici e la redditività.

Questi tratti certamente possono caratterizzare anche il lavoro autonomo, ma non ne costituiscono una costante indefettibile: sembra perciò più ragionevole la conclusione di una presunzione solo *iuris tantum* del legislatore, soluzione, questa, che, da un lato, pare rispondere alle critiche dottrinali di un eccessivo universalismo della tutela (anche civilistica) delineata dalla l. n. 81/2017 [50] e, dall'altro, non disconosce le difficoltà probatorie della parte debole, che resta sollevata dal corrispondente onere.

Anche considerando che, come è stato osservato in dottrina, le previsioni dell'art. 3, commi 1-3, cit. rappresentano, nella costruzione della legge, il «nucleo di tutela "propria"» [51] del lavoro autonomo non impren-

---

statuto del lavoro autonomo, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve*, cit., 248. Ragiona in termini di una agevolazione probatoria come espressione della volontà legislativa di «tipizzare una fattispecie settoriale di abuso di dipendenza economica», V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 112 s., che conclude per la tesi secondo cui la presunzione normativa non ammetterebbe la prova contraria (ivi, 116).

[46] Per l'opinione secondo cui la norma si applicherebbe a prescindere da una disparità di forza contrattuale, v. anche F. FERRARO, *Prime osservazioni*, cit., 506. Nella dottrina civilistica, sembrano muovere da questa idea anche le riflessioni di M.C. VENUTI, *Il* Jobs Act *dei lavoratori autonomi e le strategie di tutela del contraente debole nei rapporti "b2b": il meticciamento delle regole come preludio a possibili approdi uniformi e le sfide per l'interprete*, in questa *Rivista*, 2018, 550, che, nel tracciare un confronto tra la disciplina dell'art. 3, comma 1, l. n. 81/2017 e quella degli artt. 33 ss. cod. cons., paragona tali clausole a quelle della lista nera dell'art. 36 cod. cons.

[47] L'adozione di una tecnica di tutela del contraente debole nei rapporti B2B che richiama la strategia già adottata per la protezione del consumatore (il riferimento è in particolare alla disciplina delle clausole vessatorie) non è passata inosservata alla dottrina civilistica, la quale ha messo in evidenza il «meticciamento» delle tutele: v., in particolare, M.C. VENUTI, *Il* Jobs Act *dei lavoratori autonomi*, cit., 549 ss.

[48] Sulle nullità di cui all'art. 6 l. subf., v. M.A. LIVI, *Le nullità*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura*, cit., 169 ss.; M.P. SUPPA, *Subfornitura (contratto di)*, in *Enc. giur.*, XXX, Treccani, 2001, 7 ss.

[49] V., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 347: «La trattativa attesta che il contenuto del contratto è il risultato della comune volontà delle parti e non del potere impositivo del professionista».

[50] A. PERULLI, *Il* Jobs Act *degli autonomi*, cit., 178 s.; F. FERRARO, *Prime osservazioni*, cit., 541.

[51] M.C. VENUTI, *Il* Jobs Act *dei lavoratori autonomi*, cit., 549.



ditoriale dalla prospettiva civilistica – le altre previsioni consistendo in richiami, in quanto compatibili, ad altre discipline –, sembra d'altra parte riduttiva la tesi di un'inefficacia subordinata all'accertamento di una situazione di effettiva dipendenza economica, che finirebbe per trasformare le disposizioni in commento in semplici inversioni dell'onere probatorio per ipotesi già previste dall'art. 9 l. n. 192/1998.

Nel silenzio della lettera della disposizione, che, come si è detto, non traccia alcun nesso con la dipendenza economica, l'unica razionalizzazione possibile della sua sfera applicativa è quella consentita dalla sua riduzione teleologica [52]: così, valorizzandosi l'analogia delle esigenze di tutela del lavoratore autonomo e del subfornitore, può restringersi l'applicazione della norma alle sole ipotesi in cui vi sia un sbilanciamento di forza contrattuale, anche se non una vera e propria dipendenza economica, oppure nelle quali la prestazione del lavoratore autonomo sia integrata in un processo economico complesso guidato dal committente, su cui, è bene ribadirlo ulteriormente, grava l'onere della prova contraria.

6. – Un'ulteriore conferma della ricostruzione proposta, la quale, in concreto, limita la disposta inefficacia delle clausole *ex* art. 3 ai soli contratti tra soggetti in posizione di forza diseguale, si può cogliere dalla previsione secondo cui è abusiva la clausola che riserva al committente la facoltà di recedere senza «congruo preavviso» dal contratto di lavoro autonomo che abbia «ad oggetto una prestazione continuativa».

Dalla norma possono ricavarsi due regole: da un lato, l'inefficacia della clausola in questione e, dall'altro, l'illegittimità del recesso esercitato senza preavviso, da cui consegue il risarcimento del danno, secondo quanto prevede l'art. 3, comma 3, l. n. 81/2017. Queste regole integrano, senza sostituirle, le discipline dello scioglimento unilaterale del contratto contenute nei vari schemi tipici riconducibili al lavoro autonomo [53].

Come è stato osservato, tali discipline risultano già espressione di un equilibrato bilanciamento tra i contrapposti interessi dei contraenti, immaginati, però, su un piano di sostanziale parità: assumendo a parametro della riflessione il contratto d'opera, ad esempio, la facoltà di recesso *ad nutum* del committente, prevista dagli artt. 2227 e 2237 cod. civ., è compensata con il diritto del prestatore ad un indennizzo, giustificato alla luce dell'attività prodromica all'adempimento [54].

È dubbio, invero, che queste norme condividano il proprio campo di applicazione con l'art. 3, comma 1, cit., in quanto esse, sancendo una deroga all'art. 1373, comma 1, cod. civ., sembrano riferirsi a contratti ad esecuzione istantanea, per quanto la prestazione richieda un certo lavoro preparatorio e, dunque, un certo tempo: si parla, per queste ipotesi, di contratti ad esecuzione «prolungata», fattispecie ben distinte da quelle

[52] Sulla scorta di un ragionamento analogo a quello che è stato proposto per l'elenco di pratiche vietate per l'art. 62 d.l. n. 1/2012, prima della sua abrogazione: (*supra*, nota 39).

[53] Come è stato sottolineato dai primi commentatori della nuova legge, questa disposizione non regola la facoltà di recesso, né aggiunge requisiti di sostanza al suo esercizio: A. ALAIMO, *Lo "Statuto dei lavoratori autonomi"*, cit., 613 s.; F. FERRARO, *Prime osservazioni*, cit., 515; cfr. pure A. PERULLI, *Il* Jobs Act *degli autonomi*, cit., 186 s., secondo cui una diversa lettura sarebbe paradossale, in quanto ingiustificatamente peggiorativa rispetto alla tutela già prevista dal codice civile. Sottolinea l'«ottica procedimentale» della previsione di un termine di preavviso anche I. ZOPPOLI, *Abuso di dipendenza economica e lavoro autonomo: un microsistema di tutele in difficile equilibrio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, 116, che l'A. mette a confronto con la «prospettiva sostanziale» della più incisiva tutela offerta dall'art. 9 l. subf., norma che considera, tra le potenziali fattispecie di abuso di dipendenza economica, «l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali». Tale disposizione ha però un più ristretto ambito di applicazione: v. *infra*, par. 7.

[54] V., in particolare, con riguardo all'art. 2227 cod. civ., M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera*, cit., 436; con riferimento all'art. 2237 cod. civ., l'A. (ivi, 445), pur considerando il contenuto di tale ultimo articolo come un'applicazione del principio generale espresso dalla prima disposizione citata, ne sottolinea la maggiore inclinazione a considerare l'aspetto fiduciario del rapporto tra committente e cliente, agevolando così, sul lato economico, l'esercizio del recesso da parte di quest'ultimo (l'indennizzo dovuto non prende in considerazione il mancato guadagno).



ad esecuzione «continuata» o «periodica»[55]. L'onere procedimentale del preavviso «congruo», che nulla aggiunge rispetto ai presupposti perché sorga la facoltà di recedere (che rimane *ad nutum*), non sembra giustificarsi per queste ipotesi, dove la prestazione è unitaria: in ciò si spiega la precisazione contenuta dell'art. 3, comma 1, l. n. 81/2017, che limita la considerazione ai contratti di lavoro autonomo aventi ad oggetto «una prestazione continuativa» (o «periodica»[56-57]). Tecnicamente, infatti, la tutela del prestatore si realizza compensando il sacrificio economico conseguente all'interruzione del rapporto, non, invece, assicurando una limitata prosecuzione dello stesso: non avrebbe infatti senso protrarre un'attività che non ha (più) alcuna utilità per il committente, considerato che, per effetto dello scioglimento del contratto, il completamento dell'opera non è più dovuto. Su questa linea si muove il compromesso raggiunto negli artt. 2227 e 2237 cod. civ.[58].

Qualora le parti abbiano stipulato un contratto di prestazione d'opera, manuale o professionale, ad esecuzione continuata o periodica, la norma codicistica "di base", andrà piuttosto rintracciata nell'art. 1569 cod. civ., che prevede la facoltà di recesso per i soli rapporti a tempo indeterminato. Questa norma, infatti, pur essendo dettata nella disciplina della somministrazione, può essere ritenuta applicabile anche al contratto in esame. Essa, infatti, senz'altro si applica all'appalto di prestazione continuativa o periodica di servizi per effetto del rinvio di cui all'art. 1677 cod. civ. Tale rinvio, a sua volta, è reputato estensibile analogicamente anche al contratto d'opera che abbia lo stesso oggetto[59].

---

[55] Cfr., in relazione all'art. 2237 cod. civ., sempre M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera*, cit., 452 s. V. però A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e prestazioni professionali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, e continuato da L. Mengoni, Giuffrè, 1996, 727 ss., il quale, nel trattare la questione se l'apposizione di un termine ad un rapporto di durata implichi una rinuncia convenzionale al recesso di cui all'art. 2237 cod. civ., osserva come la natura straordinaria del potere conferito *ex lege* al committente (che si fonderebbe, nella visione dell'A., sulla particolare fiduciarietà della relazione contrattuale) ne giustifichi il riconoscimento a prescindere dal tipo di rapporto, istantaneo o di durata, e dall'esistenza o meno di un termine di efficacia.

[56] M. MATTIONI, *La tutela del lavoro autonomo*, cit., 277 s.

[57] V. F. FERRARO, *Prime osservazioni*, cit., 514. Ivi, l'A. si chiede se tale disposizione, unitamente all'art. 14, comma 1, 81/2017, sulla sospensione del rapporto in caso di malattia, infortunio o maternità, abbia il significato di costruire un nucleo «rudimentale» della tutela specifica del «lavoro autonomo continuativo». L'A. giunge ad una soluzione negativa, osservando come entrambe le disposizioni si giustifichino alla luce di un dato tecnico relativo alla prestazione, la quale anziché essere *uno actu*, soddisfa un interesse che «si protrae per tutto il tempo in cui l'obbligazione si adempie». Del resto, con riguardo al recesso, la previsione del preavviso è tipica nel diritto civile con riguardo ai rapporti di durata: si pensi, oltre alla somministrazione (art. 1569 cod. civ. su cui *infra*), al mandato oneroso a tempo indeterminato (art. 1725, comma 2, cod. civ.: salva la giusta causa) e alla subfornitura (art. 6, comma 2, l. n. 192/1998, che ha contenuto analogo alla norma della l. n. 81/2017 ora in esame).

[58] Tali norme, piuttosto, come è stato osservato con riguardo all'art. 2227 cod. civ. (A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., 326), tramutano l'esecuzione parziale dell'opera sino a quel momento realizzata in una sorta di adempimento parziale, di fatto consentendo l'applicazione dei principi propri del recesso dai contratti di durata (irretroattività). Risponde a questo principio anche l'art. 2237 cod. civ., con la differenza che, in questo caso, eccezionalmente (A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., 715), il recedente non è tenuto a rimborsare al prestatore anche l'utile mancato. Di là da questa ricostruzione, il principio secondo cui al prestatore è dovuto un indennizzo commisurato all'attività svolta prima del recesso del committente trova conferma in altre disposizioni dei contratti tipici: v. artt. 1734 (commissione), 1738 (spedizione) cod. civ.; ma v. pure anche l'art. 1671 cod. civ., in tema di appalto, che commisura l'indennizzo alle spese sostenute, ai lavori eseguiti e al mancato guadagno. Con riguardo al mandato oneroso (non irrevocabile), posto che solo in caso di recesso senza giusta causa da un contratto a tempo indeterminato sorge, ai sensi dell'art. 1725, comma 2, cod. civ., l'obbligo del mandante recedente di risarcire il danno al mandatario, occorre osservare, con autorevole dottrina, che quest'ultimo ha in ogni caso diritto, per effetto dello scioglimento del contratto, ad un «compenso proporzionale all'opera fino a quel momento prestata ed al rimborso di tutte le anticipazioni e spese»: v. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni, Giuffrè, 1984, 468.

[59] M. TESCARO, *Ibidem*, nonché, 145 s.; v. pure L. FERNANDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, *Il contratto d'opera in generale*, in P. SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, Utet, 2011, 702 e, con riguardo specificamente all'art. 1569 cod. civ., *ivi*, 763; D. GIACOBBE, G. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera. Artt. 2222-2228*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, 2009, 2ª ed., 74 s.



Ora, poiché l'articolo da ultimo richiamato prevede già la necessità di un preavviso (per l'ipotesi in cui il contratto sia a tempo indeterminato), il significato precettivo della previsione dell'art. 3, comma 1, l. n. 81/2017 consiste solo nel porre un limite all'autonomia privata nel regolarlo: in ogni caso, infatti, questo dovrà risultare sempre «congruo» [60].

Si tratta, come si evince dal rovesciamento del rapporto tra la volontà delle parti e il criterio legale della "congruità", di un rafforzamento della tutela del lavoratore autonomo rispetto all'equilibrio tracciato dalla norma del codice; ma è evidente che questo correttivo alla libertà negoziale delle parti si giustifica nella misura in cui, in concreto, questa risenta di uno squilibrio di forza contrattuale: è proprio in un simile contesto che l'accordo delle parti rischia di non realizzare quel contemperamento di interessi che la norma del codice ha affidato all'autonomia privata.

7. – Ci si potrebbe domandare se la presunzione di debolezza che giustifica la nullità delle clausole abusive operi anche al fine di sollevare il lavoratore autonomo dalla prova dello stato di dipendenza economica allorché lamenti un abuso dell'impresa committente ed invochi dunque le tutele dell'art. 9 l. n. 192/1998, richiamato dall'art. 3, comma 4, l. n. 81/2017.

Un tale esito interpretativo avrebbe senz'altro il merito di assegnare un reale significato innovativo (rispetto all'ordinamento previgente) a questa disposizione.

Sembra tuttavia da preferirsi la risposta negativa, sulla base del concorso di due argomenti, di ordine logico, prima ancora che giuridico: come si è visto, il legislatore pare presumere con riguardo all'elenco di clausole dell'art. 3, comma 1, cit. uno stato di debolezza che non sfocia necessariamente in una dipendenza economica, forma di asimmetria, questa, più grave, che legittima l'applicazione di una fattispecie dai contenuti elastici (un "abuso") [61]. La presunzione ha dunque ad oggetto un *quid minus* rispetto alla dipendenza economica, la quale, dando invece accesso ad una tutela più ampia (in relazione alle condotte e alle clausole che possono dirsi "abusive"), dovrà essere dimostrata dall'interessato (anche sulla base di presunzioni, le quali, però, in questo caso, sono da intendersi presunzioni semplici, mezzi critici di prova ai sensi dell'art. 2729 cod. civ.). Del resto, una simile ricostruzione trova conferma nella tecnica legislativa di rinvio alla norma di divieto, che, in assenza di ulteriori specificazioni, deve intendersi richiamata anche nei suoi presupposti di fatto [62].

Il richiamo ad una norma che regola i rapporti tra imprese e che, come attesta la sua collocazione nella l. n. 192/1998, è preordinata a regolare un contesto asimmetrico il cui paradigma è l'integrazione verticale di beni e servizi forniti da una parte nel processo produttivo dell'altra [63] solleva l'interrogativo di comprendere

---

[60] Nella disciplina codicistica, a tenore dell'art. 1569 cod. civ., il parametro della congruità (avuto riguardo alla natura del contratto di somministrazione) qualifica *ex lege* il solo preavviso da rispettare allorché non sia stato pattuito un termine oppure questo non sia stabilito dagli usi.

[61] Cfr. F. FERRARO, *Prime osservazioni*, cit., 525, che evidenzia la gradazione delle tutele che consente il richiamo al divieto *ex* art. 9 l. subf., citando l'esempio del recesso: v. *supra*, nota 53.

[62] Sarebbe invece assoluta la presunzione contemplata dall'art. 17, comma 3, d.l. n. 1/2012, in relazione a condotte delle grandi imprese titolari di impianti di distribuzione di carburante o fornitrici – quelle che, in particolare, hanno lo «scopo di ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite dal presente articolo al gestore» – che il legislatore ha stabilito integrare un «abuso di dipendenza economica, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192»: così V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 115 s.

[63] Cfr. A. BARBA, *Studi sull'abuso*, cit., 162 ss., il quale, però, condivisibilmente ricorda (ivi, 164 s.) che l'art. 9 cit. ha un ambito di applicazione più ampio di quello descritto dalla relazionalità-dipendenza tecnica e tecnologica che contraddistingue la definizione di subfornitura (art. 1 l. n. 192/1998).



come il presupposto della dipendenza economica, maturato in quel contesto, si relazioni con la condizione di debolezza che può caratterizzare il lavoro autonomo [64].

Occorre prendere atto che il legislatore non ha confezionato una declinazione settoriale del divieto di abuso di dipendenza economica, ma si è limitato ad un espresso richiamo alla fattispecie "generale" dei rapporti tra imprese, precisando che tale estensione opera nei limiti della compatibilità («*in quanto compatibile*») [65].

In definitiva, non si potrà rinunciare ai presupposti specifici individuati dall'art. 9 cit., anche se, per effetto di questi, una parte delle situazioni in cui, di fatto, emerge la debolezza del lavoratore rimarrà priva di tutela; d'altra parte, sempre in forza del filtro della compatibilità, l'interprete non potrà fare a meno di declinare detti presupposti alla luce delle peculiarità che caratterizzano le relazioni economiche intrattenute dal lavoratore autonomo.

Per esemplificare, se si accoglie questa prospettiva, la dipendenza reddituale, che è un tipico indicatore della debolezza economica di chi presta la propria attività per un unico committente o per un ristretto gruppo di committenti, non cristallizza ancora quella «dipendenza» che è presupposto del divieto; occorrerà verificare, secondo la norma generale, anche la reale mancanza di alternative soddisfacenti sul mercato [66]. A sua volta, però, questo criterio non potrà essere interpretato nello stesso modo in cui lo è relativamente ai rapporti tra imprese [67]: dovrà essere invece tagliato sulla *persona* che lavora. Così, come è stato osservato, potrà essere annoverato tra gli investimenti idiosincratici (che, per la loro elevatissima specificità e conseguente scarsa convertibilità, hanno un effetto di *lock-in* su chi li effettua e, dunque, sono indicatori consolidati dell'assenza di alternative di mercato) l'impegno del «collaboratore in regime di committenza prevalente, consistente nel tempo e nelle energie lavorative profuse per acquisire il *know-how* necessario per coordinarsi con il ciclo produttivo del committente» [68]. In senso più elastico, potranno altresì rilevare le condizioni del mercato di riferimento [69], oltre che la continuità e la durata del rapporto intrattenuto con un soggetto, qualora questi dati

---

[64] Il riferimento è, in particolare, alla condizione del lavoratore genuinamente autonomo (non, dunque, quella di chi opera nell'ambito di un rapporto sostanzialmente subordinato "mascherato"), soggetto la cui forza sul mercato si è via via diversificata, disvelando situazioni di debolezza contrattuale e reddituale, che dipendono specialmente da rapporti continuativi di monocommittenza o committenza prevalente: v. sull'argomento, A. PERULLI, *Il* Jobs Act *degli autonomi*, cit., 176, nt. 5; M. PALLINI, *Gli incerti confini*, cit., 229 ss. (anche per riferimenti comparatistici). Come osservano gli autori appena citati, il concetto di lavoratore autonomo genuino ma «economicamente dipendente» è noto anche nella dimensione europea. Per un verso, la necessità di distinguere il lavoro autonomo «fittizio» e quello «genuino» è alla base di uno degli obiettivi specifici della proposta di direttiva COM (2021) 762 *final*, del 9 dicembre 2021, «relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali» (v., in particolare, gli artt. 3 ss., a proposito della «corretta determinazione della situazione occupazionale»); per altro verso, le specifiche esigenze di tutela delle fasce più deboli di lavoratori autonomi è oggetto di attenzione in alcuni atti delle istituzioni dell'Unione, sin dal Libro verde della Commissione UE «*Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*», del 22 novembre 2006 (v. poi anche il parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «*Nuove tendenze del lavoro autonomo: il caso specifico del lavoro autonomo economicamente dipendente*», 2011/C 18/08).

[65] Sull'importanza di declinare gli indicatori della dipendenza economica alla luce delle prospettive combinate del diritto civile e del diritto del lavoro, I. ZOPPOLI, *Abuso di dipendenza* economica, cit., 101 ss.

[66] V., in motivazione, App. Roma, 24 settembre 2021, cit.; anche secondo il ragionamento – *in obiter dictum* – di App. Venezia, 1° marzo 2022, cit., il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare che la sua attività lavorativa era fondamentalmente dedicata al committente di cui si lamenta l'abuso e «fosse prestata con spese e investimenti non riutilizzabili con il resto della clientela». Rileva la difficile ricorrenza di questo presupposto nei rapporti di lavoro autonomo G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., 599, nt. 61.

[67] Dove, in ogni caso, il concetto va interpretato secondo criteri economici e non giuridici: M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica*, cit., 10 ss.

[68] G. CAVALLINI, *Il divieto di abuso*, cit., 293.

[69] I. ZOPPOLI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 109, che osserva che, per valutare questo parametro della dipendenza economica, «l'interprete dovrà necessariamente compiere un'indagine che non è necessariamente incentrata sulla relazione giuridica dei contraenti, ma anche allargata ad una prospettiva economica».



indichino che, di fatto, il lavoratore autonomo non ha avuto modo di sviluppare un giro di affari significativo al di là di quella committenza [70].

8. – Il tema dei rimedi si intreccia strettamente al tipo di abusi in cui può concretizzarsi la condotta, vietata, di chi approfitti dell'altrui stato di dipendenza economica.

Comune ad ogni fattispecie d'abuso è senz'altro il risarcimento del danno; si profila altresì, per i casi in cui si tratti di un comportamento tenuto in modo prolungato, la strada dell'inibitoria.

L'effettività della tutela dipende però dall'esistenza di strumenti che consentano altresì di rimediare in forma specifica all'abuso, ossia di eliminarne le conseguenze sul piano giuridico.

Paradigmatici sono i casi in cui questo trovi cristallizzazione nel contratto.

In alcuni casi, appare sufficiente privare di effetti l'atto abusivo: ne costituisce un esempio l'invalidità del patto che attribuisca al committente la facoltà di modificare unilateralmente il contratto. La clausola è nulla e, dunque, l'atto unilaterale esercizio dello *ius variandi* inefficace. Con riguardo all'interruzione arbitraria della relazione economica, la privazione degli effetti della clausola contrattuale che eventualmente [71] la consentiva, rende illegittimo l'esercizio del recesso, con conseguenze che muteranno a seconda della disciplina del tipo contrattuale [72].

---

[70] In questo senso, potrà altresì assumersi che il dato della dipendenza reddituale rilevi come indice presuntivo di una dipendenza economica, che ha rilievo, dunque, sull'onere della prova del lavoratore autonomo. Per converso, l'assenza di una simile condizione può risultare indicativa, quand'anche il rapporto sia proseguito per molto tempo, dell'esistenza di ulteriori alternative sul mercato, ciò che esclude, come si è visto, la dipendenza economica: per questa ragione App. Bologna, 15 dicembre 2020, cit. ha ritenuto (*ad abundantiam*, dato che l'applicabilità dell'art 9 l. subf. era stata esclusa *ratione temporis*: v. *supra* nota 27) che non ricorresse quest'ultimo stato in capo alla professionista ricorrente, la quale, nonostante avesse intrattenuto una *partnership* con la casa di cura resistente di durata ultratrentennale, risultava avere avuto un considerevole giro d'affari anche al di fuori della relazione contrattuale con quest'ultima. A margine di questa pronuncia, si osservato che non potrebbe a priori escludersi la dipendenza economica del lavoratore autonomo nei confronti di un'impresa, per la sola circostanza che questi abbia, oltre ad essa, una pluralità di committenti: M. BIASI, *Il corto raggio delle tutele "civilistiche" nel lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, 507. Questa posizione può essere condivisa sino a che non si traduca, come pure è stato sostenuto con l'intento sottolineare la differenza tra «dipendenza economica "giuscommercialistica"» e «dipendenza economica "giuslavoristica"», in una sostanziale obliterazione del requisito dell'assenza, sul mercato, di alternative soddisfacenti: sembra andare invece in questa direzione F. FERRARO, *[Non] buona la prima*, cit., 743. Sulla declinazione del concetto di dipendenza economica del lavoratore autonomo per questo A., v. *amplius* ID., *Professioni intellettuali e abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 2018, 220 s. Del resto, non sembra esservi una relazione biunivoca nemmeno tra lavoro economicamente dipendente e mono-committenza o committenza prevalente, nel senso che la prima condizione potrebbe ricorrere anche senza la seconda, proprio quando si tratti di un committente significativo per il lavoratore autonomo, e nella cui organizzazione si sia integrato per un tempo prolungato. Ciò che certamente raccomanda sul piano metodologico il necessario adeguamento del citato criterio al contesto del lavoro autonomo, che attiene, come è noto, a persone senza organizzazione di impresa (vista anche l'esclusione dell'art. 1, comma 2, l. n. 81/2017), è un'attenta ponderazione della singola vicenda, nella sua concretezza, alla luce dei parametri ora ricordati, assieme ad un confronto con la posizione di forza del committente: v., sul punto, C. SCOGNAMIGLIO, *Caso Foodora*, cit., 1039.

[71] Come osserva M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e recesso: i diversi rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, spec. 966 ss., un'interruzione arbitraria delle trattative ai sensi dell'art. 9 l. subf. non necessariamente si fonda su una clausola gravosa o discriminatoria, da caducare: se ricorrono i presupposti della dipendenza economica, la clausola che prevede la facoltà di recesso può essere legittima; eppure, il comportamento dell'impresa forte, in quanto lesivo dell'affidamento di quella debole, può risultare comunque abusivo.

[72] Pare opportuno menzionare qui la celebre Cass. n. 20106/2009, cit., che ha affermato, in quell'ipotesi, il dovere del giudice di valutare il carattere eventualmente abusivo dell'esercizio del diritto di recesso *ad nutum*, previsto contrattualmente. Il discorso è condotto alla luce delle clausole generali, facendo leva, in particolare, sulla buona fede oggettiva (della cui violazione, l'abuso del diritto costituirebbe «criterio rilevatore»). Senza richiamare qui la mole di contributi che hanno commentato con varietà di accenti – spesso critici – l'uso in questa pronuncia della buona fede in senso oggettivo (v. i numerosi citati in V. BACHELET, *Abuso di dipendenza*



In generale, può ritenersi che l'invalidità della clausola determini la riespansione del diritto dispositivo, ossia di quelle norme che avrebbero trovato applicazione sin dal principio se il profilo non fosse regolato dalla clausola abusiva. Più problematico è quando l'abuso consista nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose in relazione all'equilibrio economico del contratto [73].

Rilevante è ad esempio l'ipotesi, su cui qui di seguito ci soffermeremo, di un compenso iniquo [74].

La riflessione può essere subito calata nel contesto del lavoro autonomo.

Come si è ricordato, l'iniquità del corrispettivo pattuito nell'ambito di una convenzione tra un professionista e una grande impresa può dare luogo, per espressa previsione di legge, ad un giudizio di vessatorietà della clausola e, in aggiunta, ad un intervento del giudice, volto a rideterminarlo «tenendo conto dei parametri» ministeriali.

Fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 13-*bis* l. n. 247/2012, la disciplina a tutela del lavoro autonomo tace al proposito, sì che occorre rifarsi alle disposizioni dell'art. 3 l. n. 81/2017.

Viene in gioco, in particolare, allorché ricorra il presupposto della dipendenza economica, la previsione dell'art. 9, comma 3, l. subf. e la conseguente nullità della clausola.

L'interrogativo riguarda le sorti del rapporto contrattuale nella sua globalità, atteso che, da un punto di vista civilistico, questo non può stare in piedi senza che sia determinato o determinabile l'oggetto di una delle prestazioni principali (artt. 1346 e 1418, comma 2, cod. civ.).

La premessa da cui occorre muovere è che, pur non essendo precisato dalla disposizione, la nullità prevista dall'art. 9, co. 3, cit. può intendersi come necessariamente parziale: non si procede dunque alla valutazione della volontà ipotetica delle parti ai sensi dell'art. 1419, comma 1, cod. civ. Questo esito interpretativo è il frutto di una riduzione teleologica della disposizione, che risponde alla particolare *ratio* protettiva della nullità (speciale): si esclude, cioè, che la prospettiva che il contraente debole perda l'affare discenda dalla valorizzazione di un interesse contrario del committente alla validità "per il resto" del contratto [75].

---

economica, cit., 190, nt. 184), può osservarsi come, di per sé, quest'ultima, anche quando chiamata ad assolvere una funzione integrativa, non consente di sindacare la validità delle clausole che attribuiscono un diritto ad una parte (risultato a cui si sarebbe potuti pervenire per il tramite dell'art. 9, comma 3, l. subf.), ma solo di verificare la correttezza dell'esercizio di tale diritto.

[73] In argomento, v. A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»: regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Giuffrè, 2011, 386 ss., che, condivisibilmente distingue le ipotesi di meccanica riespansione del diritto dispositivo da quelle in cui «le regole legali siano chiamate *a colmare lacune che comprometterebbero l'autosufficienza del regolamento negoziale*» (ivi, 387, corsivo dell'A.). V. anche, più di recente, ID., *Integrazione*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I, cit., 627 ss. Occorre tenere conto che l'A. riconduce nell'alveo delle clausole che delineano l'assetto di base del rapporto – e per le quali, dunque, la riespansione del diritto dispositivo non può dirsi "naturale" e, quindi, automatica, ma richiede un'ulteriore giustificazione – anche le pattuizioni che regolano la durata del rapporto contrattuale, i termini di pagamento e le conseguenze del ritardo.

[74] Nell'ambito delle relazioni contrattuali tra imprese nella filiera agricola e alimentare, nel divieto di imporre condizioni ingiustificatamente gravose di cui all'art. 62 cit., erano state ricondotte le clausole che determinano un prezzo eccessivamente basso per il produttore. L'attenzione ai prezzi è stata successivamente resa più evidente in occasione dell'attuazione della dir. 2019/633/UE: l'art. 5, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 198/2021 annoverano, tra le «altre pratiche commerciali sleali» vietate, rispettivamente, l'acquisto «attraverso il ricorso a gare e aste elettroniche a doppio ribasso» e l'imposizione della vendita «a prezzi al di sotto dei costi di produzione». L'art. 7 cit., infine, limita l'ammissibilità della vendita c.d. sottocosto, stabilendo, al comma terzo, un meccanismo di sostituzione automatica del prezzo, che il legislatore ancora espressamente all'art. 1339 cod. civ. Sull'attenzione all'equilibrio economico del contratto in questo campo nell'assetto vigente, v. G. D'AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agro-alimentari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 415 ss.; A. IULIANI, *Il controllo sull'equilibrio economico dello scambio nei contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari. Note a prima lettura sul d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198*, ivi, 749 ss.

[75] V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 261 ss. In argomento v. anche S. PAGLIANTINI, *Alla ricerca della nullità di protezione B2B (tra dogmatica edittale e circolo ermeneutico)*, in *Pers. mercato*, 2022, 340 ss., che fonda la riduzione teleologica sull'argomento dell'ordine pubblico di protezione, declinato sulle esigenze di tutela nei rapporti B2B. In sostanza, mentre di norma,



Certo, la nullità parziale non impone che il contratto debba sopravvivere anche quando questo non sia tecnicamente possibile [76]: ciò però induce l'interprete a verificare, prima di dare credito a questa conclusione, se vi sia spazio per un'integrazione del negozio che ne impedisca la caducazione.

In una prospettiva più generale, una cospicua corrente dottrinale ha ritenuto percorribile la strada dell'integrazione giudiziale anche per colmare le lacune sopravvenute del regolamento contrattuale, fondandola sull'art. 1374 cod. civ. [77].

Anche in questa curvatura, al giudice andrebbe comunque riconosciuto un ruolo residuale, volto a concretizzare il criterio dell'equità, che trova applicazione, secondo l'ordine dello stesso art. 1374 cod. civ., in caso di assenza di leggi e usi [78].

A questa posizione può obiettarsi che l'ampio potere riconosciuto al giudice da questa norma si giustifica, anche se residuale, solamente se concepito per colmare le lacune originarie del contratto, secondo una linea che si riveli coerente (e non dunque in contrasto) con il regolamento negoziale stabilito dalle parti [79]. Del tutto diverso, invece, sarebbe l'ordine dei problemi sollevato dalle lacune sopravvenute, specialmente dove riguardino proprio l'equilibrio raggiunto nell'accordo. In tale caso, infatti, l'integrazione si porrebbe in rapporto non strumentale, ma "ostile" rispetto all'autonomia privata, le cui determinazioni verrebbero di fatti *sostituite* anziché *completate* dalla concretizzazione della clausola generale dell'equità [80].

---

in base all'ordine pubblico, si procede a colmare una lacuna nelle norme imperative vietando ciò che da esse non risulta espressamente vietato, ma che tale deve intendersi alla luce dei principi alle stesse sottese, qui, sulla scorta dello stesso principio, l'effetto è quello di impedire la conseguenza voluta dalla norma generale (l'art. 1419, comma 1, cod. civ.), «*a difesa* dell'impresa vessata, evitando che si dica *nullo* un contratto se la sua caducazione premierebbe l'impresa scorretta». Come rileva questo A., occorre sul piano comparatistico rilevare la novità dell'art. 1184, comma 2, cod. civ. francese, il quale cristallizza, come limite generale all'estensione della nullità parziale all'intero contratto, la contrarietà di un simile esito allo scopo della comminatoria: «*Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien*». L'introduzione di una simile norma è auspicata nell'ordinamento italiano, anche al fine di contrastare un atteggiamento eccessivamente libero della giurisprudenza, che rischia di portare all'eccesso opposto di una disapplicazione dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., anche al di fuori, cioè, dei presupposti che giustificherebbero una riduzione teleologica: v., per un'indagine approfondita sul punto, V. BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 553 ss.

[76] Un indice normativo a conferma di questo assunto si rinviene nell'art. 6 dir. 93/13/CEE, che precisa che la nullità parziale di protezione non si estende in linea di principio all'intero contratto, sempre che questo possa rimanere in piedi senza le clausole abusive.

[77] V., sia pure con diverse declinazioni G. D'AMICO, *L'integrazione cogente del contratto mediante il diritto dispositivo*, in ID., S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Giappichelli, 2013, 261 s., che discorre di un'interpretazione evolutiva. V. pure S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, ivi, 203 ss.; ID., *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, ivi, 110 ss.; A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, cit., 329 ss.; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e integrazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 626 ss. Cfr. infine F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 699, nt. 105.

[78] Cfr. C. SARTORIS, *Nullità di protezione*, cit., 627. Insiste sulla residualità dell'intervento giudiziale anche nell'ambito di applicazione dell'art. 1374 cod. civ. A. D'ADDA, *Integrazione*, cit., 634. Del resto, va considerato che non sembra ammissibile un potere generalizzato del giudice di controllo del contenuto del contratto, al di fuori, cioè, degli spazi disegnati dalle norme che, in determinati contesti, ciò consentano: v. lo stesso G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., 600 ss., che di conseguenza, invita alla cautela di fronte all'atteggiamento oltranzista della giurisprudenza, che, sulla scorta dei principi generali, si è in questo portata ben oltre i limiti delle fattispecie delineate dal diritto positivo.

[79] V. A. D'ADDA, *Integrazione*, cit., 616. Se, *ab origine* vi è un difetto in relazione ad un aspetto essenziale del rapporto, un'integrazione è ipotizzabile, in termini generali, solo se si tratta di un profilo qualificabile come tale per il fatto di dare attuazione al contenuto del rapporto già definito dalle parti (nel senso che si tratta di profili imprescindibili per eseguire le obbligazioni contrattuali: ad esempio, il tempo e il luogo dell'adempimento), non, invece, quando si tratti di definire tale contenuto (ad esempio una delle prestazioni principali): cfr. *ivi*, 612 s., che fa salve le norme speciali che, appunto, consentono di completare il negozio anche con riferimento ad un elemento essenziale (v. *infra*, in questo par.).

[80] Cfr. ancora A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., 380 ss. e ID., *Integrazione*, cit., 616 e 634; rileva l'A (ri-



Si è altresì proposto di ricorrere al meccanismo della sostituzione di clausole dell'art. 1339 cod. civ., che, in effetti, rappresenta la via dell'integrazione cogente delineata dalla legge [81].

Tale disposizione presuppone l'esistenza di una disposizione che individui il contenuto normativo che deve sostituire la determinazione pattizia, non potendo questo essere stabilito di volta in volta sulla base di una valutazione discrezionale dal giudice [82].

A tale proposito, si può osservare che dove il legislatore ha ammesso che l'assetto economico del contratto potesse essere residualmente stabilito all'esterno dello stesso, anche per il tramite del giudice, lo ha espressamente previsto, nell'ambito della disciplina di alcuni contratti tipici.

Diverse disposizioni prevedono che, qualora il corrispettivo non sia determinato o determinabile, il contratto, in deroga alla regola della nullità per carenza dei requisiti dell'oggetto, rimanga valido, ammettendo che questo elemento venga stabilito all'esterno dell'accordo e, residualmente, proprio dal giudice [83].

In questa riflessione, vengono in rilievo, in particolare, gli artt. 2225 e 2233 cod. civ., dettati nella disciplina del contratto d'opera.

Si tratta di comprendere se queste disposizioni che, come conferma la loro formulazione, sono state scritte per l'ipotesi di una lacuna originaria possano essere applicate anche colmare una lacuna sopravvenuta [84].

---

spettivamente *ivi*, 382 e *ivi*, 616) che anche le tecniche di correzione del contratto parzialmente nullo sono state oggetto, sul piano generale, di una disciplina legislativa specifica (art. 1339 cod. civ., che fa riferimento alle sole regole cogenti di origine legale), rispetto alla quale esula e non risulta armonico l'art. 1374 cod. civ. (che richiama, in aggiunta, anche gli usi e l'equità). Contro la tesi di un'equità correttiva si esprime anche la recente analisi di G. SICCHIERO, *Un nuovo ruolo per l'equità* ex *art. 1374*, in *Giur. it.*, 2020, 2317 ss., che, pur criticando la tesi che riduce l'art. 1374 cod. civ. a norma meramente ricognitiva di ipotesi già contemplate dalla legge, precisa che questa norma può fondare un potere del giudice a rimedio di sopravvenienze eccezionali non regolate (quale può essere la pandemia da Covid-19), «ma non costituisce lo strumento per discutere il contenuto economico dei patti» (ivi, 2322).

[81] M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economicai*, cit.,181 ss., che muove dall'assunto che all'art. 1339 cod. civ., per quanto disposizione eccezionale (e quindi insuscettibile di estensione analogica), vada riconosciuto un ambito di applicazione utile.

[82] A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., 379 s.; ID., *Integrazione*, cit., 633 s.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 290 ss. È stata d'altra parte ammessa, invece, la possibilità che la sostituzione automatica della clausola pattizia con un parametro legale operi quando la nullità discenda, anziché dalla violazione di un contenuto imperativo, dall'abuso dello spazio lasciato all'autonomia privata in relazione ad un determinato profilo della disciplina del rapporto (c.d. «diritto dispositivo a *derogabilità condizionata*»): cfr. S. PAGLIANTINI, *Alla ricerca della nullità di protezione B2B*, cit., 344. Va osservato, in ogni caso, che, nella sua più compiuta formulazione (v. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 189 ss., oltre ai rilevanti chiarimenti in EAD., *Abuso di dipendenza economica e recesso*, cit., 965, nt. 22), la tesi che fonda l'integrazione sull'art. 1339 cod. civ. è il risultato di una riflessione che giunge a ritenere che l'art. 9 l. subf. (in particolare, il secondo comma, che sanziona l'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie) non solo vieti un fascio di condotte e clausole contrattuali, ma anche imponga una misura-limite, ragionevole sulla base della logica del mercato, che, di conseguenza, assumerebbe altresì il ruolo di parametro di integrazione. L'applicazione diretta dell'art. 1339 cod. civ., alla luce di queste premesse, non sarebbe impedita dalla necessità di una concretizzazione giudiziale, atteso che il giudice è chiamato esclusivamente a ricavare un dato, oggettivamente predeterminabile per *relationem*. In dottrina, si dubita però che la norma speciale dell'art. 9 l. subf. abbia effettivamente un contenuto positivo di imporre una logica di mercato all'impresa che contragga con altra in condizione di abuso di dipendenza economica (come sembra ritenere M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e recesso*, *ibidem* e EAD., *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, cit., 92 s., nt. 155): v. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 292 ss.

[83] V., in relazione all'art. 1657 cod. civ. concernente l'appalto (ma l'affermazione potrebbe essere ripetuta anche per le altre disposizioni che si inseriscono in questa cornice), M. DELLACASA, *Parti, oggetto, prezzo e forma dell'appalto*, in *Trattato dei contratti*, III.1, diretto da V. Roppo, Giuffrè, 2014, 151 s.; in giurisprudenza, Cass., 5 aprile 2000, n. 4192.

[84] Secondo A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., 380 ss. e ID., *Integrazione*, cit., 616 e 634, ciò che consente, in questo caso, l'applicazione delle regole del diritto dispositivo alla lacuna determinata dalla caducazione di una clausola è la possibilità di considerare detta clausola difforme come una *deroga abusiva* del diritto dispositivo. Così, mimando la regola di sistema desumibile dal meccanismo di cui all'art. 1339 cod. civ., la determinazione pattizia (che, a differenza di quanto presuppone lo stesso art. 1339 cod. civ., non è qui illegittima per il solo fatto di essere difforme da quella legale, ma per l'avere abusato dell'autonomia in relazione a quel profilo riconosciuta dalla legge), è sostituita dal parametro stabilito dalla norma, dato che è proprio la rilevante difformità da questo ad avere «attivato quello "scrutinio" del patto che può condurre all'accertamento del suo carattere abusivo e quindi



Diversi argomenti concorrono a fondare una risposta di segno positivo.

Anzitutto è da valorizzare la *ratio* di queste norme, che trovano corrispondenti anche in altri contratti tipici in cui il corrispettivo è in rapporto sinallagmatico con una prestazione di *facere*: ciò a cui mira il legislatore è evitare la caducazione del titolo da cui sorge l'obbligazione del compenso, onde evitare che la remunerazione di un fare umano complesso sia lasciata alla disciplina restitutoria [85].

Tale *ratio* è valida anche – e forse a maggior ragione – quando il rapporto è già entrato nella fase della sua esecuzione: di fatti, si è ritenuto (anche se il punto non è pacifico [86]) che i criteri legali suppletivi possano operare anche quando la pattuizione sull'ammontare del compenso, pur in astratto esistente, non possa essere dimostrata. Seguendo questo ragionamento, allora, ben si può sostenere che essi trovino applicazione pure nell'ipotesi in cui, per qualsiasi ragione (quale è appunto la nullità), i criteri pattizi non possano operare.

Ciò – si badi – non significa ammantare di imperatività i criteri legali; non si instaura alcun confronto diretto tra questi e la pattuizione che ha stabilito il corrispettivo [87]: si pone invece riparo ad una lacuna che ori-

---

alla sua caducazione». La linearità di questo ragionamento, nel caso del corrispettivo iniquo per effetto di un abuso di dipendenza economica (ipotesi che l'A. non considera direttamente nella sua indagine: A. D'ADDA, *Integrazione*, cit., 628, nt. 101), è però interrotta dalla considerazione che a determinare l'abusività della clausola non è l'entità della deroga dal diritto suppletivo, quanto l'essere stata questa il frutto di un abuso reso possibile da una particolare asimmetria. Nondimeno proprio la necessità di porre riparo ad un abuso, unitamente alla valorizzazione della valutazione legislativa che ritiene preferibile salvare un contratto anziché lasciarlo alla nullità integrale – che discenderebbe dall'indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto – sembrano argomenti sufficienti, in questo caso, per ritenere comunque applicabili le regole particolari del diritto suppletivo anche in relazione al corrispettivo. Ritiene percorribile la strada di integrare, per il tramite delle norme in parola, la lacuna determinata dalla nullità *ex* art. 9, comma 3, l. subf. della clausola sul corrispettivo anche V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 304; ID., *La clausola squilibrata è nulla*, cit., 230. V. pure A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 379, che considera le prestazioni pecuniarie oggetto del corrispettivo le uniche lacune conseguenti alla nullità *ex* art. 9, comma 3, l. subf. in relazione all'equilibrio economico fondamentale del contratto suscettibili di integrazione, grazie a numerose norme dei contratti tipici, che, peraltro, l'A. ritiene suscettibili di applicazione analogica (sul punto, v. anche *infra*, nota seguente).

[85] Questa *ratio* è individuata con chiarezza, con riguardo alla corrispondente norma dell'appalto, da L.V. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, UTET, 1984, 716. Proprio questa *ratio* è considerata il filo conduttore delle numerose disposizioni che fissano criteri legali suppletivi di determinazione del corrispettivo in contratti del professionista o imprenditore al punto che, pur configurando, come si è appena ricordato, una deroga alla regola che fa discendere dall'indeterminabilità dell'oggetto la nullità, essa è comunque considerata espressione di un diverso principio di determinabilità *necessaria* (v., in particolare, G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in G. VETTORI [a cura di], *Regolamento*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Giuffrè, 2022, 2ª ed., 24 ss.), che rende tali disposizioni non isolate nell'ordinamento (v. V. CAREDDA, sub *art. 1657 c.c.*, in A. LUMINOSO [a cura di], *Codice dell'appalto privato*, Giuffrè, 2016, II ed., 345 e M. PENNASILICO, *Il corrispettivo*, in V. CUFFARO [a cura di], *I contratti di appalto privato*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, G. GABRIELLI, Giuffrè, 2011, 126).

[86] Sempre in relazione all'appalto, v., ad es., Cass. 5 aprile 2000, n. 4192; *contra*, Cass. 28 novembre 1984, n. 6193; il contrasto giurisprudenziale è riportato da M. PENNASILICO, *Il corrispettivo*, cit., 125, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

[87] La giurisprudenza nega che possa essere sindacata la misura del corrispettivo, quando questa sia liberamente pattuita dalle parti (v. Cass., 22 novembre 1995, n. 12905). In direzione contraria, si è peraltro pronunciata di recente una parte della dottrina, ad avviso della quale gli artt. 2225 e 2233 cod. civ. sarebbero espressione di un principio inderogabile che, in negativo, impone all'autonomia privata un limite. In base a questa visione, la libertà negoziale non potrebbe spingersi al punto che il compenso risulti in aperta contraddizione con i criteri del «lavoro normalmente necessario» e del «decoro della professione» (parametri, questi, che rivelerebbero la centralità, nella prospettiva dell'ordinamento, della tutela dell'attività lavorativa della persona, anche senza indulgere nell'argomento, contro il quale è ancora orientato il diritto vivente – ad es., Cass., 28 giugno 2017, n. 16213 – dell'applicazione diretta dell'art. 36 Cost. ai rapporti di lavoro autonomo): cfr. M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera*, cit., 321 ss., che spiega che una simile contraddizione potrebbe emergere dalla circostanza che quanto pattuito stia al di sotto dei minimi dei parametri di riferimento eventualmente stabiliti (presunzione *iuris tantum*: *ivi*, 325). La nullità della clausola discenderebbe anche qui non dalla violazione di un preciso contenuto, ma dal superamento di confini dell'autonomia privata dettati dal legislatore alla luce di un bilanciamento di interessi (che forse giustifica altresì la collocazione del contratto d'opera nel Libro V del codice). La conseguenza che l'A. ricava, per il caso di un superamento di tali confini, è «un potere correttivo, da parte del giudice, della parte del contratto relativa al corrispettivo, sia pure solo in casi estremi».



gina per effetto dell'invalidità della clausola, la quale, a sua volta, discende da una disposizione peculiare che sanziona l'eccesso abusivo dell'autonomia privata.

Si può dunque concludere il ragionamento affermando che, nel caso di un compenso iniquo, allorché la clausola che lo prevede sia il risultato di un abuso di dipendenza economica, alla conseguente nullità che discende dall'applicazione dell'art. 9, comma 3, cit., potrà seguire l'integrazione del contratto per mezzo del diritto dispositivo. Qualora il contratto concretamente stipulato consista in un contratto d'opera, potranno trovare applicazione, a seconda dei casi, gli artt. 2225 e 2233 cod. civ. [88].

9. – L'estensione di alcuni strumenti elaborati dall'avanguardia del diritto civile contemporaneo, sensibile alle asimmetrie informative o economiche che alterano il libero gioco degli scambi, può essere considerato un sicuro passo in avanti nella tutela del lavoro autonomo c.d. genuino [89].

Qui, la contaminazione, che percorre tutto il diritto privato dei contraenti deboli, tra la tutela della libertà negoziale e le istanze della concorrenza, si arricchisce ulteriormente, dovendo prendere in considerazione le esigenze di protezione della persona dalla prospettiva costituzionalmente rilevante del lavoro.

La tecnica della l. n. 81/2017, che combina norme *ad hoc* per i contratti del lavoratore autonomo con il rinvio a discipline che attengono ai rapporti tra imprese, consegna all'interprete alcuni nodi da sciogliere, ma tempera, dall'altro lato, l'universalismo della protezione, su cui si appuntano le critiche di molti commenti (v. *supra*, par. 5).

Si delinea, infatti, una struttura di tutela per cerchi concentrici. Infatti, come si è visto, della regola-rinvio sui termini di pagamento, di cui all'art. 2 l. cit., possono avvantaggiarsi *tutti* i lavoratori autonomi; diversamente, l'art. 3 l. cit., nel considerare nulle talune clausole e abusivo il rifiuto di stipulare il contratto in forma scritta, muove dal presupposto – almeno secondo la ricostruzione qui sostenuta – che sussista una asimmetria tra le parti; della più pervasiva protezione offerta dal divieto di abuso di dipendenza economica potranno invece giovarsi solo quei lavoratori che dimostrino di trovarsi in questa condizione. Su questo quadro, si innesta l'art. 13-*bis*, l. n. 247/2012, il quale trova sì applicazione a prescindere dalla dipendenza economica – ritenuta in *re ipsa* in considerazione del potere negoziale di determinate categorie di imprese committenti –, ma incide su un fascio di rapporti limitato alla luce di criteri soggettivi (rapporti tra professionisti con c.d. "grandi imprese") e oggettivi (rapporti regolati da «convenzioni unilateralmente imposte»).

Il sistema delle tutele civilistiche trova però un sostanziale punto debole nel rischio di scarsa effettività, sul lato pratico.

Concentrandosi sugli abusi contrattuali, su cui abbiamo soffermato in via prevalente l'attenzione in questo contributo, ritroviamo le criticità già documentate nei contesti di origine delle norme sui rapporti B2B richiamate, ovvero di quelle sul cui modello sono state elaborate le previsioni scritte dal legislatore a tutela specifica del lavoro autonomo.

Iniziamo dalla norma che vieta l'abuso di dipendenza economica, che, in assenza di determinazioni legi-

[88] Poiché la tutela del lavoratore autonomo si applica anche ai rapporti «che hanno una disciplina particolare ai sensi dell'articolo 2222 del codice civile», ossia che rientrano nella disciplina dei contratti tipici di cui al libro IV – occorrerà verificare se esista una norma nel tipo rilevante che consenta, allo stesso modo, una integrazione (ad esempio, l'art. 1709 c.c. in tema di mandato). In realtà, potrebbe ritenersi la ricerca superflua nella misura in cui, come sopra si è detto (*supra*, note 84 e 85), si riconosce che, dove previste, queste norme siano espressione di un principio generale che le rendono suscettibili, in caso di lacuna, di applicazione analogica.

[89] V. *supra*, nota 64.



slative – se non nel raggio di azione dell'art. 13-*bis* cit. – costituisce il piano su cui deve muoversi la riflessione a proposito delle garanzie di un equilibrio economico minimo delle prestazioni contrattuali [90].

La prospettiva suggerita dal divieto sembra realizzare un compromesso ragionevole tra la libertà delle parti nello stabilire il compenso e la tutela del contraente debole.

Qui, infatti, il compenso particolarmente inadeguato è sindacato non in sé, ma perché frutto di un abuso, ossia dell'approfittamento, da parte di un'impresa forte, della condizione di debolezza del lavoratore autonomo. Ad essere protetta, è allora la stessa libertà negoziale, a fronte di eccessi resi possibili dai turbamenti che possono nascere per effetto di squilibri di forza [91].

Proprio l'apprezzabile assenza di un automatismo genera dall'altro lato gravose difficoltà probatorie che rendono particolarmente complicato, per il lavoratore, avvalersi del rimedio.

In questo senso, possono essere accolte favorevolmente quelle disposizioni che, rappresentando espressione diretta del divieto ovvero del principio ad esso sotteso (si pensi all'inefficacia delle clausole *ex* art. 3, comma 1, cit.), incidono sull'onere della prova della parte debole.

Non sembra invece destare problemi, sul piano dell'effettività, la concretizzazione giudiziale che può rendersi necessaria a seguito della caducazione di una clausola (nulla *ex* art. 9, comma 3, l. subf.). Il rinvio al diritto dispositivo comporta l'applicazione di norme che orientano la valutazione equitativa del giudice. I criteri suggeriti da queste norme, e, in particolare, il riferimento contenuto nell'art. 2225 cod. civ. alla quantità di lavoro che richiede una determinata prestazione, hanno il pregio di prendere quest'ultima in considerazione nella sua globalità, così consentendo di ricomprendervi l'attività di studio e preparatoria che caratterizza peculiarmente numerose categorie di lavoratori autonomi, specialmente quelli della cultura [92].

Se, dunque, nonostante una certa farraginosità, l'ordinamento già consentirebbe una correzione ragionevole del contratto a favore della parte debole, un significativo ostacolo al raggiungimento di questo risultato consiste nelle remore che, in concreto, il lavoratore autonomo può nutrire nel percorrere questa strada.

L'invalidità di protezione della clausola, presupposto della conseguente integrazione, può essere fatta valere dal contraente debole. Questo soggetto, però, proprio a causa della condizione di dipendenza economica in cui si trova, difficilmente si determinerà in questo senso, se non quando la relazione con il committente entri in una fase patologica, che prelude alla sua fine.

Una simile decisione presa dal lavoratore autonomo nel contesto di una monocommittenza a condizioni squilibrate ma stabili finirebbe infatti per minare quella stabilità, esponendolo al rischio di perdere la propria fonte di reddito [93].

Lo stesso discorso vale anche per clausole che definiscono aspetti del rapporto diversi, ma parimenti imposti dall'impresa committente: a fronte di un lavoratore che, "ribellandosi", agisca per ottenere una pronuncia giudiziale di nullità *ex* art. 9, comma 3, cit. – con il rischio che, peraltro, l'azione non vada a buon fine,

---

[90] Considera l'art. 9 l. subf., richiamato in quanto compatibile, dall'art. 3, comma 4, l. n. 81/2017, come «spiraglio normativo» per un riconoscimento del diritto del professionista ad un equo compenso in termini più ampi di quelli ricavabili dall'art. 13-*bis* l. n. 247/2012, P.P. FERRARO, *Le deleghe sulle professioni organizzate in ordini e collegi e le proposte in discussione in materia di tariffe professionali*, in in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve*, cit., 341.

[91] Sulla chiave di lettura dell'art. 9 l. n. 192/1998 che la ritiene espressione di una giustizia contrattuale di tipo «procedurale» anziché «sostanziale», v. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 230 ss.

[92] Questa criticità, emersa con riguardo ai lavoratori dello spettacolo in S. BOLOGNA, A. SORU (a cura di), *Dietro le quinte*, cit., 79, può essere immaginata anche per la generalità delle prestazioni artistiche e, più estensivamente, intellettuali.

[93] Nel lavoro culturale, si è già segnalato un altro importante fattore che induce i lavoratori autonomi a "sopportare" le condizioni ingiustificatamente gravose: il c.d. «ricatto della passione». V. *supra* nota 10.



considerato l'elevato standard probatorio – non è da escludersi che l'impresa committente scelga di sciogliersi, appena possibile, dalla relazione economica.

Alla luce di ciò, potrebbe giustificarsi un intervento del legislatore che, in modo più invasivo per l'autonomia privata, vieti talune pratiche in contesti circoscritti, come risultato di un'attenta ponderazione degli interessi coinvolti. Il divieto, poi, potrebbe essere assoluto oppure ammettere la sua non applicazione in talune circostanze, che potrebbe invocare e dimostrare la parte interessata.

Un esempio, nel campo del lavoro culturale, sono le clausole che stabiliscono l'esclusiva della prestazione artistica. Queste clausole, già di per sé perniciose perché, per un verso, rendono più difficile invocare la tutela sul piano teorico e, per altro verso, contribuiscono col tempo a creare una vera e propria situazione di dipendenza economica, possono avere un effetto ancora più pregiudizievole per alcune categorie di lavoratori, come, ad esempio, i musicisti, per i quali, come si è osservato, è fondamentale accrescere la propria professionalità moltiplicando le occasioni per esibirsi, davanti a pubblici diversi [94].

Vi è poi la categoria degli abusi che non sono cristallizzati in clausole contrattuali, ma consistono in condotte che si inseriscono nella fase esecutiva del contratto (ad esempio, l'esercizio del diritto di recesso), oppure nella fase precontrattuale.

Per questi, si apre la strada del risarcimento del danno e dell'inibitoria. Tali rimedi incontrano il limite del rischio, che portano con sé, di "stigmatizzare" il lavoratore che li eserciti, con la conseguenza di rendere per lui più difficile l'accesso a nuove opportunità professionali [95].

A fronte del c.d. "fattore paura", elemento che sancisce la contraddizione tra il carattere necessariamente riservato della legittimazione ad avvalersi dei rimedi e la remora delle persone interessate a ricorrervi, il legislatore europeo ha valorizzato altrove – in altri contesti particolarmente sensibili del mercato – gli strumenti del *public enforcement*, che affidano ad un'autorità indipendente la vigilanza e l'irrogazione di sanzioni alle imprese che violano le regole [96].

L'introduzione di un apparato di sanzioni amministrative *ad hoc* nella l. n. 81/2017 [97] gioverebbe indubbiamente anche alla tutela del lavoro autonomo e avrebbe ripercussioni positive, riteniamo, pure sui singoli rapporti [98].

---

[94] V. R. SEMENZA, O. RAZZOLINI, A. PILATI, *Conclusioni*, in S. BOLOGNA, A. SORU (a cura di), *Dietro le quinte*, cit., 161.

[95] Sottolineano la paura dei lavoratori autonomi «di passare per piantagrane», e quindi di essere sostituti anche grazie all'ampia offerta di lavoro nel settore della cultura R. SEMENZA, O. RAZZOLINI, A. PILATI, *Conclusioni*, cit. 162.

[96] In questa direzione si è mossa la dir. 2019/633/UE, cit., che, come si è segnalato, prevede una doppia lista, nera (art. 3, par. 1) e grigia (art. 3, par. 2), e obbliga gli Stati ad adottare un apparato di sanzioni e ad individuare un'autorità di contrasto competente ad irrogarle (art. 4). Ad un tempo, si prevede il diritto della parte debole (i fornitori), nonché delle organizzazioni di tali soggetti e delle associazioni delle organizzazioni, di presentare denuncia, assicurando, dove occorra per evitare il rischio di ritorsioni commerciali, la tutela della riservatezza del denunciante (art. 5). Per una panoramica della direttiva, v. L. RUSSO, *La direttiva UE sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare: una prima lettura*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1418 ss.; S. PAGLIANTINI, *Dal B2C al B2B: una prima lettura della dir. (UE) 2019/633 tra diritto vigente ed* in fieri, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 220 ss.; A. JANNARELLI, *La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare: considerazioni in limine all'attuazione della direttiva n. 633 del 2019*, in *Giust. civ.*, 2021, 199 ss. e, sulla sua attuazione nell'ordinamento italiano, *ex aliis*, A. JANNARELLI, *Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019, sulle pratiche scorrette nella filiera agroalimentare: una prima lettura*, in *Giust. civ.*, 2022, 739 ss.; S PAGLIANTINI, *L'attuazione della direttiva 2019/633/UE e la toolbox del civilista*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 393 ss.

[97] Intendendosi per tale un apparato sanzionatorio ulteriore e più specifico di quello previsto dallo stesso art. 9, comma 3-*bis*, l. cit., il quale, come si è visto *supra*, nota 14, riguarda i soli casi di abuso di dipendenza economica che abbiano l'effetto di incidere sul gioco della concorrenza.

[98] Specialmente qualora si prevedesse, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 27, comma 7, cod. cons. nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, un meccanismo procedurale che consenta all'impresa "sotto accusa" di evitare la sanzione, impegnandosi a «porre fine all'infrazione, cessando la diffusione ella stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità». Ancora,



È stata del resto documentata l'importanza, specialmente per le grandi imprese, dell'immagine commerciale presso il pubblico degli utenti, che costituisce una leva che le ha spinte a correggere i propri comportamenti [99].

Nella prospettiva non di sostituire i fondamentali rimedi del diritto privato, ma di completare il panorama della tutela civilistica del lavoro autonomo, merita di essere ulteriormente sviluppata l'attenzione per le buone pratiche anche in quest'ambito, attraverso strumenti, noti ad altre normative di protezione [100], che incoraggiano l'adozione di codici di condotta, oppure che raccolgono prassi virtuose, coinvolgendo i gruppi che rappresentano gli interessi di categoria [101].

Sembra dunque, in conclusione, che questa nuova articolazione del diritto privato dei contraenti deboli («il quarto contratto») trovi il suo principale limite del non essere accompagnata, come invece accade in altri ambiti, da una parallela tutela pubblicistica, la quale si rivela invero essenziale per assicurare l'effettività della protezione in ogni momento della relazione economica tra parti con posizioni di forza diseguale.

---

si consideri lo spunto che proviene dall'art. 13, par. 2, lett. b), dir. 2005/29/CE, come modificata dalla dir. 2019/2161/UE, che annovera tra i criteri di cui tenere conto per la determinazione della sanzione da irrogarsi le «eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio».

[99] V., in punto, con riguardo alle partiche commerciali scorrette nei rapporti tra imprese e consumatori, C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I, cit., 827 ss.

[100] V., ad es., con riguardo alle «buone pratiche commerciali» nella filiera agroalimentare, l'art. 6, d.lgs. n. 198/2021, che prevede la possibilità di utilizzare a fini pubblicitari la dicitura «Prodotto conforme alle buone pratiche commerciali nella filiera agricola e alimentare», fermo il controllo dell'autorità designata per il contrasto alle pratiche sleali (l'ICQRF); v. su questa norma L. VIZZONI, *Il rilievo delle buone pratiche nella filiera agroalimentare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 734 ss. Un modello di codice di condotta è invece previsto, con riguardo alle pratiche B2C, dall'art. 27 *bis* cod. cons.

[101] Occorre muovere dalla consapevolezza che, come sottolinea S. BOLOGNA, *Introduzione*, in ID., A. SORU (a cura di), *Dietro le quinte*, cit., 13 s., il problema è anche "educativo" e, di fatti, tende ad accentuarsi per i lavoratori più giovani: «Riteniamo quindi che sia un dovere morale degli istituti di formazione, università pubbliche e accademie private educare i giovani alla solidarietà, intesa non come pulsione morale e problema del dover essere, ma proprio come strategia di mercato, in quanto l'esperienza ci dice che, in tutti i settori, una volta che si abbassano le tariffe o i salari, è estremamente complicato poi aumentarli. Accettare di lavorare per un euro meno del collega significa porsi nella condizione di avere sempre qualcuno disposto a portarti via il lavoro con un altro euro di meno. È quindi una strategia suicida, che ha già portato dei guasti. Molti intervistati con un'anzianità lavorativa precedente l'introduzione del digitale denunciano questa spaccatura generazionale in atto tra di loro e i giovani che escono dalle scuole disposti a sostituirli accettando compensi irrisori».

JUS CIVILE



ENNIO CICCONI

Ricercatore – Università di Roma La Sapienza

LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE DELL'AZIONE DI RIDUZIONE

SOMMARIO*: 1. I differenti orientamenti sul* dies a quo *della prescrizione dell'azione di riduzione e la soluzione delle Sezioni Unite. – 2. Perplessità e critiche della dottrina nei riguardi di tale soluzione. – 3. Azione di riduzione e accettazione dell'eredità. – 4. L'interesse ad agire nell'azione di riduzione. – 5. L'orientamento tradizionale e le sue implicazioni. – 6. Interferenze con altre azioni. – 7. Impedimenti di fatto e decorrenza della prescrizione.*

1. – La questione della prescrizione dell'azione di riduzione delle disposizioni lesive dei diritti dei legittimarî ha formato oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale, oggi piuttosto sopito, eppure vivace fino a qualche anno fa. Tale questione concerne, più precisamente, l'individuazione del *dies a quo* di tale prescrizione, non essendo invece controversa l'applicazione alla materia in esame del termine ordinario decennale della prescrizione, se si fa eccezione di un'opinione espressa in dottrina, secondo la quale il diritto del legittimario di agire in riduzione sarebbe imprescrittibile, in coerenza con la tesi sostenuta da quella stessa dottrina, secondo la quale il legittimario sarebbe titolare di un diritto reale sopra i beni oggetto delle disposizioni testamentarie o donative che ledano la sua quota di riserva [1].

[1] È la tesi di L. FERRI (*Dei legittimari*, Art. 536-564, in *Comm. cod. civ*., a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Libro secondo – *Delle successioni*, Bologna-Roma, 1971, 225 ss.). L'Autore, che dichiara la sua difficoltà di inquadramento della questione della prescrizione dell'azione di riduzione ("*uno dei problemi che più mi hanno tormentato, e che non mi è riuscito di inquadrare in modo soddisfacente*"), contesta all'opinione dominante, attestata sulla tesi della prescrizione decennale, di porsi il problema della prescrizione in relazione all'azione in sé considerata, prescindendo dal diritto sostanziale che essa è intesa a tutelare, e che l'Autore qualifica, appunto, come diritto reale sui beni relitti o donati (125 ss.). Muovendo poi dall'assunto che la legittima sia *pars bonorum*, ossia una quota di utile netto, e non *pars hereditatis* (*op. cit.,* 6-7), Egli rivolge a quella dottrina, oggi ormai recessiva, che attribuisce al legittimario la qualità di erede l'accusa di incoerenza là dove essa sottolinea le differenze tra azione di riduzione e petizione di eredità – prescrittibile l'una, imprescrittibile l'altra –, sostenendo che tale distinzione non si concilierebbe con la tesi della qualità ereditaria del legittimario, e che le due azioni, a tale stregua, dovrebbero finire per coincidere; con conseguente imprescrittibilità anche dell'azione di riduzione (come affermato da una lontana pronuncia di merito, richiamata nell'opera citata: Trib. Venezia, 15 luglio 1960, in *Foro. it*., 1960, I, 1416). Riconosce invece maggiore coerenza nell'affermare la prescrittibilità dell'azione di riduzione ad altra dottrina, che ravvisa in tale azione lo strumento per rendere inefficaci le disposizioni lesive, e quindi per poter conseguire la quota di eredità. La tesi del Ferri, della natura reale del diritto del legittimario, che, almeno nella vigenza del codice del 1942, non ha altri sostenitori, è stata duramente criticata da L. MENGONI (*Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, terza ed., Milano, 1992, 61-62, nota 53), il quale sostiene l'inconsistenza della costruzione sistematica che discende da tale tesi, prendendo le distanze da "dogmatizzazioni" come quella che porta il Ferri ad affermare che i beni relitti, in presenza di legittimarî, sono gravati da un diritto reale, e che dunque l'erede



Sul punto della data di decorrenza della prescrizione si erano invece delineati orientamenti differenti. Per meglio dire, l'orientamento più tradizionale della giurisprudenza, per anni pressoché incontrastato, secondo il quale tale data dovrebbe coincidere con quella di apertura della successione [2], al pari della prescrizione di altri diritti in materia successoria, è stato disatteso sul finire del secolo scorso da alcune pronunce di legittimità e di merito, anticipate peraltro da un precedente del 1970, secondo le quali la decorrenza della prescrizione, nel caso di successioni regolate da testamento, dovrebbe coincidere con la pubblicazione del testamento, poiché la possibilità per il legittimario di far valere il suo diritto presupporrebbe la conoscenza delle disposizioni lesive [3]. Attenendosi a questa seconda impostazione, si dovrebbe concludere che, nel caso di successione intestata, il momento di decorrenza della prescrizione sia invece quello dell'apertura della successione; anche se, in tale ipotesi di successione (almeno se integralmente intestata), non si pone la questione dell'esercizio dell'azione di riduzione, poiché un'ipotetica lesione dei legittimarî in concorso con altri eredi legittimi sarebbe solo virtuale, giacché opera la riduzione automatica prevista dall'art. 553 cod. civ. [4]. Tuttavia, si è osservato che, anche nell'ipotesi di successione testamentaria, se il *relictum* non bastasse ad integrare la legittima, e occorresse quindi impugnare per riduzione anche le donazioni, pur quando si facesse applicazione dell'orientamento da ultimo richiamato, incentrato sul profilo della conoscenza della lesione da parte del legittimario, il termine dovrebbe decorrere dall'apertura della successione, poiché questi, sin da tale data, avrebbe consapevolezza che la lesione dipende anche dalle donazioni [5].

A comporre il contrasto in tal modo creatosi sono quindi intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, che, con una sentenza del 2004, si sono pronunciate discostandosi dall'una e dall'altra linea di pensiero, e hanno deciso che, quanto alla riduzione di disposizioni testamentarie, la prescrizione inizia a decorrere a partire dal momento dell'accettazione dell'eredità da parte del chiamato in forza di tali disposizioni, restando invece la sua decorrenza ancorata alla data di apertura della successione qualora si tratti di impugnare donazioni, "*non essendo sufficiente il relictum a garantire al legittimario il soddisfacimento della quota di riserva*" [6]. Si noterà che, con la riportata formulazione, si dà rilievo al dato oggettivo della insufficienza del *relic-*

---

e il legatario ricevono tali beni così gravati, cosicché, se ne dispongono a loro volta, li trasferiscono con l'inerente onere o diritto, al pari di beni ipotecati o pignorati.

[2] Cass., sez. II, 28 novembre 1978, n. 5611; Cass., sez. II, 7 maggio 1987, n. 4230; Cass., sez. II, 22 ottobre 1988, n. 5731; Cass., sez. II, 26 gennaio 1990, n. 459; Cass., sez. II, 25 gennaio 1992, n. 817; Cass., sez. II, 7 agosto 1996, n. 7259; Cass., sez. II, 25 novembre 1997, n. 11809. In dottrina: R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, Milano-Messina, 1948, 434; V. R. CASULLI, *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XV, Torino, 1968, 1063; Gius. Azzariti, *Diritti dei legittimari e loro tutela*, Padova, 1975, 170; L. Mengoni, *op. cit.*, 320; P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Il Codice Civile – Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, tomo primo, 139-140; G. TAMBURRINO, *Successione necessaria* (diritto privato), in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 1375.

[3] Cass., sez. II, 15 giugno 1999, n. 5920; App. Trento, 19 dicembre 1998, in *Nuovo dir.*, 1999, 849, con nota di V. SANTARSIERE (*Disposizioni testamentarie lesive della legittima – diritto di riduzione e prescrizione*); App. Brescia, 3 maggio 2000, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3293, con nota adesiva di D. MOSCUZZA (*Il* dies a quo *del termine di prescrizione dell'azione di riduzione*). La sentenza del 1970 richiamata nel testo è Cass. 17 gennaio 1970, n. 99, e ha anticipato l'orientamento che emerge dalle pronunce appena citate. In dottrina, oltre alla nota appena citata: V. CARBONE, *Digesto – Disc. priv. – sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, 620 (per la verità, in termini non del tutto chiari: "*La prescrizione comincia a decorrere dal giorno dell'apertura della successione, salvo che il presupposto dell'azione di riduzione venga in essere in un momento posteriore, come, per esempio, nell'ipotesi di dichiarazione giudiziale di filiazione naturale maturata dopo la morte del* de cuius*, ovvero dalla data della pubblicazione del testamento, dalla quale deriva una presunzione* iuris tantum *di conoscenza delle disposizioni lesive*"); C.M. Bianca, *Diritto civile* 2.2, *Le successioni*, quinta ed., Milano, 2015, 210 (sulla posizione del Bianca, v. pure *infra*, par. 2 e nota 12).

[4] Secondo alcuni autori, l'art. 553 cod. civ. prevedrebbe una vera e propria azione di riduzione: L. FERRI, *op. cit.*, 115 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, quarta ed., Milano, 2015, tomo I, 528-529.

[5] V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, 363.

[6] Cass., sez. un., 25 ottobre 2004, n. 20644.



tum alla data di apertura della successione, indipendentemente dal profilo della conoscibilità di tale insufficienza.

La distinzione tra disposizioni testamentarie e donazioni, agli effetti della decorrenza della prescrizione, non aveva trovato risalto nella giurisprudenza precedente, le cui affermazioni di principio non avevano specifico riguardo al fatto che l'azione di riduzione potesse essere diretta, di volta in volta, nei confronti di disposizioni testamentarie ovvero di donazioni, sebbene tale distinzione debba darsi per implicita rispetto all'orientamento che ricollegava l'inizio della prescrizione alla pubblicazione del testamento.

La questione del *dies a quo* della prescrizione del diritto del legittimario non sembra invece aver richiamato particolarmente l'interesse della giurisprudenza formatasi successivamente alla sentenza delle Sezioni Unite, alla quale si è fatto richiamo più che altro in relazione alla riduzione di donazioni, per affermare che, in tal caso, la prescrizione decorre dall'apertura della successione, e dunque in relazione ad una ipotesi che non attiene al nucleo del principio fissato dalle Sezioni Unite, incentrato sulla lesione della legittima ad opera di disposizioni testamentarie [7].

Alla base di tale principio, vi è l'argomento secondo il quale, fino all'accettazione dell'eredità da parte del chiamato in forza della disposizione lesiva, la lesione del legittimario sarebbe meramente potenziale, facendosi attuale soltanto con l'accettazione: essa segnerebbe, pertanto, il momento a partire dal quale il diritto del legittimario, agli effetti dell'art. 2935 cod. civ., potrebbe essere fatto valere, poiché, prima di allora, vi sarebbe un impedimento di carattere propriamente giuridico al suo esercizio. Per tale ragione, la Cassazione, nel prendere posizione sul contrasto giurisprudenziale, ha reputato di dover disattendere il tradizionale orientamento, che ricollegava all'apertura della successione il suddetto momento; allo stesso tempo, però, condividendo l'affermazione contenuta in alcune delle sentenze rappresentative di quello stesso orientamento [8], secondo la quale la conoscenza della disposizione testamentaria lesiva sarebbe irrilevante ai fini della decorrenza della prescrizione, giacché la sua ignoranza costituirebbe un impedimento di mero fatto. L'affermazione è coerente con un principio più volte enunciato in materia di prescrizione in generale, secondo il quale non rileverebbero, appunto perché considerati impedimenti di fatto e non di diritto, gli stati di conoscenza relativi all'esistenza degli elementi costitutivi del diritto della cui prescrizione si tratta [9]. Ne consegui-

---

[7] V., p.es., Cass., sez. II, 30 giugno 2015, n. 13407; Trib. Latina, 31 gennaio 2020, in *Red. Giuffrè*, 2020. V. poi Cass., sez. II, 8 settembre 2021, n. 24169, ove si afferma, senza citare Cass. n. 20644/2004, che l'azione di riduzione di donazioni si prescrive a partire dall'apertura della successione. Si tratta, in realtà, di un *obiter dictum*, reso nel contesto di un'argomentazione volta a sottolineare la differenza tra azione di riduzione e *petitio hereditatis*, e a ribadire il principio ormai consolidato, secondo il quale il legittimario pretermesso non è chiamato alla successione, potendo acquisire la qualità di erede solo in séguito al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione. V. poi la giurisprudenza formatasi sulla questione, che sarà più avanti ripresa, della prescrizione dell'azione di simulazione di atti a titolo oneroso che dissimulino donazioni, che si intenda impugnare con l'azione di riduzione. In tali ipotesi, si afferma pressoché costantemente che l'azione di simulazione (relativa) inizia a prescriversi dalla data di apertura della successione, in concomitanza con la prescrizione dell'azione di riduzione, e alcune delle pronunce in argomento indicano la ragione di tale decorrenza con il fatto che, al momento di apertura della successione, si concretizza la lesione della quota di riserva del legittimario, ma, appunto, in relazione, a donazioni (Cass., sez. II, 30 luglio 2004, n. 14562; Cass., sez. II, 5 gennaio 2017, n. 138). Non vi è contraddizione, dunque, con quanto affermato da Cass. n. 20644/2004.

[8] Cfr. Cass. n. 11809/1997, cit.

[9] Si tratta di principio affermato in numerose occasioni in giurisprudenza, di recente ribadito da Cass., sez. II, 14 gennaio 2022, n. 996: "*Come ha infatti più volte evidenziato questa Corte, l'impossibilità di far valere il diritto è solo quella che deriva da cause giuridiche che ostacolano l'esercizio del diritto e non comprende anche gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto, per i quali l'art. 2941 c.c. prevede solo specifiche e tassative ipotesi di sospensione, tra le quali non rientra l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto, né il dubbio soggettivo sull'esistenza di tale diritto e il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento (v. in particolare Cass, 3584/2012)*". Sul punto, v. *infra*, par. 7.



rebbe che, una volta intervenuta l'accettazione dell'eredità devoluta per testamento, non è d'ostacolo alla decorrenza della prescrizione il fatto che il legittimario non abbia conoscenza di tale accettazione.

Proprio su questa base è stata motivata la mancata adesione alla tesi accolta da quella giurisprudenza che riconnetteva alla pubblicazione del testamento la possibilità di esercitare il diritto di impugnazione del legittimario, sempre agli effetti dell'art. 2935 cod. civ., argomentata con il fatto che tale pubblicazione consentirebbe di rendersi conto della lesione della riserva del legittimario, creando, anzi, una presunzione di conoscenza *iuris tantum* delle disposizioni contenute nel testamento [10]. Quest'ultima affermazione è esplicitamente confutata nella sentenza delle Sezioni Unite, ove si sostiene che una tale presunzione non avrebbe riscontro nelle norme, né fondamento logico; e si adduce, in contrario, una serie di ragioni legate alle modalità e alla funzione della pubblicazione del testamento olografo (e del testamento segreto), nonché alla comunicazione del testamento pubblico *ex* art. 623 cod. civ., analiticamente illustrate in motivazione [11].

Dunque, non sarebbe l'elemento della conoscenza ad incidere sulla possibilità di esercizio del diritto, e, di conseguenza, sulla decorrenza della prescrizione, bensì il dato della attualità della lesione subita dal legittimario, determinata dall'accettazione dell'eredità; un dato, quindi, oggettivo (a prescindere dalla fondatezza o meno della tesi che riconduce all'accettazione l'attualità della lesione), indipendente dal dato soggettivo della conoscenza della disposizione lesiva, ma anche dal dato della sua conoscibilità, da valutare in base a parametri oggettivi.

Può essere interessante notare come il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite, appunto fondato sulla decisiva rilevanza dell'accettazione dell'eredità, sia stato talora interpretato, anche molto autorevolmente, nel senso che tale accettazione sarebbe quella del legittimario leso, e non quella dei beneficiarî della disposizione lesiva. Coerentemente con tale lettura della sentenza, si è quindi rilevata l'impossibilità di fare applicazione del principio nell'ipotesi, non specificamente contemplata nella sentenza, di totale pretermissione del legittimario, non essendovi una delazione in suo favore; cosicché, nei riguardi di costui, la prescrizione inizierebbe a decorrere dall'apertura della successione, salvo che la pretermissione derivi da un testamento olografo, poiché, in tal caso, secondo la richiamata dottrina, la decorrenza prenderebbe data dalla pubblicazione del testamento [12].

Si tratta, però, di una lettura che non sembra riflettere l'effettivo contenuto del principio espresso nella sentenza, soprattutto alla luce di alcuni passaggî della motivazione, dai quali risulta chiara la contrapposizione tra la figura del legittimario leso e quella del beneficiario della disposizione testamentaria lesiva, la cui accettazione sarebbe, in tesi, decisiva ai fini della decorrenza della prescrizione [13]; in particolar modo nella parte in cui la Corte sottolinea che il legittimario può avvalersi dell'*actio interrogatoria ex* art. 481 cod. civ. per provocare l'accettazione del chiamato all'eredità per testamento, e sciogliere così l'incertezza legata alle

---

[10] Così Cass. n. 5920/1999, cit.

[11] In particolare, la Corte ha affermato al riguardo: a) che la pubblicazione del testamento potrebbe anche mancare; b) che essa va richiesta dalla persona che si trovi nel possesso del testamento, la quale potrebbe non coincidere con il soggetto chiamato in base ad esso, cosicché dalla richiesta di pubblicazione non potrebbe desumersi l'accettazione dell'eredità da parte del chiamato; c) che, in ogni caso, alla richiesta di pubblicazione anche da parte del chiamato non sarebbe ricollegabile un'accettazione di eredità, potendo esser fatta in adempimento dell'obbligo di cui all'art. 620 cod. civ., a meno che il chiamato non si qualifichi come erede nel relativo verbale. Afferma, poi, quanto alla comunicazione del testamento pubblico *ex* art.623 cod. civ., che essa potrebbe valere come presunzione di conoscenza per i destinatarî della comunicazione, ma non per il legittimario leso.

[12] Così, C.M. Bianca, *Diritto civile* 2.2, *Le successioni*, quinta ed., Milano, 2015, 210. Nello stesso senso, D. Achilli, *Azione di riduzione e simulazione: prescrizione, limiti probatori e condizioni dell'azione*, in *Dir. e giust.*, fasc. 6, 2017, 12 ss.

[13] Ad esempio, dove si afferma: "*... il legittimario, fino a quando il chiamato in base al testamento non accetta, rendendo attuale quella lesione di legittima che per effetto delle disposizioni testamentarie era solo potenziale, non sarebbe legittimato (per difetto di interesse) ad esperire l'azione di riduzione*".



possibili decisioni di questi in ordine all'acquisto dell'eredità. Non è dunque l'esercizio del proprio diritto di accettare l'eredità (sempre che non vi sia pretermissione totale) a condizionare e a rendere possibile – secondo l'impostazione delle Sezioni Unite – l'esercizio del diritto del legittimario di agire in riduzione (onde sarebbe lo stesso legittimario, attraverso l'esercizio di un suo diritto presupposto, a determinare il momento di decorrenza della prescrizione del diritto in questione), bensì l'esercizio dell'altrui diritto di accettare l'eredità da parte del rispettivo titolare. Riferita l'accettazione dell'eredità alla istituzione ereditaria in favore di altri, la posizione del legittimario pretermesso non è pertanto diversa da quella del legittimario semplicemente leso dal punto di vista della decorrenza della prescrizione: per l'uno e per l'altro la lesione della legittima assumerebbe concretezza con tale altrui accettazione ereditaria.

Al di là di tale alternativa interpretazione della sentenza delle Sezioni Unite, la varietà di soluzioni prospettate dalla citata dottrina, tale da ricomprendere, sia pure in relazione a ipotesi differenti, tutti i criterî individuati dalla giurisprudenza per stabilire il momento di decorrenza della prescrizione (accettazione dell'eredità, sebbene riferita all'accettazione del legittimario stesso; apertura della successione; pubblicazione del testamento), è sintomatica della complessità della questione.

2. – Le valutazioni espresse dai commentatori di tale sentenza sono eterogenee, ma, nel complesso, le critiche appaiono superiori ai consensi. Anche coloro che hanno mostrato di apprezzare nell'insieme il criterio con essa adottato hanno, in effetti, manifestato riserve e perplessità [14].

Certo, si tratta di un criterio che si espone ad alcuni rilievi immediati, come quello della impossibilità di applicazione alle disposizioni testamentarie a titolo particolare, in considerazione del modo di acquisto dei legati, che non richiede accettazione [15]. Ne consegue che, qualora la disposizione lesiva consista in un legato, la prescrizione prenderebbe data dall'apertura della successione.

Tale rilievo, di per sé, non infirma le basi del suddetto principio di diritto; piuttosto, ne circoscrive l'àmbito applicativo, non potendo operare in relazione alle disposizioni testamentarie indistintamente considerate, ma dovendo limitarsi alle sole disposizioni a titolo universale. Ciò, peraltro, comporta che, agli effetti della prescrizione dell'azione di riduzione, il legato verrebbe trattato nello stesso modo delle donazioni, creando così un disallineamento rispetto alla disciplina risultante dagli artt. 558 e 559 cod. civ. sul sistema di riduzione, uguale per tutte le disposizioni testamentarie, "senza distinguere tra eredi e legatarî", e improntato alla regola della proporzionalità e della simultaneità, diversamente dal sistema di riduzione delle donazioni, basato sul criterio cronologico successivo e retrogrado.

Una tale distonia, però, non è argomento che valga di per sé a demolire il fondamento del principio espresso, giacché decorrenza della prescrizione dell'azione e modo di operare della riduzione attengono a piani diversi; cosicché non crea un *vulnus* del sistema l'assimilazione del legato alla donazione sotto il primo profilo, sebbene la legge lo equipari alla istituzione di erede sotto il secondo profilo. Del resto, anche ad altri effetti, come è noto, legati e donazioni sono assoggettati ad un medesimo trattamento giuridico, che – stando almeno alla lettera della legge – non riguarda invece le istituzioni di eredità (cfr. artt. 552, 553, 560, 561, 564 cod. civ.), sebbene, in realtà, alcune disposizioni testualmente dettate in relazione a legati e donazioni, o a donazioni soltanto, si reputino applicabili anche alle istituzioni di erede [16].

---

[14] Cfr. F.C. FOLLIERI, *Azione di riduzione e decorrenza del termine di prescrizione*, in *Vita not.*, 2005, 855 ss., spec. 860 ss.

[15] Cfr. M. LEO, *Una soluzione che non sembra tener conto delle modalità di acquisto del legato*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 44, 17 ss.

[16] Così è per l'art. 560 cod. civ., in tema di riduzione di legati e donazioni di immobili; per l'art. 561 cod. civ., sulla libertà da pesi



Né la sistematica del codice vigente riproduce quella dell'abrogato codice, che regolava separatamente la riduzione delle disposizioni testamentarie da quella delle donazioni [17]: l'una nel titolo II del libro terzo, intitolato alle successioni (artt. 821 ss. cod. abr.), l'altra nel titolo III del medesimo libro, intitolato alle donazioni (artt. 1091 ss. cod. abr.). Anche alla luce dell'attuale sistematica codicistica, è opinione da tempo consolidata quella che riconosce l'unitarietà dell'azione di riduzione, quale che sia l'atto del *de cuius* da impugnare, nonostante il diverso meccanismo di riduzione [18]. Semmai, è proprio tale unitarietà, che accomuna tutte le disposizioni testamentarie e gli atti di liberalità *inter vivos*, più che la distinzione tra legati e donazioni da un lato, e istituzioni di erede dall'altro, a suscitare qualche perplessità nel differenziare la decorrenza della prescrizione.

Colpisce comunque il fatto che le Sezioni Unite, chiamate a dirimere un contrasto di orientamenti, non abbiano precisato gli esatti limiti del principio espresso, il quale non può essere idoneo a regolare la prescrizione dell'azione di riduzione di tutte le disposizioni testamentarie, potendo operare solo quando si tratti di ridurre disposizioni a titolo universale; o, per meglio dire, in presenza di disposizioni testamentarie a titolo universale da ridurre (il senso di questa precisazione dovrebbe risultare più chiaro alla luce di quanto tra breve si dirà con riguardo all'ipotesi di disposizioni da ridurre di diversa natura).

---

e ipoteche degli immobili oggetto di restituzione conseguente a riduzione; per l'art. 563 cod. civ., sulla riduzione di donazioni di beni immobili alienati a terzi: si reputa infatti che tali norme siano applicabili, per identità di *ratio*, anche alla riduzione delle disposizioni testamentarie a titolo universale: cfr. F. SANTORO-PASSARELLI (*Dei legittimari*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'AMELIO, *Libro delle Successioni a causa di morte e delle Donazioni*, Firenze, 1941, 306, 307, 323. Con riguardo a quest'ultimo articolo (in specie, al corrispondente articolo del libro delle successioni, emanato con R. D. 26 ottobre 1939, n. 1586), l'illustre Autore rileva che l'"angusta formulazione legislativa" dipende da un difetto di coordinamento, dovuto al fatto che tale articolo, nel codice precedente, era scritto a proposito delle donazioni); A. PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, 31 (il quale afferma che *"se non vi è una particolare* ratio *da ricercarsi volta per volta, tutte le norme dettate per la riduzione delle donazioni* (*art. 563) o delle donazioni e legati (art. 560 e 561) si estendono anche alla riduzione della istituzione di erede*"; ma non concorda sul riferito rilievo del Santoro-Passarelli, e sostiene che la genesi della formulazione dell'art. 563 cod. civ. deriva dal fatto che i compilatori trascrissero tali norme dal codice del 1865, senza avvedersi che esse erano la riproduzione di quelle del codice francese, ispirato a principî diversi: v. pure *infra*, nota 18); C.M. BIANCA, *op. cit.*, 220, nota 174, 226; U. PERFETTI, *Legittimari*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Le successioni*, Bologna, 2020, 224, 232, 234, 235. In giurisprudenza, v. Cass., sez. II, 22 marzo 2001, n. 4130; Cass., sez. II, 25 luglio 2017, n. 18280. V. però App. Venezia, 31 ottobre 2018, n. 2962 (in *Redaz. Giuffrè*, 2019), la quale ha escluso che l'art. 560, comma 1, cod. civ., si applichi alle istituzioni di erede, perché lo stato di comunione ereditaria che si viene a creare (o a modificare, secondo che vi sia preterizione totale o lesione senza preterizione) tra il legittimario e il beneficiario della disposizione istitutiva potrebbe sciogliersi solo con l'azione di divisione ereditaria sull'intero patrimonio del defunto. Anche rispetto alla regola di cui all'art. 564, comma 2, cod. civ., sulla imputazione *ex se* di legati e donazioni, si afferma che l'imputazione dovrebbe ricomprendere anche i beni che si ricevono in qualità di erede: così, L. FERRI, *op. cit.*, 217-218; G. CAPOZZI, *op. cit.*, 542; V. BARBA, *op. cit.*, 316. Come nota, però, A. PALAZZO (*Riduzione (azione di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII), la disciplina introdotta dal d.l. n. 35/2005, che ha inciso sull'art. 563 (e sull'art. 561) cod. civ., ed in applicazione della quale non è più esperibile l'azione restitutoria contro gli aventi causa del donatario una volta decorso il ventennio dalla trascrizione della donazione senza che sia stata notificata (e poi trascritta) al donatario e ai suoi aventi causa l'opposizione alla donazione ad opera dei soggetti indicati dalla norma, riduce l'interpretazione tradizionale della dottrina, secondo la quale l'art. 563 cod. civ., benché riferito alle sole donazioni, si applicherebbe anche alle disposizioni testamentarie lesive della legittima.

[17] Nel vigore del codice precedente, si era sostenuta, infatti, la tesi della diversità delle azioni di riduzione in funzione della diversa natura delle disposizioni da ridurre: cfr. F. DEGNI, *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte. La successione testamentaria*, II, Padova, 1934, 287.

[18] A. PINO, *op. cit.*, 24 ss. L'Autore svolge una accurata analisi storico-comparatistica, con particolare riguardo alla trasposizione di alcune norme del *Code civil* nel nostro codice del 1865 sulla impugnazione di atti del *de cuius* lesivi della legittima, per confutare le tesi intese a distinguere le relative azioni secondo che si tratti di impugnare disposizioni testamentarie o invece donazioni lesive della legittima (o anche secondo che si tratti di istituzioni di erede o invece di legati), appunto concludendo per la unicità dell'azione. In giurisprudenza, sottolineano la unitarietà dell'azione di riduzione Cass., sez. II, 1 dicembre 1993, n. 11873; Cass., sez. II, 2 dicembre 2015, n. 24521, anche in considerazione della disciplina, appunto unitaria, dettata in materia di trascrizione (art. 2652, n. 8, cod. civ.) delle domande di riduzione di donazioni e di disposizioni testamentarie.



Altro motivo di critica quasi intuitivo deriva dal rilievo delle difficoltà ed incertezze nelle quali verrebbe a trovarsi il legittimario con riguardo all'ipotesi di accettazione tacita dell'eredità [19], solo incidentalmente evocata nella sentenza di cui si discorre, senza far cenno a tali difficoltà [20]: per non rischiare di incorrere nella prescrizione, egli dovrebbe infatti farsi carico di individuare tutti gli atti e le condotte dei chiamati all'eredità potenzialmente idonei a comportare un'accettazione *ex* art. 475 cod. civ., e di svolgere valutazioni, spesso non semplici, intorno alla rilevanza di tali atti e condotte per stabilire se essi davvero integrino accettazione tacita, o se non siano invece espressione dei poteri di conservazione, di amministrazione temporanea e di vigilanza attribuiti al chiamato in pendenza dell'accettazione.

Il principio in esame è stato criticato anche in considerazione dell'ipotesi di lesione della legittima provocata da una pluralità di atti: disposizioni testamentarie, eventualmente sia a titolo universale, sia a titolo particolare, e atti di liberalità *inter vivos*. Attenendosi al suddetto principio, la decorrenza del termine di prescrizione per agire in riduzione dovrebbe individuarsi nella data di accettazione dell'ultimo dei chiamati all'eredità per testamento, poiché solo a tal punto si determinerebbe la lesione, nella sua effettiva misura; e ciò, anche in presenza di legati e di donazioni, che invece, in assenza di disposizioni testamentarie a titolo universale, determinerebbero la decorrenza della prescrizione a partire dall'apertura della successione. Il che equivarrebbe anche a dire che, nell'ipotesi cennata, fino all'accettazione dell'ultimo dei chiamati, il legittimario non potrebbe agire in riduzione, non solo nei confronti del chiamato che non abbia ancora accettato, ma neppure nei confronti dei legatarî; né – ove servisse, per la insufficienza della riduzione delle disposizioni testamentarie ad integrare la legittima – dei donatarî [21].

Secondo un'altra dottrina, invece, nel caso in cui la riduzione delle sole disposizioni testamentarie non bastasse ad integrare la quota di riserva, e occorresse perciò impugnare le donazioni, non potendosi ipotizzare una decorrenza differenziata della prescrizione, poiché l'azione è unica, il decorso della prescrizione dovrebbe prendere data dall'apertura della successione [22].

L'una e l'altra opinione assumono, dunque, che la decorrenza della prescrizione sarebbe la medesima per tutti gli atti del *de cuius* da impugnare con l'azione di riduzione. Il che appare corretto, senza possibilità di

---

[19] F.C. Follieri, *op. cit.*, 861.

[20] La sentenza vi fa cenno nel contesto – già sopra richiamato (nota 11) – di una ricognizione della disciplina e della funzione della pubblicazione del testamento, volta a confutare il riferito orientamento, che a tale pubblicazione ricollega la data di decorrenza della prescrizione dell'azione di riduzione, là dove la Corte precisa che alla pubblicazione del testamento può essere ricondotta l'accettazione tacita di eredità (e quindi la decorrenza della prescrizione del diritto di agire in riduzione) solo quando il chiamato assuma nel relativo verbale la qualità di erede.

[21] Così. E. Bilotti, *Tre questioni in tema di tutela dei legittimari: la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di riduzione; la nullità per preterizione della divisione testamentaria e la posizione giuridica del legittimario pretermesso; la disposizione testamentaria dell'usufrutto universale a favore del coniuge con istituzione* ex asse *dei figli*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, parte prima, 825. Le ulteriori questioni menzionate nel titolo dell'opera rispetto a quella della prescrizione dell'azione sono oggetto della sentenza delle Sezioni Unite, ma esulano dal tema qui in esame, e non occorre richiamarle, se non con riferimento alla posizione del legittimario pretermesso in relazione alla nullità della divisione *ex* art. 735 cod. civ.: sul punto, la sentenza afferma che il legittimario escluso dall'eredità potrebbe far valere la nullità proponendo la relativa azione dichiarativa, la quale assorbirebbe l'azione di riduzione, che dunque il legittimario pretermesso non avrebbe l'onere di proporre. L'Autore rileva in proposito che tale soluzione si fonderebbe sulla tesi, diffusa in passato, secondo la quale il legittimario, anche se escluso dal testatore, acquisterebbe (accettando) la qualità ereditaria in forza di una vocazione *ex lege* (p. 826); mentre gli interpreti contemporanei concordano generalmente sul fatto che la qualità di erede può essere conseguita dal legittimario preterito solo attraverso il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione (v. *infra*). V. pure A. Palazzo (*op. loc. cit.*), il quale, nel quadro di una trattazione relativa all'opposizione alla donazione *ex* art. 563, comma 4, cod. civ., rileva che Cass., sez. un., n. 20644/2004 "*fa decorrere il termine decennale per l'esperimento dell'azione di riduzione dall'accettazione dell'eredità, quando, oltre all'atto di liberalità, vi siano altre disposizioni ereditarie del medesimo dante causa, da cui possa derivare una lesione*".

[22] V. Barba, *op. cit.*, 365.



fare distinzione secondo che le impugnazioni siano proposte nello stesso processo, o invece in separati processi. È insegnamento comune, in effetti, quello che esclude la necessità di litisconsorzio nell'azione di riduzione [23], sia dal lato attivo, tale cioè da richiedere che tutti i legittimarî lesi agiscano nello stesso processo; sia dal lato passivo, tale cioè da richiedere che tutti i soggetti gratificati da disposizioni lesive dei diritti di uno o più legittimarî siano convenuti nello stesso processo. Dovrebbe pertanto ammettersi la possibilità di agire solo contro alcuni dei legittimati passivi [24], e perciò di domandare la riduzione di alcune disposizioni e non di altre (nel rispetto dei criterî legali sul modo di ridurre disposizioni testamentarie e donazioni [25]); come pure dovrebbe ammettersi che, chiesta la riduzione di una disposizione in un primo giudizio, possa chiedersi la riduzione di altre in successivi giudizî, fermi restando i limiti soggettivi dei rispettivi giudicati, che quindi investiranno le sole parti dei relativi processi; mentre l'estensione oggettiva del giudicato comporterà che la reintegrazione della quota del legittimario sarà limitata alla misura della lesione provocata dalle disposizioni testamentarie o dalle donazioni ridotte con la sentenza dalla quale il giudicato promana (potendosi, appunto, dare il caso di una pluralità di sentenze, che riducano disposizioni differenti, emesse nei confronti dei rispettivi beneficiarî).

La possibilità di un tale frazionamento della tutela giurisdizionale, tuttavia, non dovrebbe incidere sulla decorrenza della prescrizione. Il già rammentato carattere unitario dell'azione, e le relazioni tra i varî atti impugnabili determinate dal modo con il quale essi vanno ridotti (cfr. artt. 555, comma 2, 558 e 559 cod. civ.), non consentono di rendere indipendenti le relative impugnazioni agli effetti anzidetti, quand'anche tali impugnazioni siano separatamente proposte. Non potrebbe quindi condividersi l'ipotesi – qualora fosse riferita ad una medesima successione – prospettata da un Autore quale *argumentum ab inconvenienti* per disattendere il criterio elaborato dalle Sezioni Unite, alla cui stregua si determinerebbero differenti *dies a quibus* in relazione alla differente natura delle disposizioni lesive (data di apertura della successione rispetto a donazioni e legati; data di accettazione dell'eredità rispetto a istituzioni di erede), così da provocare una disparità di trattamento, che l'Autore definisce irragionevole, poiché il legittimario che intendesse impugnare una disposizione a titolo universale avrebbe molto più tempo a disposizione, a paragone con il caso in cui intendesse impugnare donazioni o legati [26]. Una decorrenza differenziata della prescrizione, determinata dalla natura della disposizione da impugnare, è bensì esplicitamente contemplata nella sentenza del 2004, ma deve inten-

---

[23] V. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2022, 206. In giurisprudenza, v. Cass., sez. II, 27 agosto 2020, n. 17926.

[24] Così, U. Perfetti, *op. cit.*, 204-205. Nella sentenza citata nella nota precedente si legge: "*L'azione può quindi essere esercitata nei confronti di uno solo degli obbligati alla integrazione della quota spettante al legittimario e spiegare effetto solamente nei suoi confronti in caso di accoglimento*", sebbene la definizione di "obbligati alla integrazione della quota spettante al legittimario" non possa reputarsi corretta per le ragioni che saranno in séguito chiarite.

[25] La stessa dottrina richiamata nel testo, pur definendo la questione opinabile, ammette tale possibilità, almeno in relazione alle disposizioni testamentarie, salvo il caso in cui il testatore abbia espresso una preferenza nella riduzione *ex* art. 558, comma 2, cod. civ., precisando, come è logico, che una scelta siffatta può andare in pregiudizio solo del legittimario che si sia in tal senso determinato, non certo del beneficiario contro il quale sia stata chiesta la riduzione. Diversamente, rispetto alle donazioni, l'ordine previsto per legge da seguire per la loro riduzione esclude l'arbitrio del legittimario (V. Barba, *op. cit.,* 341). Il principio di inderogabilità dell'ordine di riduzione delle donazioni, tradizionalmente reputato intangibile, è stato recentemente messo in discussione. Si è sostenuta infatti la validità di accordi modificativi di tale ordine, che, senza incidere sui diritti dei legittimarî, si fondino sul consenso dei donatarî che risulterebbero sfavoriti dall'alterazione del criterio legale. Tali accordi non configurerebbero patti successorî istitutivi o rinunciativi, potendo, semmai, configurare patti dispositivi, i quali, però, non sarebbero necessariamente nulli, in quanto non comporterebbero la lesione dei principî di cui la lettera della legge (l'art. 458 cod. civ.) è espressione (così, G. Perlingieri, *Derogabilità del criterio cronologico di riduzione delle donazioni e divieti dei patti successori*, in *Dir. succ. fam*., 2020, 169 ss.).

[26] M. Quargnolo, *Il termine iniziale di prescrizione dell'azione di riduzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 760-761.



dersi riferita a successioni diverse (anche su questo aspetto, una precisazione da parte delle Sezioni Unite sarebbe stata opportuna).

Pertanto, quand'anche il legittimario ripartisse la sua tutela in differenti processi e nei riguardi di disposizioni di diversa natura, vi sarebbe la necessità di individuare un'unica data di decorrenza della prescrizione; la quale, facendo applicazione del principio stabilito dalle Sezioni Unite, andrebbe collocata nel punto più avanzato nel tempo tra i due presi in considerazione, ossia nel momento di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in forza della disposizione testamentaria lesiva, piuttosto che in quello di apertura della successione. Tale conclusione si giustifica, non tanto perché, diversamente opinando, il suddetto principio finirebbe per essere disapplicato tutte le volte in cui, oltre a disposizioni testamentarie a titolo universale, vi fossero donazioni da ridurre; e neppure in considerazione di una ipotetica prevalenza delle esigenze del legittimario su quelle altrui di certezza e stabilità dei rapporti giuridici; quanto perché, se si muove dall'assunto che è tale accettazione a perfezionare la fattispecie della lesione della legittima, solo una volta completata tale fattispecie [27], potrà determinarsi, non solo l'esistenza di una lesione, che legati o donazioni potrebbero già bastare a provocare, ma anche la sua misura, la cui indicazione è necessaria per proporre l'azione, gravando sull'attore l'onere di indicare in quali limiti la riserva sia stata violata [28], e anche per capire se effettivamente debba farsi luogo a riduzione delle donazioni per l'insufficienza del *relictum.*

Come può notarsi, la soluzione fornita dalle Sezioni Unite non dà una risposta definitiva a tutte le possibili questioni, sollevandone, anzi, di nuove rispetto a quelle che si potrebbero riconnettere alla soluzione unitaria fornita dall'orientamento più tradizionale, che riconduce in ogni caso al momento di apertura della successione. Il dibattito che essa ha aperto a suo tempo, e che – come si è notato – ha perduto vivacità negli anni seguenti, meriterebbe perciò di essere ripreso.

Inoltre, sul piano della certezza dei rapporti giuridici, è facile osservare come l'applicazione del criterio accolto dalle Sezioni Unite, a paragone con gli altri criterî individuati dagli interpreti, possa condurre ad una dilatazione assai notevole del tempo disponibile per la proposizione dell'azione di riduzione. Infatti, ferma restando la possibilità di comprimere tale tempo attraverso l'*actio interrogatoria*, che comunque presuppone quantomeno la conoscenza di una vocazione in favore di altri, non potendosi certo proporre *in incertam personam* l'azione *ex* art. 481 cod. civ., si comprende come, appunto in applicazione del suddetto criterio, al decennio prescrizionale del diritto di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in forza della disposizione lesiva potrebbe sommarsi l'ulteriore decennio, entro il quale si prescriverebbe l'azione di riduzione del legittimario leso.

3. – Talora è stata ipotizzata una sorta di simmetria, o comunque di connessione molto stretta, tra il diritto di accettare l'eredità e quello di chiedere la reintegrazione della quota di riserva, dalla quale dovrebbe discendere una uniformità di disciplina rispetto alla decorrenza della prescrizione: vale a dire che la decorrenza

[27] Osserva U. PERFETTI (*op. cit.*, 206), che, in mancanza dell'accettazione, non si perfeziona la fattispecie in grado di pregiudicare il diritto del legittimario, a differenza della donazione e del legato, la lesività dei quali si manifesta già al momento dell'apertura della successione. Con riguardo a donazioni e legati, peraltro, potrebbe osservarsi, ragionando in termini di perfezionamento della fattispecie, che l'apertura della successione, più che "manifestare" il carattere lesivo di tali liberalità, lo determina. La "manifestazione" attiene di per sé al profilo della conoscibilità di tale carattere lesivo, e dunque ad un aspetto che, secondo il punto di vista espresso dalle Sezioni Unite, non assumerebbe rilevanza.

[28] Sugli oneri di allegazione e di prova ai quali è soggetto il legittimario attore nel giudizio di riduzione, v. ampiamente Cass., sez. II, 2 settembre 2020, n. 18199.



della prescrizione dell'azione di riduzione, non regolata dalla legge, dovrebbe conformarsi – secondo alcuni autori – a quella della prescrizione del diritto di accettare l'eredità, regolata dall'art. 480, comma 2, cod. civ., che individua nel giorno dell'apertura della successione il *dies a quo* [29].

Posto che il cennato parallelismo si svolge, per così dire, in una prospettiva unitaria, ossia dal punto di vista di un legittimario, che sia destinatario di una delazione ereditaria, e che veda però menomata la sua quota di riserva da disposizioni di cui potrebbe domandare la riduzione, laddove l'accettazione di eredità alla quale la sentenza delle Sezioni Unite annettono l'effetto di far decorrere la prescrizione del diritto del legittimario di agire in riduzione è quella proveniente del soggetto istituito con la disposizione da ridurre, tale parallelismo non si giustifica neppure nella cennata prospettiva.

Qualora egli sia stato pretermesso, ed intenda reclamare la sua quota di riserva (che non sia stata soddisfatta mediante donazioni o legati [30]), l'acquisto dell'eredità da parte sua sarà una conseguenza, non di un'accettazione di eredità, ma – come è stato autorevolmente osservato – di un meccanismo complesso, in cui l'atto di accettazione rimane assorbito, poiché il reclamo della quota non implica accettazione, consistendo in un atto di natura diversa, che, nella fattispecie di acquisto dell'erede necessario, sostituisce l'accettazione in ordine cronologico inverso rispetto a quello in cui l'accettazione si inserisce, completandola, nella fattispecie di acquisto dell'eredità per vocazione testamentaria o intestata. In questo caso, ad aprire il ciclo formativo dell'acquisto, vi è un atto di volontà del legittimario, e, a chiuderlo, la sentenza che accoglie la domanda; cosicché la delazione della quota coincide con l'acquisto [31].

Sulla effettiva posizione del legittimario pretermesso conseguente alla sentenza che accolga la sua domanda, oltre ad opinioni significativamente diverse in dottrina, si registra una certa ambiguità in giurisprudenza: alcune pronunce sembrano infatti ricollegare l'acquisto dell'eredità a tale sentenza, una volta divenuta

---

[29] Cfr. P. VITUCCI, *op. cit.*, 140. A tale impostazione sembra aderire A. BUCELLI (*Azione di riduzione e decorrenza della prescrizione: l'ultima parola alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2005), che pur segnala ragioni di perplessità in merito a tale affermazione, osservando che, se l'esercizio dell'azione di riduzione dovesse equivalere ad accettazione tacita dell'eredità, occorrerebbe applicare l'art. 480 cod. civ. V. poi S. SAMMARTANO, *Termine decennale nella successione*, in *Vita not.*, 1999, 1254, secondo il quale dall'art. 480 cod. civ. "*si può evincere indirettamente il* dies a quo". L'Autore spiega l'affermazione facendo riferimento al caso del legittimario pretermesso, che agendo in riduzione, compie un atto di accettazione dell'eredità, il quale deve essere compiuto entro dieci anni dall'apertura della successione, e non dalla pubblicazione del testamento. Sul rapporto tra esercizio dell'azione di riduzione da parte del legittimario pretermesso e accettazione dell'eredità, v. subito appresso nel testo.

[30] L'ipotesi di soddisfazione della quota di riserva mediante donazioni o legati in conto di legittima è richiamata da L. FERRI (*op. cit.*, 7) a sostegno della sua già rammentata tesi, secondo la quale la legittima non è quota di eredità, ma *pars bonorum.* Più recentemente si è affermato che l'attribuzione al legittimario della qualità di erede può essere strumentale a fargli conseguire la quota di patrimonio riservatagli dalla legge, ma che essa non è una necessità generale, come mostra il fatto che la legittima può essere soddisfatta mediante donazioni. L'acquisto della qualità di erede non è quindi l'interesse protetto dalla legge, ma uno strumento tecnico, talora necessario per realizzare l'interesse realmente protetto, consistente, appunto, nel conseguimento di una quota del patrimonio decennale ereditario (V. BARBA, op. cit., 26 ss., in linea con il pensiero del Mengoni, per il quale la riserva non è finalizzata a far acquistare al coniuge e ai parenti in linea retta la qualità di erede, ma a consentire loro di ottenere una certa porzione del patrimonio, fornendo loro, a tale scopo, il titolo ereditario, come quello che offre una tutela più forte: L. MENGONI, *op. cit.*, 61).

[31] Così L. MENGONI, op. cit., 239-240, per il quale il reclamo della quota di riserva non è un'accettazione "ora per allora". Egli afferma che la regola espressa dall'art. 459 cod. civ., secondo la quale "non è erede chi non vuole", ha ragion d'essere rispetto ad una eredità deferita senza la volontà del chiamato; mentre, nel caso del legittimario preterito che reclami la sua quota, la vocazione a tale quota si apre proprio con un suo atto di volontà, ossia con la domanda di riduzione. V. pure G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1977, 89, ove si discorre al riguardo di delazione assoggettata a un particolare regime, per il fatto che essa comporta il potere del chiamato di determinare il verificarsi della successione a proprio favore, non per il tramite di "mero atto di accettazione", ma tramite l'esperimento utile dell'azione di riduzione; e si solleva altresì il dubbio se, nel frattempo, spettino al legittimario i poteri di conservazione del patrimonio ereditario che normalmente spettano al chiamato.



definitiva; altre sembrano invece riconoscere al legittimario vittorioso nell'azione di riduzione la qualità di chiamato all'eredità, la quale dovrebbe perciò essere da costui ancora accettata (nel termine decennale di prescrizione, che dunque decorrerebbe dal giudicato formatosi sulla sentenza di riduzione)[32]; ma né dalle une, né dalle altre è dato di trarre indicazioni chiare ed univoche sul punto[33]. Se si conviene, però, che, nell'ipotesi di totale preterizione, l'acquisto dell'eredità prescinde dall'accettazione, ma avviene in virtù della sentenza di accoglimento dell'azione di riduzione, non si può ricollegare a tale sentenza l'effetto di una delazione ereditaria, soggetta ad accettazione[34].

Prendendo poi in esame l'ipotesi del legittimario leso ma non pretermesso, nel caso di azione diretta contro soggetti diversi da quelli chiamati come coeredi, egli sarà tenuto ad accettare con beneficio di inventario per rispettare la condizione di ammissibilità prevista dall'art. 564, comma 1, cod. civ.: la sua accettazione dovrà quindi precedere la proposizione dell'azione. Potrebbe peraltro accadere che egli agisca senza aver soddisfatto tale condizione, o perché abbia accettato puramente e semplicemente, o perché non abbia affatto accettato: in questo secondo caso, sarebbe la stessa proposizione dell'azione a fungere da atto di accettazione tacita, e quindi pura e semplice: in entrambi i casi, rimarrebbe esclusa la possibilità di una successiva accettazione beneficiata[35], e l'azione risulterebbe inammissibile.

---

[32] V. infatti A. PINO, *op. cit.*, 133, per il quale il termine per accettare l'eredità decorrerebbe dalla sentenza di riduzione. Tale opinione è reputata "insostenibile" dal MENGONI (*op. loc. ult. cit.*).

[33] Affermano che, con l'accoglimento (definitivo) dell'azione di riduzione, il legittimario pretermesso acquista la qualità di erede: Cass., sez. II, 15 giugno 2006, n. 13804; Cass., sez. II, 29 maggio 2007, n. 12496; Cass., sez. I, 20 novembre 2008 (la quale evoca in proposito "*il costante orientamento di questa Corte*"); Cass., sez. II, 7 febbraio 2020, n. 2914 (non proprio esplicitamente: "*le attuali ricorrenti non avrebbero potuto acquistare la qualità di eredi fino a quando non fosse stata ridotta la donazione*"; affermazione che non esclude la diversa lettura); Cass., sez. II, 13 gennaio 2010, n. 368; Cass., sez. II, 25 luglio 2017, n. 18280; Cass., sez. VI, 26 ottobre 2017, n. 25441; Cass., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4528 (che sottolinea la necessità, a tal fine, del passaggio in giudicato della sentenza). Affermano invece che, in tal modo, egli acquista la qualità di chiamato all'eredità: Cass., sez. II, 3 dicembre 1996, n. 10775; Cass., sez. III, 12 gennaio 1999, n. 251; Cass., sez. II, 7 ottobre 2005, n. 19527. Nessuna di tali sentenze, tuttavia, dà specifico rilievo alla distinzione. Si è precisato in dottrina che l'acquisto della qualità di erede da parte del legittimario preterito consegue all'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione unitamente alla delazione *ex lege* prodottasi con la rimozione dell'effetto preclusivo delle disposizioni lesive ridotte (così, M.C. TATARANO, (*La successione necessaria*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, seconda ed., Napoli, 2013, Tomo primo, 521). Osserva G. PERLINGIERI, muovendo dalla distinzione tra vocazione e delazione (*contra*, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 61, per il quale tale distinzione, che non ha riscontro nella legge, porta a duplicare lo stesso concetto), che il legittimato pretermesso, il quale non può acquistare l'eredità al momento dell'apertura della successione, similmente al chiamato sotto condizione sospensiva, e diversamente dal legittimario semplicemente leso, deve considerarsi vocato (*ex lege*), ma non delato; sì che, fino all'esercizio dell'azione di riduzione e all'ottenimento della relativa sentenza costitutiva, non può acquistare l'eredità, ma può soltanto condizionare l'accettazione espressa (non necessariamente beneficiata, e semmai contenuta nell'atto introduttivo del giudizio) e il conseguente acquisto al buon esito del giudizio di riduzione (G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, cit., 217).

[34] V. però l'obiezione sollevata da V. BARBA, *op. cit.*, 386-387, il quale sostiene che la sentenza di riduzione non attribuisce al legittimario pretermesso automaticamente la qualità di erede, ma la posizione di chiamato alla quota ereditaria, osservando che, in tal modo, il legittimario potrà accettare con beneficio di inventario. Secondo l'Autore, la diversa opinione sarebbe irrazionale, e anche incostituzionale, poiché costringerebbe il legittimario pretermesso all'alternativa di dover accettare puramente e semplicemente o di non dover agire con l'azione di riduzione. Secondo Gius. AZZARITI (*op. cit.*, 61 ss., 152; e già in *Il legittimario è erede?,* in *Dir. e giur*., 1933, 33 ss.), il legittimario che non sia investito della qualità ereditaria non può conseguirla con l'azione di riduzione; per effetto del cui accoglimento, quindi, egli non diviene partecipe di una comunione ereditaria; altrimenti, tale azione si trasformerebbe in una *petitio hereditatis*. Potrebbe – sempre secondo l'Azzariti – determinarsi una comunione, ma non equiparabile alla comunione ereditaria provocata dalla delazione di più eredi (v. invece Cass., sez. II, 4 dicembre 2015, n.24755: *"Quando l'azione di riduzione riguarda le disposizioni a titolo universale con le quali sono stati nominati eredi testamentari, il legittimario interamente pretermesso acquista, con la riduzione, la qualità di erede pro quota, che lo rende partecipe della comunione ereditaria"*). Anche per L. FERRI (*op. cit.*, 10-11), la riduzione non incide sulla istituzione di altri nell'eredità, rimuovendola in tutto o in parte, per far spazio al legittimario come erede in tutto o in parte.

[35] Cfr. Cass., sez. II, 19 ottobre 2012, n. 18068, la quale richiama il principio già altre volte espresso dalla Corte, secondo il quale



Infine, nel caso di azione del legittimario leso ma non pretermesso, che sia diretta contro persone chiamate come coeredi, non soggetta perciò alla anzidetta condizione di ammissibilità, l'accettazione, beneficiata o meno, potrebbe precedere la proposizione dell'azione; ma potrebbe anche non precederla, poiché, come si è detto, la stessa proposizione dell'azione, in mancanza di accettazione precedente, varrebbe come accettazione (tacita) pura e semplice; senza incidenza, però, in questo caso, sull'ammissibilità dell'azione.

Accettazione dell'eredità e azione di riduzione hanno pertanto solo parziali spazî di coincidenza; il che non basta a giustificare la postulata necessità di uniformare i rispettivi regimi prescrizionali [36].

4. – A parte i riferiti rilievi provenienti da numerosi studiosi, che mettono in luce perplessità e inconvenienti legati all'applicazione del principio contenuto nella sentenza delle Sezioni Unite, l'analisi critica dovrebbe rivolgersi innanzitutto verso il nucleo fondamentale della decisione assunta, ossia verso la tesi secondo la quale, come si è visto, la lesione del diritto del legittimario si consumerebbe soltanto con l'accettazione, e conseguente acquisto, dell'eredità da parte del chiamato (per testamento), poiché, in pendenza dell'accettazione, la lesione sarebbe solo potenziale.

La distinzione, tracciata nella sentenza delle Sezioni Unite, tra lesione potenziale, prima dell'accettazione, e lesione attuale, che consegue all'accettazione, come pure l'affermazione della assenza di danno in pendenza dell'accettazione (altrui), si riconducono al dato dell'acquisto dell'eredità per effetto dell'accettazione da parte del beneficiario della relativa disposizione testamentaria, e – come sopra si è accennato – possono inquadrarsi in termini di fattispecie complessa: al momento dell'apertura della successione, l'istituzione di un erede in pregiudizio dei legittimarî corrisponde ad una fattispecie *in itinere*, che l'accettazione dell'istituito potrà completare [37].

Più opinabile è l'ulteriore affermazione contenuta nella sentenza, secondo la quale, in tale situazione di pendenza, il legittimario "*non sarebbe legittimato (per difetto di interesse) ad esperire l'azione di riduzione*". La sovrapposizione, rilevabile in tale proposizione, tra le condizioni dell'azione civile della legittimazione e dell'interesse appare infatti impropria. L'una, relativa alla individuazione dei soggetti titolari del diritto di azione, non pone questioni particolari rispetto ai legittimarî (si tratta, quindi, solo di verificare la qualità di legittimario in capo all'attore): se ciò non fosse già implicito nel sistema della successione necessaria, vi sarebbe comunque la disposizione dell'art. 557, comma 1, cod. civ. a riconoscere *in claris* la sussistenza di tale condizione dell'azione in capo a costoro. I problemi interpretativi suscitati dalla citata disposizione riguardano, semmai, altri soggetti, anche in considerazione al riferimento normativo agli aventi causa [38].

---

l'esperimento dell'azione di riduzione implica un atto di accettazione tacita pura e semplice dell'eredità, escludendo la possibilità di una successiva accettazione beneficiata.

[36] Nel quadro delle considerazioni riferite in nota 31, il Mengoni (*op. cit.*, 37) espressamente discorre di estraneità dell'art. 459 cod. civ. al regolamento della successione necessaria. In giurisprudenza, v. Cass., sez. II, 20 giugno 2019, n. 16623, la quale sottolinea le "*le differenti nature dell'azione di riduzione e dell'accettazione di eredità: la prima ... di contenuto patrimoniale; l'altra, strettamente personale, ed implicante profili di carattere morale e sociale*". La stessa sentenza coglie però alcuni aspetti di analogia tra le due situazioni (v. *infra*, nota 38).

[37] V. nota 27.

[38] La questione si è posta, in particolare, rispetto ai creditori del legittimario, ai quali la maggioranza degli interpreti riconosce il potere di agire in riduzione nell'esercizio dell'azione surrogatoria nell'inerzia del legittimario debitore. V. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., 316; A. PINO, *op. cit.,* 68 ss.; L. MENGONI, *op. cit.,* 241 ss. La legittimazione surrogatoria dei creditori del legittimario è stata affermata anche in virtù dell'*argumentum a fortiori* offerto dall'ultimo comma dell'art. 557 cod. civ., dal quale si deduce (in questo caso, mediante *l'argumentum a contrario*) che i creditori del defunto sono legittimati a proporre l'azione in caso di



Qualche considerazione in più richiede invece l'analisi dell'interesse ad agire in riduzione. Essa richiama l'attenzione sulla natura dell'azione e della situazione giuridica sottostante. Si è già riferito della tesi che qualifica come diritto reale il diritto del legittimario, e delle difficoltà di inquadramento dell'azione di riduzione confessate, per così dire, dall'Autore che tale tesi ha sviluppato [39]. Da tale inquadramento della situazione giuridica sostanziale discenderebbe la natura reale della relativa azione, che potrebbe, secondo il tipo di richiesta in concreto formulata, atteggiarsi come azione dichiarativa, o invece di condanna. Si tratta, però, di una tesi isolata, pur trovando qualche riscontro in dottrine molto risalenti. L'opinione largamente maggioritaria attribuisce all'azione di riduzione natura personale di contenuto costitutivo, o, come spesso si afferma proprio con riguardo a tale azione, di accertamento costitutivo [40], idonea quindi a consentire la realizzazione di un diritto potestativo ad attuazione giudiziale necessaria. La natura personale dell'azione discende quindi dal fatto che, con essa, si fa valere un diritto potestativo, non un diritto di credito [41].

---

accettazione pura e semplice dei legittimarî (così divenendo creditori personali del legittimario, per effetto della confusione dei patrimonî), giacché la suddetta disposizione esclude che essi possano agire se vi sia stata accettazione con beneficio di inventario: se quindi sono ammessi ad agire, in tale caso, i creditori del defunto, non vi sarebbe ragione di escludere i creditori personali "originarî" del legittimario. L'esercizio dell'azione in via surrogatoria presuppone, inoltre, l'inerzia del legittimario; il che pone il problema della discrezionalità del legittimario nell'esercizio dell'azione, almeno quando la sua inattività non sia valutabile come comportamento concludente, significativo della volontà di non esercitare il diritto, o proprio di rinunziarvi (v. in proposito U. PERFETTI, *op. cit.*, 207 ss.). In tal caso, l'esercizio dell'azione dei creditori richiede la rimozione, tramite l'azione revocatoria, dell'atto di disposizione del legittimario. L'esercizio surrogatorio dell'azione di riduzione potrebbe anche fondarsi su un'applicazione analogica dell'art. 524 cod. civ.: cfr. Cass., sez. II, 20 giugno 2019, n. 16623; App. Napoli, 12 gennaio 2018, n. 118, in *Riv. not.,* 2018, II, 649, riferite in particolare alla legittimazione dei creditori del legittimario totalmente pretermesso. La seconda pronuncia si esprime anche sulla legittimazione del curatore del fallimento, nel caso di legittimario fallito, ammettendo tale legittimazione sulla base dell'art. 43 l.f., e quindi in via diretta. La sentenza della Cassazione, che mostra adesione alle posizioni della dottrina sopra citata, tratta in termini ampî, con un articolato ragionamento di ordine sistematico, il problema della legittimazione dei creditori. Essa muove dalle seguenti affermazioni: che i creditori del legittimario vanno ricompresi nella categoria degli "aventi causa", di cui all'art. 557, comma 1, cod. civ.; che il diritto del legittimario ha contenuto patrimoniale e non è indisponibile, e che non sussistono, quindi, da tale punto di vista, limiti all'applicazione dell'art. 2900 cod. civ.; che la legittimazione dei creditori del legittimario può anche ricavarsi dalla disposizione dell'ultimo comma dell'art. 557 cod. civ., il quale non ammette i creditori del defunto all'esercizio dell'azione qualora il legittimario abbia accettato con beneficio di inventario, ammettendoli pertanto nel caso di accettazione pura e semplice, la quale rende tali creditori anche creditori personali dell'erede in conseguenza della confusione dei patrimonî; cosicché non vi è ragione di distinguere costoro dagli originarî creditori personali del legittimario (v. sopra). Ponendosi, a questo punto, il problema rispetto ai creditori del legittimario totalmente pretermesso, la Corte sostiene la necessità di valorizzare la norma dell'art. 524 cod. civ., ravvisando "forte analogia" tra la situazione in esame e quella assunta nella fattispecie regolata da tale norma (e tuttavia richiamando le differenti nature dell'azione di riduzione e dell'accettazione di eredità: v. nota 36), e sottolinea che, poiché l'impugnazione ivi prevista non comporta accettazione dell'eredità in capo al chiamato rinunciante, tale norma non prende in considerazione la qualità di erede, ma si limita ad attribuire una speciale legittimazione ai creditori del rinunciante, riconducibile ad una peculiare figura di surrogatoria. Da ciò potrebbe farsi discendere la speciale legittimazione surrogatoria dei creditori, la quale realizzerebbe una interferenza di natura eccezionale nella sfera del debitore, contemperando gli interessi dei creditori, anche rispetto ai casi di preterizione di comodo (c.d. "diseredazione amica"), con il principio secondo il quale nessuno può essere costretto ad acquisire contro la sua volontà la qualità di erede. Per V. BARBA, *op. cit.*, 332 ss., la soluzione accolta in tale sentenza non corrisponderebbe ad una forma di esercizio dell'azione in via surrogatoria, ma ad un'ipotesi speciale di matrice giurisprudenziale. Secondo questo Autore, i creditori del legittimario non potrebbero essere ricompresi nella categoria degli aventi causa. *Contra* A. PINO, L. MENGONI, *opp. locc. citt.* Nella dottrina più recente, il problema è trattato estesamente da M. TATARANO, *Il sistema delle tutele dei creditori particolari del legittimario leso*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 207 ss., e da I.L. NOCERA, *La tutela dei creditori del legittimario*, Torino, 2020, 26 ss., 119 ss.

[39] V. nota 1.

[40] F. SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla successione necessaria*, Padova, 1936, 75; A. PINO, *op. cit.*, 63; L. MENGONI, *op. cit.*, 229, il quale così spiega la definizione: accertamento della lesione di legittima e delle altre condizioni dell'azione, al quale segue automaticamente la modificazione giuridica che forma il contenuto del diritto del legittimario; G. CAPOZZI, *op. cit.*, 525; U. PERFETTI, *op. cit.*, 204. Cass., sez. II, 26 novembre 1987, n.8780*;* Cass., sez. III, 13 maggio 2021, n.12872. Sugli effetti dell'azione di riduzione, v. pure, ampiamente, V. BARBA, *op. cit.*, 377 ss., il quale mette in particolare evidenza, fra tali effetti, quello di ridefinizione delle quote ereditarie.

[41] L. MENGONI, *op. cit.*, 229, nota 17. Afferma invece F. MESSINEO (*Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legitti-*



Il contenuto dell'azione, più in particolare, è configurato come richiesta di dichiarazione di inefficacia relativa, tale cioè da privare di effetti le disposizioni testamentarie o gli atti di liberalità *inter vivos* nei confronti del legittimario che abbia agito con esito favorevole per la loro riduzione; con ciò distinguendosi dall'azione di risoluzione, alla quale è stata talora assimilata [42], poiché l'atto di liberalità lesivo della legittima non è privato dell'attitudine a produrre i suoi effetti: piuttosto, è reso inefficace rispetto ai legittimarî che l'abbiano chiesta, nella misura occorrente per la reintegrazione della quota ad essi riservata [43]. Dalla risoluzione, che ha effetto retroattivo tra le parti (art. 1458 cod. civ.), si distingue altresì per la retroattività reale degli effetti [44], tale perciò da travolgere i diritti dei terzi acquirenti dal beneficiario della liberalità contro il quale l'azione di riduzione sia stata vittoriosamente proposta, benché sull'estensione nel tempo di tale retroattività le opinioni non siano del tutto concordi [45].

Non essendo previsto il litisconsorzio necessario passivo con altri eventuali beneficiarî di disposizioni lesive (e neanche il litisconsorzio necessario attivo tra legittimarî lesi), come già si è rammentato, ed essendo perciò possibile che alcuni di essi non siano attinti dalla domanda di riduzione del legittimario, i loro aventi causa non saranno esposti all'azione di restituzione verso il legittimario: la restituzione presuppone, infatti, l'avvenuta riduzione della disposizione avente ad oggetto il bene da restituire; il che implica che l'azione di riduzione sia stata proposta contro il soggetto gratificato da tale disposizione, che è il legittimato passivo. Se non è impugnata la disposizione con l'azione di riduzione nei confronti di tale soggetto, nemmeno può pretendersi la restituzione dal suo avente causa.

La sentenza di riduzione, pertanto, non produce il trasferimento dei beni oggetto della disposizione ridotta

---

ma, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 132) che l'azione di riduzione, in una prima fase, accerta la lesione della legittima, e che, in questa fase, "*è indubbiamente azione personale, mirante a far valere un diritto di credito, così come ritiene l'opinione corrente*". La seconda fase corrisponde, invece, all'azione di restituzione proposta contro lo stesso beneficiario della disposizione lesiva, nei confronti del quale è stata pronunciata la sentenza di riduzione.

[42] L. COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938, 374; R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 431 ss. Secondo GIUS. AZZARITI, *op. cit.*, 169, le cose acquistate da coloro ai quali sono state attribuite dal *de cuius* devono intendersi acquistate puramente e semplicemente nei limiti della porzione disponibile, e sotto condizione risolutiva per la porzione eccedente; condizione il cui verificarsi dipende dall'esercizio dell'azione di riduzione e dal processo di accertamento a cui dà luogo, sì che la sentenza di riduzione è costitutiva del titolo di acquisto per il legittimario, che, a séguito della risoluzione del diritto dei successori testamentarî, diventa titolare dei beni a lui riservati dalla legge. V. pure nota seguente.

[43] Così F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, 239, che assimila invece l'azione di riduzione all'azione revocatoria *ex* art. 2901 cod. civ., sottolineandone però la diversità quanto alla posizione dei terzi acquirenti (cfr. artt. 563 e 2901, comma 4, cod. civ.). Egli, peraltro, in precedenti opere (*Appunti sulla successione necessaria*, cit., 75; *Dei legittimari*, cit., 307), aveva affermato che l'azione di riduzione è da considerare un'azione di risoluzione (un'azione di accertamento costitutivo – scrive l'illustre Maestro – diretta ad ottenere la risoluzione della disposizione lesiva, e non l'annullamento).

[44] Secondo L. FERRI (*op. cit.*, 204-205), in coerenza con la tesi da lui sostenuta, secondo la quale il legittimario sarebbe titolare di un diritto reale, la sentenza di accoglimento dell'azione di riduzione non avrebbe efficacia retroattiva reale, poiché il diritto reale del legittimario sorgerebbe con l'apertura della successione: piuttosto, l'azione di riduzione avrebbe efficacia reale.

[45] Sull'effetto retroattivo della sentenza che accoglie la domanda di riduzione, U. PERFETTI (*op. loc. ult. cit.*) rileva una mancanza di sintonia tra la dottrina e la giurisprudenza: l'una orientata a sostenere che la dichiarazione opererebbe retroattivamente, a partire dalla data di apertura della successione; l'altra a sostenere che l'inefficacia opererebbe *ex nunc*. L'Autore, dichiarando di prestare adesione alla prima tesi, richiama in proposito Cass., sez. I, 11 giugno 2003, n. 9424 e Cass., sez. II, 12 aprile 2002, n. 5323, che appunto affermano l'efficacia *ex nunc* della sentenza di riduzione. Di efficacia *ex nunc* discorre pure Cass., sez. II, 25 luglio 2017, n. 18280. Tuttavia, la giurisprudenza di merito più recente mostra di recepire la tesi della retroattività della dichiarazione di inefficacia, a partire dal momento di apertura della successione: Trib. Messina, 16 settembre 2021, n. 1561, in *Guida al dir.*, 2022, 3; Trib. Marsala, 13 gennaio 2021, n.15, in *Redaz. Giuffrè* 2021; Trib. Teramo, 16 novembre 2020, n.910, in *Redaz. Giuffrè*, 2021. Questa sembra, in effetti, la soluzione corretta, poiché la retroattività è propria delle azioni costitutive di impugnazione negoziale, pur non essendo propria delle azioni costitutive in genere; le quali, anzi, ordinariamente producono effetti *ex nunc* (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1953, 180). Per la definizione dell'azione di riduzione come azione di impugnativa negoziale, v. L. MENGONI, *op. cit.*, 230.



("ridotta" in senso ampio, che può includere anche una dichiarazione di totale inefficacia della disposizione) all'asse ereditario, limitandosi a rendere inefficace tale trasferimento nei confronti del legittimario che abbia agito in riduzione [46]. Si è quindi affermato che la sentenza di riduzione opera in modo che, nei confronti di tale legittimario, i beni si considerino, non tanto come se rientrassero nel patrimonio del defunto, quanto, piuttosto, come se non ne fossero mai usciti [47].

La natura costitutiva dell'azione, e la natura potestativa del diritto del legittimario, sulle quali il consenso degli interpreti è molto ampio, stanno a significare che non vi è un rapporto obbligatorio tra il legittimario e i soggetti gratificati dalla liberalità lesiva della legittima, nonostante alcune affermazioni, anche autorevoli, in senso diverso [48]. Il diritto del legittimario è dunque il diritto a quella modificazione giuridica consistente nella dichiarazione di inefficacia totale o parziale – che, quindi, è inefficacia sopravvenuta (con effetto retroattivo) – delle disposizioni lesive; la quale è realizzabile solo attraverso l'azione di riduzione, pur ammettendosi la possibilità di soddisfare i diritti del legittimario per via stragiudiziale attraverso accordi di reintegrazione della legittima. Siffatti accordi, però, non possono qualificarsi come atti dovuti per i beneficiarî delle disposizioni lesive, alla stregua di contratti con i quali si dia esecuzione ad un obbligo legale di contrarre, appunto perché il beneficiario di una disposizione soggetta a riduzione non versa in una situazione di obbligo nei confronti del legittimario.

La cosiddetta lesione della legittima non è dunque propriamente una violazione di un diritto del legittimario; e la tutela in favore di questi non opera né sul piano della validità degli atti di liberalità del *de cuius* (che investirebbe, di riflesso, la validità degli atti di disposizione compiuti dai gratificati sui beni oggetto di tali

---

[46] G. Bonilini, *op. cit.*, 207.

[47] L. Mengoni, *op. cit.,* 234. Il M. precisa in proposito che il legittimario acquista i beni, non in forza della sentenza di riduzione, bensì della vocazione necessaria, e quindi di un titolo legale, che si produce in suo favore per l'effetto della sentenza, consistente nella inopponibilità dell'acquisto dell'onorato o del donatario.

[48] A. Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, 130-131, il quale afferma, anche per escludere la natura reale del diritto del legittimario, che "*egli ha un diritto contro il legatario o il donatario cui corrisponde un obbligo per cui costoro rispondono con tutto il loro patrimonio; il che è caratteristico del diritto di credito. Che se, sussistendo nelle mani di costoro il bene legato o donato, il legittimario ha diritto ad avere in tutto o in parte questo bene, ciò non implica che l'azione sia reale; potendo il bene esser considerato oggetto di un'obbligazione di restituzione. Di richiesta di restituzione della cosa donata parla infatti l'art. 563*". Sembrerebbe, tuttavia, che il Cicu, pur volendo espressamente trattare della natura dell'azione di riduzione, stia qui prendendo in esame l'aspetto, conseguenziale, della restituzione, probabilmente in coerenza con quella concezione che ravvisava nell'azione di riduzione una natura mista, tale da ricomprendere anche l'aspetto restitutorio, come sembra pure confermare la seguente affermazione, che si legge a pag. 134 della stessa opera: "*l'azione di riduzione può essere esercitata anche contro i terzi acquirenti dei beni lasciati per testamento o donati, sempre che sia riuscita infruttuosa l'azione contro eredi legatari e donatari*". V. poi Cass. n. 4130/2001 e Cass. n. 18280/2017, cit., che palesemente echeggiano le affermazioni del Cicu, là dove dichiarano: "*Il legittimario, dunque, non ha un diritto reale sui beni legati o donati: egli ha un diritto contro il legatario o il donatario, cui corrisponde una obbligazione, per cui costoro rispondono con tutto il loro patrimonio (il che raffigura la caratteristica del diritto di credito)*". Correttamente, invece, le citate Cass. n. 11809/1997 e n. 7259/1996 affermano che il diritto del legittimario ad ottenere la riduzione delle disposizioni lesive della sua quota di riserva è di tipo personale, ma non obbligatorio: ne consegue l'impossibilità di interrompere il decorso della prescrizione *ex* art. 2943, comma 4, cod. civ. mediante un atto di costituzione in mora, poiché un tale effetto è realizzabile solo con riferimento alla prescrizione dei diritti ai quali corrisponde un dovere di comportamento. Ed infatti, l'applicazione di tale norma alla prescrizione dei diritti potestativi è stata sempre negata. Sulla disciplina dell'interruzione della prescrizione in riferimento ai diritti potestativi, v. di recente M. Bianca, *Prescrizione e diritti potestativi. Riflessioni attuali sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2021, 12, 391 ss., ove l'Autrice nota come la norma dell'art. 2943, comma 4, cod. civ., in tema di interruzione della prescrizione, abbia suscitato il dibattito sul rapporto tra diritti di credito e diritti potestativi, e il correlato dibattito tra azione e diritto, anche in considerazione di alcune disposizioni del codice, che fanno riferimento alla "prescrizione dell'azione". Il carattere personale dell'azione di riduzione, costantemente affermato da dottrina e giurisprudenza, almeno del nostro tempo, sta soprattutto a significare che non si tratta di azione reale: ne segue, sotto il profilo della legittimazione passiva, che essa non va proposta nei confronti dell'attuale titolare del bene, ma contro i beneficiarî della disposizione lesiva, pur quando non siano più titolari del bene.



atti), non dubitandosi della validità delle disposizioni eccedenti la disponibile [49]; né sul piano della responsabilità, alla quale corrisponderebbe, piuttosto, un'azione di condanna: non si configura, infatti, alcun illecito di chi riceva liberalità disposte dal *de cuius* in eccesso sulla disponibile.

Ciò che usa definirsi come lesione della legittima è, in realtà, il fatto obiettivo del superamento, ad opera di tali atti di liberalità, dei limiti di valore del patrimonio espressi con la disponibile, ossia l'esistenza di una certa relazione di valore tra la liberalità e la massa di calcolo derivante dalla riunione fittizia, quale appare al momento dell'apertura della successione [50]; in altre parole: quella situazione giuridica che impedisce al legittimario l'acquisto della porzione di beni cui ha diritto [51].

La conclusione è pienamente coerente con l'insegnamento della più autorevole dottrina processualistica, secondo la quale si può far questione di lesione solo in relazione a quei diritti che tale dottrina definisce "diritti a una prestazione", intesi come "diritti che tendono a un bene della vita da conseguirsi in prima linea mediante la prestazione positiva o negativa di altri", ricomprendendovi anche i diritti assoluti. Di lesione non potrebbe invece farsi questione in relazione ai diritti potestativi, che, esaurendosi nel potere di produrre un effetto giuridico, ed esercitandosi con una semplice dichiarazione di volontà, eventualmente con il concorso della sentenza del giudice, non possono essere lesi da alcuno [52].

Qualificati in tal modo l'azione di riduzione e il diritto del legittimario, la questione dell'interesse ad agire finisce per rivestire connotati particolari: quella stessa dottrina processualistica poco sopra richiamata, e non solo quella, avvertono, infatti, che, in relazione alle azioni costitutive, la condizione dell'interesse ad agire non assume rilievo, poiché lo stesso diritto potestativo al mutamento dello stato giuridico non si può diversamente soddisfare che mediante la sentenza di riduzione [53].

È quindi inappropriato il riferimento della Cassazione alla mancanza di interesse ad agire in riduzione prima dell'accettazione dell'eredità da parte del chiamato in forza della disposizione "lesiva" (nel senso sopra chiarito). Sul punto specifico si sono in effetti levate critiche da alcuni commentatori. In particolare, si è osservato che l'affermazione della mancanza di interesse ad agire per la riduzione se non vi sia stata accettazione dell'eredità da parte del chiamato, proprio perché nelle azioni costitutive la questione dell'interesse non ha una specifica rilevanza, equivale a riconoscere l'inesistenza del diritto di agire in riduzione [54].

---

[49] Con la nullità è invece sanzionata la violazione del divieto di imporre pesi o condizioni sulla legittima (art. 549 cod. civ.). Secondo alcuni interpreti, si tratterebbe invece di annullabilità, e, secondo altri ancora, di inefficacia, anche relativa (v. in proposito, L. Mengoni, *op. cit.*, 93 ss.; V. Barba, *op. cit.,* 232 ss.; G. Bonilini, *op. cit.*, 197).

[50] A. Pino, *op. cit.,* 61.

[51] L. Mengoni, *op. cit.*, 228.

[52] G. Chiovenda, *Istituzioni*, cit., 16. Altra questione è quella della nascita di un diritto potestativo dalla lesione di un diritto personale, come nel caso della risoluzione del contratto per inadempimento; o dei diritti di riscatto previsti nel caso di violazione di diritti di prelazione legale. Il Chiovenda precisa che tutti i diritti, anche quelli assoluti, quando sono fatti valere nel processo, si dirigono verso una determinata persona (p. 17).

[53] G. Chiovenda, *op. cit.*, 178. Nota C. Consolo, in *Spiegazioni di diritto processuale civile,* I*, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, undicesima ed., Torino, 2017, 595 ss., che, per la dottrina classica, l'interesse ad agire è *in re ipsa*, sottolineando la necessità di distinguere in proposito tra azioni costitutive non necessarie e azioni costitutive necessarie, e convenendo che, rispetto a queste ultime, l'interesse ad agire "si dilegua" (cfr., per esempio, C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, ventiquattresima ed., Torino, 2015, 55, ove si afferma che, nel caso della giurisdizione costitutiva necessaria, l'interesse ad agire è *in re ipsa*, ossia nell'affermazione del semplice fatto costitutivo del diritto alla modificazione giuridica). Il Consolo, tuttavia, scorge qualche limitato spazio di rilevanza dell'interesse ad agire nelle azioni costitutive necessarie, e menziona l'ipotesi di un'azione di annullamento di un testamento proposta dall'erede legittimo, escluso dall'eredità ad opera di quel testamento, che non avrebbe senso decidere nel merito qualora constasse agli atti l'esistenza di un precedente testamento dello stesso contenuto, ormai non più impugnabile.

[54] E. Bilotti, *op. cit.*, 825.



5. – Abbandonando dunque l'ingannevole prospettiva dell'interesse ad agire [55], e ricondotta la questione sul terreno del diritto da tutelare, occorre allora domandarsi se, in pendenza dell'accettazione dell'eredità da parte del chiamato in forza di disposizione testamentaria lesiva, tale diritto già esista, e se esso possa esercitarsi.

A sostegno di tale tesi si afferma che il diritto del legittimario di conseguire una porzione dei beni del defunto sorgerebbe con l'apertura della successione, e che la lesione deriverebbe già dalla delazione in favore di altri della porzione che spetterebbe al legittimario; con ciò contestando il criterio accolto dalle Sezioni Unite, secondo il quale tale lesione, prima dell'accettazione del chiamato, sarebbe solo potenziale [56]. Altra dottrina, anch'essa critica verso tale criterio, pone l'accento sulla posizione giuridica provvisoria attribuita al chiamato in pendenza dell'accettazione, e sostiene che il fatto stesso della delazione in favore di altri soggetti sottrae l'eredità al legittimario, il quale non può imputarla in conto della sua legittima, ed è, già al momento dell'apertura della successione, in grado di verificare se quanto abbia ricevuto dal *de cuius* soddisfi o meno tale suo diritto. La stessa dottrina, peraltro, ammette che, finché l'eredità non sia stata accettata, è sempre possibile che la lesione venga meno (per esempio, per una chiamata in sostituzione, o per un fenomeno di accrescimento, in favore del legittimario); sostenendo però che ciò non basterebbe a definire potenziale la lesione, e che anche una lesione sicuramente attuale potrebbe sempre venir meno [57].

Affermare che il diritto del legittimario di agire in riduzione sorge già con l'apertura della successione per negare la rilevanza dell'accettazione dell'eredità ai fini del decorso della prescrizione, da un lato, appare una petizione di principio; dall'altro, non risolve il problema, giacché è necessario verificare se quel diritto, quand'anche sia già sorto, trovi impedimenti al suo esercizio. Se si dovesse ragionare nella logica del rapporto obbligatorio, occorrerebbe domandarsi, non solo se esso sia sorto, ma anche se sia esigibile [58]. Trattandosi di un diritto potestativo, e dunque di un diritto alla modificazione di situazioni giuridiche, si tratta di stabilire quali siano le situazioni giuridiche da modificare (*ope iudicis*, nel caso in esame), e, in specie, la situazione

---

[55] Già mezzo secolo prima di Cass. n. 20644/2004, la dottrina aveva segnalato l'irrilevanza del profilo dell'interesse ad agire in riduzione: A. PINO, *op. cit.*, 74-75.

[56] G. TEDESCO, *In tema di azione di riduzione e divisione fatta dal testatore*, in *Giust. civ.*, 2005, I, 354, il quale si richiama a A. PINO (*La tutela del legittimario*, cit., 74 ss.) per sostenere che l'azione di riduzione pure sorge in quel momento. Questo Autore afferma, in effetti, che l'azione di riduzione sorge con l'apertura della successione, ma l'affermazione non attiene alla trattazione della questione della prescrizione, bensì di quella dell'interesse ad agire in riduzione. Alla prescrizione Egli fa cenno in altro luogo dell'opera citata (p. 62), non già affrontando lo specifico problema della decorrenza (anche se, dall'insieme delle sue osservazioni, è dato di intendere che, a suo parere, per regola generale, la prescrizione dovrebbe iniziare a decorrere dall'apertura della successione), ma esaminando la rilevanza di circostanze estrinseche all'atto rispetto alla sua idoneità a ledere la legittima, soprattutto con riguardo alla individuazione dei successibili: per esempio, rispetto al caso di figli del *de cuius* che sopravvengano alla sua morte nel periodo legale, o al caso di sopravvenuto accertamento giudiziale di paternità o maternità (oggi espressamente regolato, in relazione all'accettazione di eredità, dall'art. 480, comma 2, cod. civ., al quale il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, ha aggiunto il seguente periodo: "*In caso di accertamento giudiziale della filiazione il termine decorre dal passaggio in giudicato della sentenza che accerta la filiazione stessa*". La stessa regola era già applicata dalla giurisprudenza in riferimento all'azione di riduzione: v. Cass., sez. II, 12 marzo 1986, n. 1648. La questione era già stata affrontata da Corte Cost., 29 giugno 1983, n. 191, che aveva rilevato la necessità di una interpretazione logico-sistematica del combinato disposto degli artt. 480 e 2935 cod. civ. La questione si è posta anche in relazione a successioni apertesi prima della riforma del diritto di famiglia *ex lege* n. 151/1975, seguite da dichiarazioni giudiziali dello *status* di figlio naturale del defunto intervenute dopo l'entrata in vigore della riforma: v. Cass., sez. II, 7 febbraio 1987, n. 1261; Cass., sez. I, 11 giugno 1987, n. 5076; Trib. Genova, 6 giugno 1990, *in Giust. civ.*, 1990, I, 2416, con nota di V. SANTARSIERE, *Effetti successori della dichiarazione giudiziale di paternità naturale, con apertura della successione* infra *il 20 settembre 1975*).

[57] E. Bilotti, *op. cit.*, 825-826.

[58] Cfr. P. VITUCCI, *op. cit*., 82 ss. Muovendo dall'idea che, agli effetti dell'art. 2935 cod. civ., "*la possibilità che il diritto sia fatto valere è quella che si offre nel momento in cui non è richiesto il soddisfacimento dell'interesse tutelato, sebbene esso sia attuale*", in riferimento ai diritti di credito l'Autore rileva che l'attualità dell'interesse è segnata dalla esigibilità della prestazione.



soggettiva di pertinenza altrui, ossia del soggetto destinatario dell'istituzione ereditaria, contro il quale la tutela del legittimario andrebbe esperita: se quella corrispondente alla qualità di chiamato all'eredità, o quella di erede. Ciò è, appunto, quanto occorre stabilire.

Con riguardo all'affermazione secondo la quale il legittimario, sin dall'apertura della successione, sarebbe già nella condizione di verificare se il valore di quanto ricevuto dal *de cuius* corrisponda o meno al valore che la legge gli riserva, può osservarsi che, se davvero si assume l'irrilevanza della conoscenza della disposizione lesiva, e dunque del testamento, da parte del legittimario rispetto al decorso della prescrizione, la possibilità o meno di rendersene conto risulta ininfluente (v. però *infra*, par. 7).

Quanto invece al rilievo della immediata sottrazione dell'eredità al legittimario per effetto della delazione in favore altrui, e alla conseguente impossibilità di imputare in conto della propria legittima la parte di beni oggetto della disposizione lesiva [59], è innegabile che tale sottrazione vi sia, e che il legittimario non possa disporre della quota riservatagli dalla legge sebbene il chiamato non abbia ancora accettato; e tuttavia è quella stessa dottrina che formula tale rilievo ad indicare la possibilità che, data la provvisorietà del quadro giuridico che si delinea tra il momento di apertura della successione e quello, eventuale, dell'accettazione dell'eredità da parte del chiamato, tale quadro possa mutare, in caso di mancata accettazione da parte del chiamato, a cui dovesse eventualmente seguire, per effetto di chiamata successiva del legittimario, il subentro di questi nel diritto di accettare, o il suo acquisto ereditario in virtù di accrescimento. Una tale provvisorietà ed instabilità di situazioni, anche a prescindere dalla definizione in termini di potenzialità o di attualità della lesione dei diritti del legittimario, indurrebbe a reputare intempestiva la proposizione dell'azione prima dell'accettazione, come anche più avanti si avrà modo di argomentare meglio.

Meno significativo appare il dato della impossibilità, per il legittimario, nella fase in questione, di imputare in conto della propria legittima l'eredità destinata ad altri. L'art. 564, comma 1, cod. civ. stabilisce una diretta e necessaria correlazione tra imputazione *ex se* e azione di riduzione: se la porzione di beni oggetto di tale disposizione fosse imputabile, non potrebbe chiedersi la riduzione della relativa disposizione nella misura corrispondente a quella porzione di beni; e viceversa: imputazione e riduzione vanno di pari passo, sia pure, per così dire, in direzioni opposte; e ciò, indipendentemente dal momento in cui l'operazione contabile di imputazione avvenga.

È vero, peraltro, che l'imputazione non è unicamente funzionale alla riduzione. Osserva in proposito la dottrina che l'imputazione dovrebbe farsi, in un primo tempo, in sede di riunione fittizia, per completare l'operazione di conteggio necessaria a stabilire l'entità della quota disponibile e della quota indisponibile, e poi in fase di ricomposizione della quota, ossia di riduzione [60]; e, ancora, che ad essa deve farsi luogo anche nella successione *ab intestato*, nell'ipotesi di concorso di legittimarî con successibili non legittimarî, ed anche quando si tratti semplicemente di determinare la quota spettante al legittimario sui beni ereditarî nel concorso con eredi istituiti nella disponibile [61]. Tali rilievi della dottrina trovano riscontro anche nella giurisprudenza di legittimità, che, in una pronuncia molto recente, dopo aver precisato che l'imputazione non è una

[59] Si è già notato come, nonostante la riduttiva formulazione dell'art. 564, comma 2, cod. civ., che riferisce l'imputazione *ex se* solo ai legati e alle donazioni, essa debba in realtà ricomprendere tutto quanto il legittimario abbia acquistato dal *de cuius* a titolo liberale, e quindi anche a titolo di eredità.

[60] S. PIRAS, *La successione per causa di morte. Parte generale. La successione necessaria*, Milano, 1965, 248. L'Autore coglie la *ratio* dell'onere di imputazione a carico del legittimario, e dunque della detrazione che essa comporta, in un motivo di equità, consistente nello scopo di ridurre al minimo il sacrificio che gli altri successibili subiscono in conseguenza dell'esperimento dell'azione di riduzione. V. pure L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, quarta ed., Milano, 1948, 284, per il quale l'imputazione corrisponde a un'esigenza di tutela dei terzi, poiché la riduzione ne "ferisce gravemente i diritti".

[61] Così, L. MENGONI, *op. cit.*, 257.



condizione dell'azione di riduzione, a differenza dell'accettazione con beneficio di inventario (quando l'azione sia rivolta contro soggetti non chiamati come coeredi)[62], ha affermato che essa è una prodromica operazione di natura esclusivamente contabile, diretta alla verifica della effettiva lesione della legittima, e, ancor prima, alla precisa determinazione della stessa entità della legittima, non solo in vista dell'azione di riduzione, ma anche del riscontro della violazione del divieto di cui all'art. 549 cod. civ., e dell'eventuale ricalcolo delle quote *ab intestato* in applicazione dell'art. 553 cod. civ.[63]; ed altresì – come deciso da una pronuncia ancor più recente – in caso di concorso di legittimarî non istituiti non in quote determinate, ma genericamente nella disponibile[64]. La prima delle due richiamate pronunce, nel ribadire il consolidato principio secondo il quale il legittimario, quando introduca il giudizio di riduzione, deve indicare puntualmente le componenti patrimoniali necessarie a ricostruire il *relictum* e il *donatum* ai fini della riunione fittizia o dell'imputazione *ex se*, precisa che, qualora talune componenti di tali due voci emergano dagli atti di causa (ad esempio, qualora i convenuti individuino donazioni o beni relitti non indicati dall'attore), l'omessa allegazione di tali componenti da parte dell'attore non preclude la decisione sulla domanda di riduzione, e che il giudice deve comunque procedere, anche con l'eventuale ausilio di una consulenza tecnica d'ufficio, alle operazioni di riunione fittizia ai fini della verifica della eventuale lesione.

È il giudice, dunque, nel giudicare sulla domanda di riduzione, o sull'accertamento della redistribuzione delle quote prevista dall'art. 553 cod. civ. in caso di contestazione, o anche sulla validità o efficacia di disposizioni che appongano pesi o condizioni sulla legittima, a svolgere la suddetta operazione di calcolo sulla base degli elementi acquisiti al processo[65]. È quindi in tali contesti che la disposizione istitutiva, in ipotesi lesiva dei diritti di un legittimario, assumerà rilievo ai fini dell'imputazione; e l'imputabilità o meno in conto della legittima della parte di beni oggetto della disposizione testamentaria a titolo universale in favore altrui si rifletterà sul relativo giudizio, in termini di riducibilità o meno, parziale o totale, di tale disposizione; di riduzione automatica *ex* art. 553 cod. civ.; di verifica dell'osservanza del divieto *ex* art. 549 cod. civ. di imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimarî[66].

Non sembra dunque che le riferite ragioni di critica verso il criterio elaborato dalle Sezioni Unite basti-

---

[62] Rileva in proposito A. PINO (*op. cit.*, 108) che la mancata imputazione di donazione o legati ricevuti non dà luogo a una pronuncia in rito di inammissibilità, ma può dar luogo ad una pronuncia di rigetto nel merito perché in tutto o in parte infondata, non potendo il legittimario lamentare una lesione.

[63] Cass. n. 18199/2020, cit. Si tratta di una sentenza dalla articolata motivazione, che ripercorre i varî orientamenti sugli oneri di allegazione e di prova del legittimario che agisca in riduzione, collocandosi sul versante meno rigorista. Che la riunione fittizia sia funzionale anche alla c.d. riduzione automatica *ex* art. 553 cod. civ. si trova già affermato in Cass., sez. II, 6 marzo 1980, n. 1521. V. pure *infra*, nota 103.

[64] Cass., sez. II, 5 maggio 2022, n. 14193.

[65] Non solo il meccanismo di tutela previsto dall'art. 553 cod. civ. non esige la proposizione di alcuna azione da parte del legittimario, ma neppure l'applicazione del divieto di cui all'art. 549 cod. civ., essendo sufficiente che il legittimario, qualora gli sia richiesto di dare esecuzione a quanto disposto dal testatore, eccepisca l'invalidità (o l'inefficacia, secondo una diversa interpretazione della disposizione: cfr. G. BONILINI, *op. cit.*, 197). Ciò non vuol dire, ovviamente, che non possano sorgere liti relative all'applicazione di tali norme.

[66] È opinabile se il compimento della riunione fittizia e dell'imputazione possano essere oggetto di una domanda autonoma. Si consideri in proposito il seguente principio di diritto, recentemente espresso dalla S.C.: "*La ricostruzione dell'intero patrimonio del defunto, mediante la riunione fittizia di ciò che è stato donato in vita a ciò che è rimasto al momento della morte, e l'imputazione alla quota del legittimario di quanto egli ha ricevuto dal defunto, costituiscono i necessari antecedenti dell'azione di riduzione; di conseguenza le richieste volte all'esatta ricostruzione sia del relictum, sia del donatum, mediante l'inserimento di altri beni, non costituiscono domande, ma deduzioni che attengono ai presupposti dell'azione di riduzione e come tali da ritenere implicitamente contenute nella domanda introduttiva*" (Cass., sez. II, 10 gennaio 2020, n. 17926). Tuttavia, la rilevanza dell'affermazione secondo la quale le richieste di formazione della riunione fittizia non costituiscono domande andrebbe collocata nello specifico contesto del processo deciso con la citata sentenza, nel quale era stata effettivamente proposta un'azione di riduzione, e si era posta una questione di novità della domanda in relazione a nuovi elementi da computare nella formazione della massa fittizia.



no a convalidare l'orientamento tradizionale, che collega alla apertura della successione la decorrenza della prescrizione dell'azione di riduzione. Può essere utile allora affrontare la questione da altri punti di vista, per verificare se sia esatto concludere che, in quella particolare fase di *hereditas delata nondum adquisita*, il diritto potestativo del legittimario di agire in riduzione contro il chiamato all'eredità può esercitarsi prima ancora che questi abbia esercitato il suo diritto, anch'esso potestativo [67], di far propria l'eredità che gli è offerta.

In tale fase, come è ben chiaro, la sorte dell'eredità è ancora incerta, e l'attribuzione al chiamato di poteri di conservazione e amministrazione non è un elemento decisivo per risolvere la questione in ragione del carattere interinale di tali poteri. Non è dato di sapere ancora se il chiamato acquisterà l'eredità, e immaginare che l'azione di riduzione sia proposta nei confronti di un soggetto che potrebbe non diventare erede, pone più di un dubbio. Qualora, ad esempio, il chiamato, una volta convenuto in giudizio, rinunciasse all'eredità, e a lui subentrasse nel diritto di accettare uno dei chiamati ulteriori, il legittimario, per tutelare i suoi diritti, dovrebbe agire contro l'ulteriore chiamato *ex novo*, senza potersi giovare di eventuali risultati favorevoli dell'azione originariamente proposta.

A questo riguardo, va considerata l'ipotesi in cui il giudizio di riduzione contro il primo chiamato si sia già definitivamente concluso prima che operi la chiamata successiva: in questo caso, il giudicato sulla riduzione non sarà opponibile al nuovo chiamato, che non è un avente causa dal primo agli effetti dell'art. 2909 cod. civ. Pertanto, qualora il nuovo chiamato acquisti poi l'eredità e il possesso dei beni ereditari, il legittimario vittorioso non potrà agire nei suoi confronti – né di coloro che abbiano da lui acquistato tali beni, con l'azione *ex* art. 563 cod. civ. – per la restituzione dei beni ereditarî avvalendosi del giudicato ottenuto nei confronti del primo chiamato. Sarà dunque necessario proporre nei suoi confronti una nuova azione di riduzione.

L'altra ipotesi da considerare è quella in cui, al momento in cui operasse la chiamata successiva, il giudizio sia ancora in corso; in particolare, quando sia stata emessa una sentenza non definitiva di riduzione: in questo secondo caso, a prescindere dalla inopponibilità di tale sentenza al chiamato ulteriore, il quale non è un successore a titolo particolare del rinunciante agli effetti dell'art. 111 c.p.c., quale che sia il titolo della sua chiamata [68], l'esito finale del giudizio dovrebbe risolversi in una sentenza di inammissibilità per sopravvenuta carenza di legittimazione passiva [69]: tale legittimazione spetta, infatti, al beneficiario della disposizione lesiva, e tale non potrebbe qualificarsi il chiamato che abbia perduto il diritto di accettare.

Il legittimario nemmeno potrebbe giovarsi dell'effetto interruttivo della prescrizione determinato dalla domanda giudiziale – unico atto con il quale egli può, di sua iniziativa, conseguire tale effetto – nei confronti del primo chiamato, non essendo concepibile, nei rapporti tra il legittimario e i chiamati successivi, un'applicazione analogica della regola dettata dall'art. 1310 cod. civ. in materia di obbligazioni solidali.

La proposizione della domanda nei confronti del chiamato che non abbia ancora accettato potrebbe quindi rivelarsi inutile qualora poi l'originario convenuto non volesse o non potesse accettare; con il rischio che, nel

---

[67] Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 60-61, il quale definisce tale diritto come potere autonomo di modificare nel proprio interesse una preesistente situazione giuridica.

[68] Per la rappresentazione, v. art. 468, comma 2, cod. civ., dal quale ben si intende che il rappresentante succede direttamente all'ereditando, e non attraverso il rappresentato. Il fatto che l'acquisto del chiamato successivo sia indipendente dalla successione del chiamato precedente è ancora più evidente nelle ipotesi di sostituzione testamentaria e di accrescimento, ed altresì nel caso in cui debba aprirsi la successione legittima *ex* art. 523 cod. civ. Ciò esclude, appunto, che il chiamato ulteriore possa qualificarsi, dopo la formazione del giudicato sull'azione di riduzione proposta contro il primo chiamato, avente causa da quest'ultimo, verso il quale il giudicato possa "fare stato"; o, prima della formazione di tale giudicato, suo successore a titolo particolare, a cui possa opporsi la sentenza *ex* art. 111, comma 3, cod. proc. civ.

[69] La legittimazione, attiva o passiva, quale condizione dell'azione, deve essere accertata con riferimento alla situazione esistente al momento della decisione, non al momento della domanda: il principio è stato di recente riaffermato da Cass., sez. VI, 9 novembre 2021, n. 32792; Cass., sez. I, 16 marzo 2022, n. 8584).



frattempo, il diritto di agire contro i chiamati ulteriori si estingua per prescrizione, il cui decorso – nella prospettiva ora adottata, della immediata esperibilità dell'azione di riduzione non appena aperta la successione – inizierebbe da tale momento.

Evidentemente diversa è la situazione rispetto alla riduzione di donazioni e legati, dai quali derivano acquisti di diritti perfezionatisi in epoca anteriore o, rispettivamente, contestuale all'apertura della successione. È appena il caso di notare, peraltro, in relazione ai legati, che tale osservazione vale nei limiti in cui si aderisca all'opinione prevalente, secondo la quale l'acquisto del legato avviene automaticamente all'apertura della successione (fatte salve le ipotesi di delazione sospesa o differita, come nel caso in cui la disposizione sia sottoposta a condizione sospensiva o a termine), sebbene sia eliminabile mediante rinunzia. Aderendo alla diversa tesi, secondo la quale l'acquisto del legato si compirebbe una volta decorso il termine *ex* art. 650 cod. civ. senza che sia intervenuta la rinunzia [70], la relativa disposizione finirebbe per essere più assimilabile, ai fini della questione in esame, alla istituzione di erede.

Prescindendo dall'attualità o meno della lesione, quindi, è l'incertezza sul soggetto che effettivamente acquisterà l'eredità che rende incongruo l'avvio di un giudizio nei confronti di un soggetto rispetto al quale la qualità ereditaria è, questa sì, solo potenziale. In altre parole, più che la considerazione per la posizione del legittimario leso, in potenza o in atto, è quella per la posizione del beneficiario della disposizione testamentaria lesiva, che induce a concludere per la necessità di attendere che questi accetti l'eredità, prima di dar corso all'azione, ferma restando la possibilità di abbreviare l'attesa mediante l'esperimento dell'*actio interrogatoria.*

6. – Il ruolo centrale che la successione necessaria svolge nel diritto italiano delle successioni comporta che l'azione di riduzione si trovi ad entrare assai spesso in relazione con numerose altre azioni, non solo tipicamente successorie. Nel quadro di questa indagine, non interessa richiamare, se non per occasionali cenni, gli elementi che distinguono l'azione di riduzione da ciascuna di tali azioni: interessa, piuttosto, verificare l'esistenza di eventuali reciproche influenze tra l'una e le altre sul piano della prescrizione.

a) Relazioni particolarmente strette intercorrono tra l'azione di riduzione e quella di divisione, spesso proposte cumulativamente nello stesso processo, ove la prima assume carattere pregiudiziale rispetto alla seconda, poiché il suo accoglimento può portare a una diversa determinazione della iniziale misura del concorso dei coeredi sui beni ereditarî [71]. In passato, si è talora affermato che deve considerarsi implicita nella domanda di divisione anche quella di riduzione una volta accertata la lesione [72], mentre oggi si esclude con nettezza una tale implicazione [73]. Piuttosto, si è affermato che nella proposizione di una domanda di divisione, cumulata con una di riduzione, dovrebbe reputarsi implicitamente proposta una domanda di restituzione [74].

---

[70] Per una critica recente alla nozione di acquisto *ipso iure* del legato, v. E. DAMIANI, *Il legato*, in E. DEL PRATO, *Le successioni*, cit., 318 ss., il quale qualifica la rinunzia al legato come rifiuto impeditivo, appunto perché l'acquisto consisterebbe in una fattispecie complessa, composta dalla disposizione a titolo particolare e dallo spirare del tempo senza che l'onorato rifiuti.

[71] Cfr. Cass., sez. VI, 17 luglio 2019, n. 1284.

[72] Così, App. Firenze, 8 febbraio 1950, in *Foro it.*, 1950, *Rep.*, voce: *Successioni legittime e testamentarie,* n. 85, c. 1962, citata da A. PINO (*op. cit.*, 86, nota 30).

[73] *Ex multis*, Cass., sez. II, 23 gennaio 2007, n. 1408; Cass., sez. II, 12 giugno 2007, n.13706; Cass., sez. II, 7 gennaio 2019, n.125. V. pure Cass., sez. II, 3 settembre 2013, n. 20143 e Cass., sez. II, 29 ottobre 2015, n. 22097; Cass., sez. II, 4 settembre 2020, n. 18468, le quali precisano che il giudicato sullo scioglimento della comunione non comporta un giudicato implicito sulla insussistenza di una lesione della legittima, e che il legittimario che sia stato parte nel relativo giudizio sarà pertanto libero di agire successivamente in riduzione contro altri coeredi deducendo una tale lesione. Uno degli elementi discriminanti tra le due azioni più spesso messo in evidenza è il fatto che la divisione, a differenza della riduzione, presuppone necessariamente una comunione tra eredi.

[74] Cass. n. 18280/2017, cit.



Peraltro, è stato rilevato in dottrina che, nei casi previsti dall'art. 560 cod. civ., la restituzione conseguente a riduzione assume funzione divisoria, comportando lo scioglimento dello stato di indivisione in cui la cosa viene a trovarsi tra il legittimario e il beneficiario della disposizione ridotta: la norma, di cui al comma 1 del citato articolo, secondo la quale la riduzione si fa separando dall'immobile la parte occorrente per integrare la quota riservata, infatti, benché apparentemente riferita alla riduzione, concerne piuttosto l'azione di restituzione contro il donatario o l'onorato testamentario, e sta a significare che la restituzione deve essere ordinata previa divisione della cosa [75]. Da questo punto di vista, sarebbe dunque la domanda restitutoria a contenere implicitamente quella divisoria.

Ma, a parte i rapporti tra divisione e restituzione, l'imprescrittibilità della divisione esclude la rilevanza di una ipotetica incidenza su di essa della prescrizione dell'azione di riduzione; la quale, a sua volta, in quanto pregiudiziale alla divisione, non avrebbe modo di subire gli effetti del decorso del tempo in attesa della definizione di giudizî divisorî.

b) Lo stesso può dirsi per i rapporti con la collazione, la quale, secondo l'opinione più volte espressa dalla giurisprudenza, parteciperebbe della imprescrittibilità dell'azione di divisione, alla quale è preordinata [76]. La distinzione tra riduzione e collazione, quanto a soggetti, presupposti, funzioni ed effetti, è ampiamente messa in luce in letteratura, a partire dai testi istituzionali, ed è riprodotta in numerose pronunce, correlate alle frequenti occasioni di sovrapposizione tra i due istituti. Tale sovrapposizione si spiega sia con il fatto che, attraverso la collazione, è talora possibile l'eliminazione di fatto di eventuali lesioni della legittima, sebbene ciò non esima il legittimario, che volesse conseguire la quota di legittima in natura, dal proporre l'azione di riduzione, che è l'unico mezzo per ottenere tale risultato, laddove la collazione può farsi con imputazione del valore [77]; sia, e ancor più significativamente, con il potenziale conflitto tra le due azioni, che può determinarsi in alcune ipotesi, nelle quali può pervenirsi ad esiti notevolmente diversi in termini di valori conseguibili dai legittimarî lesi, secondo che si faccia applicazione prioritaria dell'una rispetto all'altra, rendendosi pertanto necessario stabilire in quale senso debba correttamente risolversi l'alternativa. Il problema, poco esplorato dalla giurisprudenza, è stato invece affrontato dalla dottrina, sia quella più risalente, che, argomentando dal carattere di inderogabilità delle norme sulla riduzione, ha affermato la necessità di fare innanzitutto applicazione di tali norme, e poi di quelle sulla collazione [78]; sia quella più recente, che, attraverso una attenta analisi della questione, anche nei varî aspetti applicativi, è giunta alla medesima conclusione, sostenendo che la tutela dei legittimarî deve operare a prescindere dalla divisione ereditaria e prima che essa sia domandata dai coeredi [79].

La riconosciuta priorità dell'azione di riduzione rispetto alla collazione conduce alla stessa osservazione sopra svolta in relazione alla divisione: l'una non ha bisogno di attendere l'esito dell'altra; la quale, a sua volta, in quanto imprescrittibile, è insensibile al trascorrere del tempo necessario allo svolgimento del giudizio di riduzione.

---

[75] L. MENGONI, *op. cit.*, 276.

[76] Cfr. Cass., sez. II, 2 febbraio 1979, n. 726; Cass., sez. VI, 6 maggio 1991, n. 4986; Trib. Trento, 9 novembre 2015, n. 1045, in *Redaz. Giuffrè*, 2016.

[77] Cfr. Cass., sez. II, 10 dicembre 2021, n. 39368, che quindi ammette il legittimario ad agire contestualmente in riduzione pur quando la collazione possa condurre alla eliminazione della lesione in termini di valore. V. in proposito il quale, precisando che le norme sulla riduzione, in quanto inderogabili, devono applicarsi prima di quelle sulla collazione, afferma che tra riduzione e collazione vi è esclusione reciproca, e che la collazione può essere invocata, non per la reintegrazione della legittima, ma dopo che questa sia stata reintegrata e per la redistribuzione delle liberalità, il valore delle quali eccede l'ammontare espresso con la indisponibile.

[78] A. PINO, *op. cit.*, 90 ss.

[79] V. BARBA, *op. cit.*, 392 ss., il quale lamenta la mancata presa di posizione della giurisprudenza sul problema.



c) Particolarmente intenso è il legame tra riduzione e restituzione; al punto, che, in passato, alcuni interpreti attribuivano all'azione di riduzione una natura mista, comprensiva anche dell'aspetto restitutorio [80]. Tuttora, si discorre spesso di "azione di riduzione in senso stretto", per rimarcare la distinzione con l'azione di restituzione. L'emanazione del codice del 1942 ha definitivamente chiarito la distinzione tra le due azioni, come pure si intende dalla Relazione del Guardasigilli al Codice Civile, che, al n. 271, 4), con riferimento all'azione di restituzione contro i terzi, nella quale si afferma di aver corretto, nell'art. 563, l'imprecisa qualificazione di "azione per riduzione e per la rivendicazione", presente nell'abrogato codice (art. 1096, mutuata dal *code civil*, che tuttora, all'art. 924-4, prevede la "*action en réduction ou revendication"*) [81]. Nella Relazione non si fa invece menzione dell'azione di restituzione contro il beneficiario della donazione o della disposizione testamentaria che ledano la legittima, a cui si attribuisce generalmente natura personale, al pari dell'azione di riduzione, con la quale ha in comune il soggetto passivamente legittimato, ossia, appunto il beneficiario anzidetto; e diversamente dall'azione contro il terzo avente causa dal beneficiario, a cui si attribuisce natura reale.

Entrambe le azioni restitutorie, comunque, presuppongono l'accoglimento dell'azione di riduzione, che non è sufficiente ad ottenere il recupero dei beni, limitandosi a produrre l'inefficacia della disposizione. Esse rimangono perciò precluse in caso di estinzione per prescrizione o per rinuncia di tale azione.

Nel rapporto tra riduzione e restituzione, avuto riguardo al problema del tempo, val la pena di considerare l'aspetto della contestuale proponibilità delle due domande giudiziali, tenuto conto della ricorrente affermazione, secondo la quale l'azione di restituzione è proponibile una volta passata in giudicato la sentenza di accoglimento dell'azione di riduzione [82]. In proposito, sembra potersi cogliere un generale favore verso la possibilità di proporre le due azioni nello stesso processo quando la restituzione sia richiesta al beneficiario della liberalità impugnata per riduzione [83]. Meno chiaro è se ciò sia possibile quando, avendo egli alienato i beni, la restituzione debba richiedersi contro i suoi aventi causa, tenuto conto della diversità tra le due azioni restitutorie [84] (ovviamente convenendo nel relativo giudizio anche costoro, sia pure ai soli fini della domanda di

---

[80] V., in proposito, F. MESSINEO (*Azione di riduzione e azione di restituzione*, cit.), il quale, scrivendo all'indomani dell'entrata in vigore del codice attuale, notava come i trattatisti dell'epoca non avessero sufficientemente messo in luce che la legge prevedeva, non una sola azione, ma due (p. 129), definendo "impressionante" il fatto che molti autori contemporanei non cogliessero tale distinzione perché influenzati dalla dottrina formatasi nel vigore del codice abrogato (p. 138). Con riguardo all'azione di restituzione, il Messineo sottolineava la "radicale diversità" tra l'azione di restituzione contro il gratificato dalla disposizione ridotta e quella contro i terzi acquirenti, affermando – all'inverso di quanto la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie reputano – la natura reale della prima, e la natura "schiettamente personale" della seconda. V. poi A. PINO, *op. cit.*, 78 ss., con i richiami alla dottrina che sosteneva tale tesi. V. pure la citazione tratta dall'opera di CICU, in nota 48, in cui l'illustre Autore afferma che l'azione di riduzione può essere proposta anche contro i terzi acquirenti dei beni lasciati per testamento o donati.

[81] Secondo L. FERRI (*op. cit.*, 169 ss.), sostenitore della tesi secondo la quale il legittimario sarebbe titolare di un diritto reale, non potrebbe imporsi a costui di proporre due distinte azioni: l'azione sarebbe una sola, di accertamento della lesione, e di condanna: un'unica azione in duplice aspetto.

[82] Trib. Monza, 27 giugno 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 459; Trib. Ancona, 2 agosto 2017, n. 1317, in *Redaz. Giuffrè*, 2017.

[83] V. in proposito A. Pino, *op. cit.*, 82; L. Mengoni, *op. cit.*, 234, 236, nota 41; M.C. TATARANO, *op. cit.*, 587; V. Barba, *op. cit.*, 410. V. poi Cass. n. 18280/2017, cit., la quale ha ravvisato in una domanda di divisione proposta contestualmente ad una di riduzione l'implicita proposizione di una domanda di restituzione. Ciò vale evidentemente ad ammettere che riduzione e restituzione possano contestualmente richiedersi. Nel caso specifico la restituzione era rivolta nei confronti dei medesimi soggetti beneficiarî della disposizione impugnata per riduzione. V. pure Cass., sez. II, 26 febbraio 1993, n. 2453.

[84] Sembra escluderlo L. Mengoni, *op. cit.*, 299, che pur ammette, come si è visto, il cumulo delle due azioni quando la restituzione sia richiesta nei confronti dello stesso beneficiario della disposizione lesiva. Egli specifica (*op. cit.*, 305) che, nell'azione di restituzione contro gli onorati testamentarî e i donatarî la *causa petendi* della prima è un effetto immediato della riduzione; mentre



restituzione, non essendo passivamente legittimati rispetto alla domanda di riduzione). Nella dottrina più recente tale possibilità è stata riconosciuta, peraltro con il rilievo della difficoltà che essa presenta, legata al fatto che l'azione contro il subacquirente esige la previa escussione del suo dante causa, secondo quanto dispone l'art. 563, comma 1, cod. civ.; talché l'azione dovrebbe essere proposta in forma di domanda di condanna condizionata, ove l'evento dedotto in condizione sarebbe l'esito infruttuoso di tale escussione [85]. A questo proposito, può osservarsi che l'escussione richiesta dalla citata disposizione non è necessariamente da intendersi come formalità procedurale da osservare prima di proporre l'azione, bensì come adempimento di natura sostanziale: si reputa pertanto sufficiente la prova della incapienza del beneficiario della disposizione; prova che, in linea di principio, dovrebbe fornire il legittimario, attore in restituzione [86]. Se così è, il condizionamento della condanna, e della relativa domanda, all'evento della infruttuosa escussione non appare necessario, almeno quando non vi siano beni da aggredire nel patrimonio del donatario [87].

La proposizione cumulativa delle due azioni scongiura la possibilità che il tempo necessario allo svolgimento del giudizio relativo alla prima possa sottrarsi al decorso di una eventuale prescrizione della seconda. Ma, anche qualora l'azione di restituzione fosse proposta successivamente all'azione di riduzione, un rischio del genere non sarebbe ravvisabile. Infatti, se il presupposto della restituzione è l'accoglimento definitivo della domanda di riduzione, *id est* il giudicato della dichiarazione di inefficacia della disposizione lesiva, il decorso della prescrizione del diritto alla restituzione non potrebbe che prendere data dalla formazione di tale giudicato, senza che ciò consenta di qualificare l'azione restitutoria come *actio iudicati* della sentenza di riduzione [88]: si tratta, invece, di un'autonoma azione di cognizione, a contenuto condannatorio, il cui esercizio non è possibile, anche agli effetti di cui all'art. 2935 cod. civ., prima che sia intervenuto il giudicato di accoglimento della domanda di riduzione.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se abbia senso interrogarsi sui rischi di prescrizione dell'azione di restituzione, in ipotesi ricollegabili all'esercizio – necessario, ma non sufficiente, per il recupero del bene, come si è rammentato – dell'azione di riduzione, dal momento che il diritto del legittimario vittorioso in riduzione di recuperare i beni oggetto delle disposizioni ridotte dovrebbe reputarsi imprescrittibile, almeno con riferimento al diritto di restituzione verso i terzi acquirenti, da far valere con l'azione *ex* art. 563 cod. civ. Si è già detto che a tale azione l'opinione dominante attribuisce natura reale, e non perché il legittimario in quanto tale sia titolare di un diritto reale, ma perché, ottenuta la riduzione della liberalità lesiva, egli agisce in qualità di erede contro il terzo avente causa dal beneficiario della liberalità, che abbia da questi acquistato la proprietà. Se, come in precedenza rilevato, la dichiarazione di inefficacia relativa prodotta dal giudicato di riduzione comporta che, nei confronti del legittimario attore, i beni dei quali il *de cuius* abbia disposto con

---

l'azione contro i terzi acquirenti si ricollega a una fattispecie complessa, nella quale al giudicato di riduzione si aggiunge la infruttuosa escussione dei beni di colui contro il quale il giudicato è stato emesso.

[85] S. Delle Monache, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. not.*, 2006, 311, nota 16.

[86] Cass., sez. II, 1 marzo 2011, n. 5042; Trib. Savona, 5 dicembre 2015, in *Redaz. Giuffrè*, 2016, le quali affermano che il rispetto di tale formalità esige che vi sia un patrimonio da aggredire. Secondo U. Perfetti, *op. cit.*, 235, sarebbe sufficiente al legittimario allegare l'inesistenza di beni da escutere nel patrimonio del donatario, spettando al terzo acquirente convenuto in restituzione di indicare quali siano i beni aggredibili.

[87] Con riferimento alla domanda di restituzione contro il beneficiario della disposizione lesiva, si afferma che essa è di regola proposta condizionatamente alla domanda di riduzione (A. Pino, *op. cit.*, 149): la condizionalità, da questo punto di vista, dipende dal fatto che la dichiarazione di inefficacia relativa, in cui la riduzione consiste, è il presupposto necessario della restituzione.

[88] Così, L. Mengoni, *op. cit.*, 236, in relazione all'azione contro il beneficiario della disposizione lesiva. Quanto all'azione contro i suoi aventi causa, la diversità tra i legittimati passivi dell'azione di riduzione e quelli dell'azione di restituzione rende ancor meno sostenibile che questa possa atteggiarsi come *actio iudicati* basata sulla sentenza di riduzione.



l'atto di liberalità ridotto si considerano come mai usciti dal suo patrimonio, vuol dire che il legittimario vittorioso in riduzione ne ha la proprietà come suo successore (ammesso che il dante causa ne fosse proprietario). Tale azione si fonda cioè sul titolo ereditario, mentre il titolo dell'azione di riduzione è rappresentato dalla qualità di legittimario, non da quella di erede [89], come mostra anche il fatto che il legittimario pretermesso, agendo in riduzione, non potrebbe far valere tale qualità, che acquisterà invece solo in séguito all'accoglimento della domanda. Pertanto, il legittimario attore non è tenuto a fornire la prova della proprietà, similmente a colui che esperisce la *petitio hereditatis*, dalla quale però l'azione di restituzione si distingue perché ha per oggetto singoli beni, in ciò ricordando piuttosto l'azione di rivendicazione. L'azione in discorso è stata perciò definita come un autonomo tipo di azione reale, non soggetta a prescrizione, al pari della petizione di eredità e della rivendicazione, con caratteristiche che la accomunano per certi aspetti, e la differenziano per altri, dall'una e dall'altra [90].

Uguale conclusione dovrebbe trarsi in relazione all'azione di restituzione contro il beneficiario della disposizione lesiva, alla quale l'opinione prevalente riconosce tuttavia natura personale. Eppure, anche in tal caso il fondamento della restituzione è costituito dal titolo ereditario. Si osserva, però, che, se alla sentenza di riduzione fosse collegata immediatamente un'azione petitoria, il legittimario dovrebbe poterla senz'altro esperire contro i terzi possessori, ai quali siano stati trasferiti i beni dal beneficiario della liberalità ridotta; mentre egli deve innanzitutto insistere nell'azione contro quest'ultimo per ottenerne la condanna al pagamento dell'equivalente in denaro, potendo agire contro i terzi acquirenti solo dopo aver constatato la sua insolvenza. Proprio il requisito della previa escussione di tale beneficiario sarebbe l'indice più eloquente della natura personale dell'azione di restituzione nei suoi confronti [91]. Il beneficiario, dunque, pur quando abbia alienato il bene oggetto della disposizione in suo favore, mantiene la legittimazione passiva all'azione di restituzione, il cui oggetto si è trasformato in diritto all'equivalente pecuniario, come accade nelle azioni personali di restituzione [92]. In definitiva, il legittimario fa valere la pretesa restitutoria contro tale beneficiario, bensì sulla base del titolo ereditario, ma – si afferma – tale pretesa assume il carattere di pretesa di natura personale, fondata sulla inefficacia sopravvenuta del titolo di acquisto [93].

Alla natura personale della pretesa dovrebbe conseguire la prescrittibilità del diritto restitutorio, secondo le regole generali, e dunque nell'ordinario termine decennale. Sicuramente prescrittibile è anche il cennato diritto all'equivalente pecuniario, come lo sono altri crediti, di natura essenzialmente indennitaria, che possono discendere dal vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, di contenuto essenzialmente indennitario

---

[89] Cfr. Cass., sez. II, novembre 2000, n. 14864; Cass. n. 18468/2020, *cit.*

[90] L. MENGONI, *op. cit.*, 305-306. Per G. TAMBURRINO (*op. cit.*, 1376), si tratterebbe di una vera e propria rivendicazione, che nulla avrebbe a che fare con la *petitio hereditatis.* Secondo C.M. BIANCA (*op. cit.*, 221), la qualità di erede che la riduzione delle disposizioni a titolo universale comporta consentirebbe al legittimario di esercitare l'azione di petizione di eredità per conseguire i beni ereditarî in possesso dei coeredi. Afferma M.C. TATARANO (*op. cit.*, 566) che il fatto che, con la sentenza di riduzione, si determina la delazione *ex lege* del legittimario, e che questi, in virtù di essa, e non della sentenza, acquista i beni che erano a lui riservati (cfr. *supra*, nota 47) comporta che il legittimario non può agire contro l'erede testamentario beneficato dalla disposizione lesiva (né contro i suoi aventi causa) con la petizione di eredità, potendo esperire tale azione solo nei confronti di chi possiede i beni ereditarî in qualità di erede apparente o senza titolo. V. poi A. GROSSO, G. BURDESE, *op. cit.*, 366, secondo i quali la legittimazione dell'erede a proporre la petizione di eredità consentirebbe di ricavare il riconoscimento in suo favore di un diritto assoluto a sé stante a che nessuno si impossessi senza titolo particolare di beni ereditarî.

[91] L. MENGONI, *op. cit.*, 307. Osserva A. Pino, *op. cit.*, 128, che la sentenza di riduzione non fa sorgere nell'onorato un obbligo di trasferire il diritto al legittimario, ma si limita a rendere inefficace, rispetto a lui, il titolo di acquisto. V. pure V. BARBA, *op. cit.*, 410 ss.

[92] Così anche C.M. BIANCA (*op. cit.,* 221-222), il quale sottolinea come, con la trasformazione del diritto restitutorio in diritto all'equivalente in denaro, si faccia applicazione del principio dell'indebito (art. 2037 cod. civ.).

[93] L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*



(cfr. art. 560 cod. civ., comma 2, ultimo periodo; art. 561, comma 1, secondo periodo, cod. civ., quale risulta dalla riforma del 2005; art. 562 cod. civ., come può argomentarsi dal riferimento al valore della donazione che non può recuperarsi dal donatario). Senonché, su tale termine non può influire il tempo necessario ad ottenere il giudicato sulla domanda di riduzione, perché, come già detto, i suddetti diritti possono farsi valere a partire da tale giudicato.

d) Il tempo necessario per ottenere la sentenza di riduzione potrebbe peraltro avere incidenza su un altro termine riguardante la restituzione: si tratta del termine ventennale previsto dall'art. 563, comma 1, cod. civ., nel testo derivante dalla riforma introdotta dalla l. n. 80/2005, trascorso il quale senza che sia stata nel frattempo proposta l'azione di riduzione, e non sia stata notificata e trascritta l'opposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 563 cod. civ., gli acquisti di immobili degli aventi causa dai donatarî soggetti a riduzione in rimangono stabilizzati, ossia non più esposti alle azioni di restituzione dei legittimarî [94]. Il problema, dal punto di vista del legittimario che persegua la tutela reale, deriva dal fatto che, in base al testo della menzionata disposizione, per far salvo il diritto alla restituzione verso il subacquirente, è l'azione di restituzione a dover essere proposta entro il ventennio, il quale decorre dalla data della trascrizione della donazione; cosicché potrebbe darsi il caso che, non essendo ancora trascorso il ventennio al momento dell'apertura della successione, il legittimario che agisca per la riduzione contro il donatario, sia pure senza indugio (trattandosi di impugnare una donazione, il diritto di agire potrebbe esercitarsi già a partire dal momento di apertura della successione, sia che si aderisca all'orientamento tradizionale, sia che si aderisca al criterio stabilito da Cass. n. 20644/2004), e rimanga in attesa dell'esito definitivo di questa prima di promuovere l'azione di restituzione (così come dovrebbe essere per quanti non reputino proponibile l'azione di restituzione contestualmente a quella di riduzione, o comunque prima che si sia formato il giudicato su quest'ultima), esponendosi al rischio che, nel frattempo, l'intero periodo ventennale si consumi, e l'acquisto del terzo si consolidi definitivamente, precludendo al legittimario la possibilità di agire per la restituzione.

Tale inconveniente è stato rilevato dalla dottrina che ha analizzato le questioni poste dall'introduzione della riforma del 2005, la quale ha segnalato gli effetti distorsivi della relativa disciplina, se interpretata in modo letterale; tra l'altro, notando la disparità di trattamento che, a tale stregua, si determinerebbe rispetto alla disciplina dell'art. 561 cod. civ., secondo la quale l'onere imposto al legittimario per ottenere la libertà dai pesi e dalle ipoteche costituiti dal sui beni immobili e mobili registrati dal donatario è quello di proporre entro il ventennio l'azione di riduzione; mentre, nel caso di alienazione del bene, la proposizione dell'azione di riduzione ugualmente tempestiva non porrebbe il legittimario al riparo dal rischio di perdita dell'azione contro il terzo acquirente.

Al problema può ovviarsi se, forzando il dato letterale, si interpreta la norma nel senso che l'azione da proporre entro il ventennio è quella di riduzione, e non quella di restituzione, così come suggeriscono alcuni autori, non senza opinioni contrarie [95].

e) Le interferenze con l'azione di riduzione probabilmente più vistose, sul piano della prescrizione, e non

---

[94] Al riguardo si è osservato che il principio di retroattività reale del giudicato di riduzione ha subìto, in conseguenza della riforma, una severa limitazione in sede di restituzione contro il terzo acquirente. Il legittimario diviene in tal modo creditore del donatario escusso nel suo patrimonio personale poiché il bene donato in vita transita definitivamente nel patrimonio del terzo, immune da ogni sanzione restitutoria: così. A. PALAZZO, *op. cit.*, 2.

[95] Così, V. BARBA, *op. cit.*, 458; S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 310 ss.; G. SICCHIERO, *Questioni aperte sull'opposizione alle donazioni ex art. 563 cod. civ. (anche per le donazioni ante riforma)*, in *Vita not.*, 2022, 105-106. *Contra*, A. PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo la L. n. 80 del 2005*, in *Vita not.*, 2005, 765, il quale distingue secondo che la restituzione debba richiedersi al donatario ovvero ai suoi aventi causa: nel primo caso, secondo l'Autore, è l'azione di riduzione a doversi proporre nel ventennio; nel secondo caso, è invece l'azione di restituzione.



soltanto su tale piano, sono quelle derivanti dalla proposizione dell'azione di simulazione, dunque di un'azione non tipicamente successoria. La rilevanza di tale relazione tra le due azioni è testimoniata dall'imponente produzione giurisprudenziale nella quale essa viene in rilievo, con esiti non sempre condivisi dalla dottrina. Si aggiunga che, proprio attraverso l'azione di simulazione, in connessione con riforme legislative relativamente recenti, è venuto ad infrangersi per via interpretativa il principio, fino ad allora sempre tenuto fermo, che esclude l'accesso alla tutela giurisdizionale della legittima prima della morte dell'ereditando. Un tale *vulnus*, che comunque ha limiti ben definiti, attiene all'esercizio del diritto di opposizione attribuito al coniuge e ai parenti in linea retta dall'art. 563, comma 4, cod. civ., come modificato dalla l. n. 80/2005, al quale poco sopra si è fatto cenno; e consiste nel riconoscimento dell'esperibilità, da parte dei soggetti anzidetti, anche prima dell'apertura della successione, dell'azione di accertamento della simulazione di atti che dissimulino donazioni, allo scopo di potere utilmente esercitare il diritto di opposizione, ossia di poter notificare l'opposizione, e soprattutto di poterla trascrivere sull'immobile oggetto della donazione dissimulata, così provocando la sospensione di tale termine [96]. L'esperibilità *ante mortem* dell'azione di simulazione non si fonda su una lesione della legittima, che, in quella fase, non potrebbe avere carattere di attualità, ma su quello di una astratta potenzialità lesiva dell'atto di liberalità dissimulato. Essa non è, dunque, direttamente finalizzata all'esercizio dell'azione di riduzione, bensì a creare il presupposto per notificare e trascrivere l'atto opposizione, in vista di eventuali azioni di riduzione e di restituzione, le quali rimangono proponibili solo *post mortem* [97].

Una volta aperta la successione, invece, il coordinamento tra le due azioni è diretto, e il loro un esercizio congiunto è un'evenienza molto frequente, alla quale si riconnette l'abbondante casistica giurisprudenziale, a cui si è fatto prima riferimento. L'ipotesi più comune è proprio quella della simulazione di un atto a titolo oneroso che dissimuli un atto donativo; simulazione relativa, perciò, il cui accertamento conduce a un incremento del *donatum*. L'accertamento della simulazione può dunque essere preordinato all'impugnazione per riduzione della donazione dissimulata; oppure ad acquisire, attraverso la collazione, i beni oggetto dell'atto dissimulato alla massa ereditaria. Ma può anche accadere che l'atto dissimulato sia invalido (per esempio, per difetto di forma), sicché dall'accertamento della simulazione discende un incremento del *relictum*, poiché il bene invalidamente donato, sotto l'apparenza di un atto oneroso, non è mai uscito dal patrimonio del defunto; accertamento, dunque, che il legittimario può avere interesse ad ottenere. Un tale risultato potrebbe, evidentemente, derivare anche dalla dichiarazione di simulazione assoluta di un atto, oneroso o gratuito, con il quale il defunto durante la sua vita abbia disposto di suoi beni. Si è precisato che, in tali casi, il legittimario integra la legittima mediante la *petitio hereditatis* contro il simulato acquirente, non con l'azione di riduzione [98].

La questione essenziale che si pone in materia riguarda la posizione del legittimario rispetto agli atti simulati: se egli, in specie, debba considerarsi terzo, e quindi in posizione antagonista rispetto al *de cuius*, ov-

---

[96] La natura di tale termine è controversa: secondo alcuni autori, si tratterebbe infatti di un termine di prescrizione (C.M. Bianca, *op. cit.*, 227); secondo altri, di decadenza (S. DELLE MONACHE, *op. cit*., 312); secondo altri ancora, di un termine di durata, posto nell'interesse del terzo, che risponderebbe alle esigenze del mercato immobiliare (R. CAPRIOLI, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili* donati, in *Riv. not.*, 2005, 1027).

[97] Cfr. Cass., sez. II, 9 maggio 2013, n. 11012; App. Roma, 3 giugno 2017, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 636; Cass., sez. II, 9 settembre 2019, n. 22457; Cass., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4523. Si veda poi il commento a quest'ultima sentenza di G. SICCHIERO (*Questioni aperte*, cit., 106 ss.), il quale nega la necessità di far precedere l'atto di opposizione dall'accertamento della simulazione, poiché tale accertamento è presupposto per l'azione di riduzione, non per l'opposizione.

[98] Cass., sez. II, 9 maggio 2019, n. 12317.



vero, in quanto suo erede, nella sua stessa posizione, di parte del negozio simulato. Tale questione ha principalmente rilievo rispetto al regime della prova della simulazione, poiché, secondo il caso, sarà consentita, o invece preclusa, la prova per testimoni e presunzioni, in conformità alla disciplina dettata dall'art. 1417 cod. civ.; ma assume rilievo anche rispetto alla decorrenza della prescrizione.

Al rapporto tra simulazione e riduzione si riconnette altresì la questione della necessità dell'accettazione con beneficio di inventario nei casi previsti dall'art. 564, comma 1, cod. civ. per l'azione di riduzione. Si afferma, infatti, che l'accettazione beneficiata opera come condizione di ammissibilità anche dell'azione di simulazione qualora essa sia proposta insieme con l'azione di riduzione [99], negli stessi limiti in cui essa opera rispetto a quest'ultima, cosicché non sarà richiesta quando ad agire sia il legittimario del tutto pretermesso [100].

La contestuale proposizione delle due azioni è il presupposto sulla base del quale il legittimario viene considerato terzo rispetto al negozio simulato, e quindi ammesso a provare la simulazione senza limiti in ordine ai mezzi di prova [101], sebbene poi si ammetta che il legittimario possa avvalersi del medesimo regime probatorio anche quando, oltre alla simulazione dell'atto oneroso, si deduca l'invalidità dell'atto dissimulato, o si deduca la simulazione assoluta, non potendosi applicare due regimi probatorî diversi rispetto al medesimo atto simulato [102]. Mentre si esclude che il legittimario possa agire per la simulazione in qualità di terzo quando tale azione sia proposta in funzione dell'acquisizione mediante collazione del bene donato dietro l'apparenza di un atto a titolo oneroso (v. *infra*).

Il profilo della prova della simulazione non è di specifico interesse in questa sede. Basterà perciò riferire, quindi, che la critica di parte della dottrina si è indirizzata soprattutto verso l'affermazione secondo la quale il legittimario agisce come terzo, con il conseguente regime probatorio di favore, solo quando contestualmente agisca in riduzione, poiché solo in tal caso – questa è la tesi contestata – egli assumerebbe una posizione antagonista rispetto a quella del defunto, cioè di opposizione alla volontà negoziale da questi manifestata. Il che comporta che il legittimario nemmeno sarebbe legittimato ad agire per la simulazione quando non agisse per chiedere la riduzione della liberalità, magari perché gli è preclusa l'azione per il fatto di avere accettato l'eredità puramente e semplicemente, e la liberalità sia stata disposta in favore di soggetti non chiamati come coeredi. Si contesta, dunque, l'asserita indisgiungibilità tra simulazione e riduzione come presupposto per il riconoscimento della qualità di terzo del legittimario rispetto al negozio simulato, osservandosi in contrario che la simulazione potrebbe giovare alla tutela del legittimario, non soltanto ai fini dell'azione di riduzione della liberalità simulata, ma, più in generale, ai fini della riunione fittizia [103].

---

[99] Cfr. Cass., sez. VI, 22 giugno 2017, n. 15546: "*costituisce principio costantemente ribadito da questa Corte quello secondo cui l'azione di simulazione relativa proposta dall'erede in ordine ad un atto di disposizione patrimoniale del "de cuius" stipulato con un terzo, che si assume lesivo della quota di legittima ed abbia tutti i requisiti di validità del negozio dissimulato (nella specie una donazione in favore di un altro erede), deve ritenersi proposta esclusivamente in funzione dell'azione di riduzione prevista dall'art. 564 cod. civ, con la conseguenza che l'ammissibilità dell'azione è condizionata dalla preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario. Tuttavia l'esigenza del rispetto di tale condizione non ricorre quando l'erede agisca per far valere una simulazione assoluta od anche relativa, ma finalizzata a far accertare la nullità del negozio dissimulato, in quanto, in tale ipotesi, l'accertamento della realtà effettiva dell'atto consente al legittimario di recuperare alla massa ereditaria i beni donati, in realtà mai usciti dal patrimonio del defunto*".

[100] Cass., sez. II, 3 luglio 2013, n. 16635; Cass., sez. II, 24 marzo 2014, n. 6888; Cass., sez. II, 30 maggio 2014, n. 12221; Cass., sez. II, 22 agosto 2018, n. 20971; Cass., sez. II, 19 novembre 2019, n. 30079.

[101] Cass., sez. II, 17 ottobre 2016, n. 20960; Cass., sez. II, 21 dicembre 2021, n. 41132.

[102] Cass., sez. II, 13 giugno 2018, n. 15510**;** Cass., sez. II, 9 maggio 2019, n. 12317; Cass., sez. II, 8 settembre 2021, n. 24178.

[103] A. PINO, *op. cit.*, 102 ss.; GIUS. AZZARITI, *op.cit.*, 157 ss., il quale riferisce dei contrastanti orientamenti della giurisprudenza dell'epoca sul punto (unicamente citando Cass., 15 ottobre 1953, n. 3385); L. MENGONI, *op. cit.*, 205 ss.; V. BARBA, *op. cit.*, 192 ss.



A questo riguardo, deve però darsi atto di alcune pronunce, che sembrano aver recepito tali ragioni di critica, e che riformulano il principio di diritto in termini più ampî rispetto a quello poco sopra richiamato, riconoscendo la qualità di terzo al legittimario che agisca per la simulazione ogniqualvolta questi ne richieda l'accertamento in funzione del conseguimento della legittima, indipendentemente dal fatto che, insieme con la domanda di simulazione, sia stata proposta una domanda di riduzione (o anche di nullità o inefficacia) della donazione dissimulata, reputandosi sufficiente che la simulazione sia fatta valere in funzione di un effetto dipendente dalla riunione fittizia: per esempio, ai fini dell'applicazione dell'art. 553 cod. civ. [104].

La questione della posizione del legittimario rispetto agli atti simulati – se egli sia terzo, o invece parte – si pone altresì, come accennato, anche rispetto al tema di più specifico interesse in questa sede: quello della prescrizione. Vale a dire che la prescrizione dell'azione di simulazione relativa, che, come si è visto, viene in considerazione soprattutto in relazione all'ipotesi di atto oneroso simulato che dissimuli una donazione, secondo un principio consolidatosi in giurisprudenza, prende una differente decorrenza nei due diversi casi: dalla data di apertura della successione ove il legittimario agisca in qualità di terzo; dalla data dell'atto simulato ove invece agisca in qualità di parte [105]. Ne discende che, se l'azione di simulazione è preordinata a quella di riduzione, o comunque – facendo applicazione del più ampio principio poco sopra esposto – in funzione di un effetto dipendente dalla riunione fittizia, essa potrà proporsi nel decennio dalla apertura della successione. Diversamente, ad esempio se la simulazione fosse esperita per acquisire ai fini della divisione, previa collazione il bene uscito dal patrimonio del *de cuius* con la donazione dissimulata alla massa ereditaria, la prescrizione inizierà a decorrere dalla data dell'atto simulato.

Si sostiene in proposito che, diversamente dal caso in cui ad agire sia la parte, rispetto al quale il diritto derivante dal contratto dissimulato sorge di solito alla data di stipulazione del contratto, quando ad agire sia il terzo, la prescrizione decorre solo dal momento in cui la simulazione gli arrechi danno, richiamandosi in proposito la norma dell'art. 1415, comma 2, cod. civ. ("*i terzi possono fare valere la simulazione nei confronti delle parti quando essa pregiudica i loro diritti*") [106]; il che si verificherebbe nel momento di apertura

---

In particolare, il Mengoni ravvisa nel contestato principio giurisprudenziale una indebita identificazione tra riunione fittizia e riduzione, osservando che una tale identificazione non ha riscontro nella disposizione dell'art. 556 cod. civ., la quale non pone un limite del genere, ossia un vincolo di strumentalità della riunione fittizia rispetto alla riduzione; e che essa è frutto di una suggestione indotta dal testo dell'art. 822 del codice del 1865, che prospettava le operazioni di calcolo della legittima come mezzi preordinati alla riduzione. L'Autore sottolinea che l'azione di simulazione non è necessariamente preordinata alla riduzione, essendo funzionale innanzitutto alla ricostruzione esatta del patrimonio ereditario, e quindi alla riunione fittizia, appunto da non sovrapporre alla riduzione; e rileva in proposito che il legittimario che accetti puramente e semplicemente, sebbene non possa chiedere l'integrazione della legittima con i beni donati ad estranei, ha interesse a chiederne la riunione fittizia quando sia chiamato all'eredità insieme con coeredi non legittimarî, o con altri legittimarî avvantaggiati dal *de cuius* sulla disponibile. V. poi oltre alle sentenze citate nelle note 63 e 64, la recente Cass., sez. II, 14 marzo 2022, n. 8174, che ha cassato la sentenza del giudice *a quo* per avere erroneamente escluso dalla riunione fittizia una donazione fatta a soggetti non coeredi in ragione della dichiarata inammissibilità dell'azione di riduzione dovuta alla mancata osservanza da parte dell'attore della condizione prevista dall'art. 564, comma 1, cod. civ. Tale esclusione – secondo la S.C. – costituisce violazione della disciplina della riunione fittizia, là dove essa prevede il cumulo tra *relictum* e *donatum*, indipendentemente dalla concreta esperibilità dell'azione di riduzione; cosicché l'inammissibilità dell'azione di riduzione è ininfluente ai fini della determinazione della quota di legittima.

[104] Cass. n. 12317/2019, cit.; Cass., sez. II, 31 luglio 2020, n. 16515; Cass., sez. II, 31 luglio 2020, n. 16535.

[105] Cass., sez. II, 6 novembre 1986, n. 6493; Cass., sez. II, 6 agosto 1990, n. 7909; Cass., sez. II, 30 luglio 2004, n. 14562; Cass., sez. II, 21 febbraio 2007, n. 4021; Cass., sez. II, 29 febbraio 2016, n. 3932; Cass., sez. II, 5 gennaio 2017, n. 138; Cass., sez. III, 6 marzo 2018, n. 5159.

[106] Così, Cass. n. 6493/1986, cit. Tale sentenza ha cassato App. Ancona, 1 marzo 1983, la quale aveva respinto la domanda di simulazione dichiarandola prescritta, individuando la data di decorrenza della prescrizione in quella del contratto simulato, anziché in quella di apertura della successione, benché l'accertamento della simulazione fosse stato richiesto in funzione della reintegrazione nella quota di legittima.



della successione, in cui l'atto compiuto dal *de cuius* assumerebbe l'idoneità a ledere i diritti del legittimario [107]; qualità che, del resto, si acquisisce in quel medesimo momento. Si dovrebbe intendere, dunque, che, prima di allora, vi sarebbe un impedimento giuridico all'esercizio dell'azione di simulazione.

Potrà notarsi che i riferiti principî poggiano su due premesse: la prima, e più generale, è quella della prescrittibilità, nel termine ordinario decennale, dell'azione di simulazione relativa, che, in tal modo, si distinguerebbe dall'azione di simulazione assoluta, per certo imprescrittibile; la seconda, e più specifica, è quella della decorrenza della prescrizione dell'azione di riduzione dalla data di apertura della successione. Quest'ultima, come si è visto sin dalle prime pagine di questo scritto, non è certo materia incontroversa. Qualora, pertanto, si dovesse convenire che il momento di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di riduzione debba essere altrove collocato che nella data di apertura della successione, da quel diverso momento dovrebbe pure iniziare a decorrere il termine di prescrizione dell'azione di simulazione relativa connessa con l'azione di riduzione, ed anzi con la riunione fittizia [108].

L'effettiva importanza di quest'ultimo rilievo è peraltro limitata, ove si consideri che la casistica in tema di simulazione di atti connessi alla tutela dei legittimarî, concerne, pressoché in tutti i casi, donazioni dissimulate da atti onerosi: si è visto, infatti, che, quando l'azione di riduzione sia volta ad impugnare donazioni lesive della legittima, la prescrizione di tale azione comunque decorre dalla data di apertura della successione. Il che, peraltro, può dirsi quando siano solo atti donativi a formare oggetto dell'impugnazione per riduzione, poiché, invece, quando si impugnino anche disposizioni testamentarie, la questione del *dies a quo* della prescrizione dell'azione di riduzione si ripropone: come indicato nelle pagine che precedono, l'applicazione del criterio enunciato da Cass., sez. un., n. 20644/2004 comporta, rispetto ad una medesima successione, non già l'individuazione di date di decorrenza differenziate secondo la natura degli atti da impugnare, ma la fissazione di un'unica data di decorrenza, che dovrebbe individuarsi nella data dell'ultima delle accettazioni di eredità da parte dei soggetti istituiti eredi con le disposizioni testamentarie lesive, sia pure potenzialmente, dei diritti dei legittimarî.

Particolare attenzione merita la premessa più generale, ossia l'affermazione secondo la quale l'azione di simulazione relativa, diversamente dall'azione di simulazione assoluta, non sarebbe imprescrittibile, ma sarebbe soggetta a prescrizione nell'ordinario termine di cui all'art. 2946 cod. civ. Tale regola giurisprudenziale, in realtà, non sempre è formulata allo stesso modo: in alcune delle numerose pronunce in materia, essa è espressa proprio negli scarni termini appena esposti; in altre, con maggiore articolazione concettuale, si puntualizza che l'azione di simulazione è di per sé sempre imprescrittibile, indipendentemente dal fatto che si tratti di simulazione assoluta o relativa; e che, tuttavia, il decorso del tempo può colpire i diritti che presuppongono l'esistenza del negozio dissimulato, così esercitando una influenza indiretta sull'azione di simulazione.

Di tale diversità mostra di avvedersi una recente sentenza della Corte di Cassazione, che, svolgendo una ricognizione di alcuni suoi precedenti, tenta una sintesi delle diverse declinazioni del principio, affermando che anche la sua più concisa enunciazione attiene sempre all'ipotesi di azioni volte a far valere il diritto nascente dal contratto dissimulato, o comunque a trarne effetti in proprio favore; con la precisazione che il van-

[107] Così, Cass. n. 14562/2004; Cass., n. 138/2017, cit. Nella prima delle due, peraltro, si aggiunge, meno comprensibilmente, che quello stesso momento coinciderebbe con quello di acquisto della qualità di erede.

[108] Coglie il problema, senza trattarne specificamente, Cass. n. 3932/2016, cit., là dove, riferendosi all'apertura della successione quale data di decorrenza dell'azione di simulazione finalizzata alla proposizione dell'azione di riduzione, precisa, poi, in parentesi: "*o comunque dallo stesso termine a partire dal quale è esperibile l'azione di riduzione",* evidentemente assumendo che tale data possa non coincidere con l'apertura della successione.



taggio che se ne può trarre va inteso "con esclusivo riferimento ai diritti nascenti dal negozio dissimulato", e che, qualora si sostenga che tale negozio è privo di effetti giuridici, come quando se ne invoca la nullità, la prescrizione non opera [109].

Se le riferite precisazioni hanno il pregio di chiarire che l'azione di simulazione è di per sé sempre imprescrittibile, l'approdo interpretativo di tale giurisprudenza nondimeno si risolve in una impropria trasposizione all'azione di simulazione – trattata, per così dire, come "azione-mezzo" – dei caratteri dell'azione che potremmo definire "azione-fine" [110]. Una forzatura siffatta è talora motivata con il richiamo all'interesse ad agire: si è talora affermato, infatti, che la lesione dei diritti del legittimario, che l'apertura della successione determinerebbe, renderebbe "attuale e concreto" l'interesse ad agire di questi per la simulazione del contratto che dissimuli l'atto di liberalità lesivo [111]; ma il richiamo all'interesse ad agire per la simulazione è rinvenibile anche al di fuori della correlazione con l'azione di riduzione [112].

In tal modo, però, si sovrappongono aspetti eterogenei, per di più soggetti a regole processuali del tutto diverse: da un lato, una condizione dell'azione, il difetto della quale è rilevabile anche d'ufficio in qualunque fase del processo; dall'altro, una causa di estinzione del diritto dedotto in giudizio, la cui rilevanza è rimessa alla disponibilità, e alla sollecitudine, della parte convenuta, titolare del potere di eccezione, da esercitarsi entro brevi e perentorî termini. Il coordinamento tra interesse ad agire e prescrizione andrebbe perciò ricostruito nel modo seguente: qualora il convenuto proponga (fondatamente) l'eccezione di prescrizione nelle forme e nei termini di legge, si determina il venir meno dell'interesse dell'attore ad agire in simulazione, che quindi non potrebbe dirsi mancante *ab origine*. La sopravvenuta carenza di una condizione dell'azione dovrebbe condurre ad una pronuncia in rito di inammissibilità della domanda di simulazione, e ad un rigetto nel merito, per prescrizione, della domanda fondata sul contratto dissimulato. La doverosa distinzione tra le due domande non consente, invece, di discorrere di prescrizione dell'azione di simulazione.

Altre volte, per giustificare la decorrenza della prescrizione dell'azione di simulazione finalizzata alla riduzione di liberalità lesive, si è evocata l'altra condizione dell'azione civile, ossia la legittimazione ad agire, connessa con l'acquisizione della qualità di legittimario, appunto in coincidenza con l'apertura della succes-

---

[109] Cass., sez. II, 7 gennaio 2019, n. 125, ove si legge: "*Vero è che questa Corte regolatrice ha più volte affermato che, mentre l'azione di simulazione assoluta di un contratto è imprescrittibile, quella di simulazione relativa è soggetta alla prescrizione ordinaria (v. sent. 24.6.1969 n. 2267, 29.1.1971 n. 220, 7.6.1974 n. 1757, 7.8.1979 n. 4569), ma è altrettanto vero che essa ha sempre fatto riferimento a tale ultima azione "in quanto tendente ad individuare il reale contratto voluto dalle parti, a contenuto diverso da quello del contratto simulato, e a far valere il diritto nascente dal contratto dissimulato", in tal modo delimitandone lo stesso concetto all'ipotesi in cui la parte che agisce miri ad ottenere l'adempimento del negozio realmente voluto o, comunque sia volto a trarne qualche effetto a proprio favore*"; e ancora: "*il discrimine tra azione di simulazione assoluta e di simulazione relativa in senso proprio sta nel fatto che con la prima si mira soltanto a far dichiarare l'inesistenza di qualsiasi mutamento della realtà giuridica preesistente al negozio simulato, mentre con la seconda si tende a far emergere il reale mutamento di detta realtà voluto dalle parti in luogo di quello apparentemente posto in essere, in modo e al fine di potersene in qualche modo avvantaggiare, con la conseguenza che solo in quest'ultimo caso deve parlarsi di prescrizione, per altro con esclusivo riferimento ai diritti nascenti dal negozio dissimulato. Allorquando, quindi, pur prospettandosi l'esistenza di un negozio dissimulato sotto quello apparente, si sostenga che esso, per una qualsiasi ragione, è privo di ogni effetto giuridico, l'azione non è tesa a far valere una simulazione relativa, poiché nessuna pretesa viene accampata sulla base del negozio dissimulato del quale, anzi, si invoca la nullità, e non è soggetta, perciò, a prescrizione*". Il problema delle diverse posizioni della giurisprudenza in argomento era stato già rilevato da Cass., sez. VI, 6 maggio 1991, n. 4986, ma con una diversa percezione rispetto a quella che emerge dalla sentenza appena citata (v. *infra*, nota 115).

[110] Secondo L. MENGONI (*op. cit.*, 321), la regola giurisprudenziale che afferma la prescrittibilità dell'azione di simulazione relativa corrisponde, sul piano del linguaggio, a una sorta di metatesi, che trasferisce ad un'azione una qualità propria di un'altra in ragione del rapporto di pregiudizialità tra le due.

[111] Cass., sez. II, 16 gennaio 1997, n. 382, Cass. n. 14562/2004, cit. Fa riferimento all'interesse ad agire anche L. MENGONI (*op. loc. ult. cit.*), osservando che parlare di prescrizione dell'azione di simulazione è un "un traslato poco raccomandabile".

[112] Cass., sez. VI, 6 maggio 1991, n. 4986; Cass., sez. VI, 27 agosto 2013, n. 19678; Cass., sez. VI, 10 maggio 2016, n. 9401.



sione [113]; ma si tratta di un dato puramente soggettivo, che non può essere determinante rispetto alla possibilità di esercizio del diritto di dedurre la simulazione, e nemmeno del diritto di richiedere la riduzione, e quindi alla decorrenza delle relative prescrizioni. All'apertura della successione consegue l'acquisto della qualità di legittimario, alla quale si riconnette la legittimazione ad agire, ma non per ciò stesso può concludersi che questi possa sin da allora proporre l'azione.

Se si evitassero inopportune commistioni tra le due azioni, non sarebbe necessario mutuare la decorrenza della cosiddetta prescrizione dell'azione di simulazione da quella dell'azione di riduzione in ragione della "terzietà" del legittimario rispetto all'atto simulato del *de cuius*: sarebbe sufficiente riconoscere che l'azione volta ad accertare la simulazione di un atto oneroso che ne dissimuli uno gratuito non pone di per sé un problema di prescrizione, occorrendo poi autonomamente valutare se sia stata tempestivamente proposta l'azione di riduzione contro tale atto, che di certo non inizia a prescriversi prima dell'apertura della successione.

A ben vedere, la giurisprudenza formatasi in tema di prescrizione nei rapporti tra simulazione e riduzione, ed anzi, più ampiamente, in tema di simulazione nelle controversie ereditarie, fa applicazione del principio elaborato con riguardo all'influenza del tempo sull'azione di simulazione nella sua versione più semplificata ed imprecisa, e muove dunque dall'idea che l'azione di simulazione relativa sarebbe soggetta ad una sua propria prescrizione; salvo, poi, cercare di salvaguardare le ragioni dei legittimarî, che rimarrebbero frustrate se si facesse decorrere tale prescrizione dalla data del contratto simulato, ogniqualvolta tale data precedesse di oltre dieci anni quella di apertura della successione, prima della quale l'azione di riduzione non è certamente proponibile, ricollegando a questa stessa data, con gli argomenti sopra illustrati, il *dies a quo* della prescrizione. Se si riconoscesse, piuttosto, l'imprescrittibilità dell'azione di simulazione, non sarebbe necessario percorrere tale via per preservare i diritti dei legittimarî dagli effetti del decorso del tempo. Ma, anche a prescindere da tale agevole constatazione, può osservarsi che, applicando il principio anzidetto così come chiarito e delimitato dal recente arresto della Cassazione, potrebbe giungersi a conclusioni sensibilmente diverse da quelle alle quali generalmente perviene la giurisprudenza anzidetta.

Come si è riferito, infatti, nel richiamato precedente la Cassazione ha affermato che la prescrizione viene in considerazione solo quando si intendano trarre effetti di favore dal contratto dissimulato, specificando che ciò vale "con esclusivo riferimento ai diritti nascenti dal negozio dissimulato", e, di conseguenza, non quando se ne deduca l'inefficacia. Ora, benché, nel caso deciso con tale sentenza si trattasse della nullità del negozio dissimulato, e quindi della sua inefficacia originaria, le illustrate puntualizzazioni dovrebbero nondimeno applicarsi anche alle ipotesi di inefficacia sopravvenuta, conseguente ad impugnazioni di tale negozio, inclusa pertanto l'azione di riduzione, volta a provocare l'inefficacia relativa dell'atto di liberalità del *de cuius*, allo scopo di veder reintegrata la legittima, che non è certo un diritto che nasce da quell'atto, ma che, anzi, da quell'atto è lesa. Se si conviene su questo, si dovrà anche convenire che, indipendentemente dal momento della decorrenza, una questione di prescrizione dell'azione di simulazione in relazione a quella di riduzione non avrebbe neppure ragion d'essere.

Che vi sia una differenza sostanziale tra le due "versioni" del principio in discorso, in effetti corrispondenti a due diversi principî nonostante i cennati tentativi di *reductio ad unum*, è confermato dalle non poche sentenze emesse in casi nei quali la simulazione di un atto oneroso è stata dedotta per acquisire alla massa dividenda, attraverso la collazione, i beni oggetto di una donazione dissimulata. Tali sentenze hanno affermato che l'obbligo di collazione sorge solo dopo che sia stata dichiarata la simulazione dell'atto; che colui

[113] Cass. n. 6493/1986, cit.



che chiede la collazione non può considerarsi terzo rispetto all'atto dissimulato, ma subentra nella posizione del *de cuius*, anche ai fini della prescrizione dell'azione di simulazione, già presente nel patrimonio di costui; che, pertanto, oltre a non beneficiare del regime di maggior favore rispetto alla prova della simulazione, egli subisce gli effetti della prescrizione decennale dell'azione intesa ad accertarla, la quale decorre dalla data dell'atto simulato [114]. Infatti, se si fosse avuto riguardo, non già alla simulazione di per sé, come azione capace di estinguersi per prescrizione, bensì ai diritti nascenti dal contratto dissimulato, la questione della prescrizione neppure si sarebbe dovuta porre, dal momento che la collazione, come la divisione, è imprescrittibile [115].

Una rimeditazione, ad opera della giurisprudenza, su questi temi sarebbe perciò auspicabile.

7. – Si è visto come il principio enunciato da Cass., sez. un., n. 20644/2004, secondo il quale la prescrizione dell'azione di riduzione rivolta contro disposizioni testamentarie (a titolo universale, si è precisato) inizia a decorrere dal momento dell'accettazione da parte del chiamato all'eredità in forza della disposizione testamentaria lesiva, abbia disatteso i due diversi criterî sino ad allora applicati: quello più tradizionale e prevalente, che individuava nella data di apertura della successione il giorno di decorrenza della prescrizione dell'azione; e l'altro, minoritario, che faceva coincidere tale giorno con la data di pubblicazione del testamento olografo. Si è pure visto come le Sezioni Unite abbiano preso posizione in senso fortemente critico nei confronti di quest'ultimo orientamento, respingendo con nettezza la configurabilità di una presunzione di conoscenza dovuta alla pubblicazione del testamento, affermata in alcune pronunce rappresentative di tale orientamento; e comunque giudicando ininfluente, agli effetti della decorrenza della prescrizione, la eventuale ignoranza della disposizione lesiva, reputata come mero impedimento di fatto, che non pregiudicherebbe la possibilità di esercizio del diritto. Si è quindi notato che tale conclusione è coerente con un'affermazione ricorrente nella giurisprudenza in materia di prescrizione in generale [116].

Si comprende, allora, come la questione della decorrenza della prescrizione dell'azione di riduzione offra spunti di riflessione e di indagine, che attengono ad un àmbito molto più vasto di quello della tutela dei legittimarî, poiché interessano i caratteri generali dell'istituto della prescrizione. Proprio l'ampiezza della indicata sfera di interesse non consente di sviluppare tali spunti con la dovuta completezza in questa sede; ma l'importanza dell'argomento merita almeno lo svolgimento, in questo più limitato contesto di indagine, di qualche sintetica considerazione, inducendo a domandarsi se il criterio che attribuisce rilevanza alla pubblicazione del testamento, accolto anche da dottrina autorevole [117], non debba essere rivalutato, soprattutto in una prospettiva più generale, nella quale la specifica questione qui trattata può essere collocata. Del resto, anche in una materia in cui l'aspetto della decorrenza della prescrizione è specificamente disciplinato dalla legge, ossia in materia di accettazione dell'eredità, alla quale l'azione di riduzione è spesso – forse troppo spesso, come già rilevato – accostata, se l'opinione prevalente esclude che l'ignoranza dell'esistenza del te-

[114] Cfr. Cass. n. 7909/1990; Cass. n. 4021/2007; Cass. n. 3932/2016; Cass. n. 5159/2018, cit.

[115] A questa conclusione è esattamente pervenuta Cass., n. 4986/1991, cit., che, argomentando dalla autonoma imprescrittibilità del diritto di chiedere la collazione, ha cassato la sentenza impugnata, che aveva rigettato, in quanto prescritta, la domanda volta ad ottenere la collazione di alcune donazioni dissimulate. La sentenza dà atto di una non univocità degli orientamenti della stessa Corte sul punto della cosiddetta prescrizione dell'azione di simulazione, laddove, come si è riferito, per Cass. n. 125/2019, le diverse posizioni sarebbero comunque conciliabili.

[116] V. note 8 e 9.

[117] V. note 3 e 12.



stamento, anche se occultato, possa impedire la decorrenza della prescrizione a partire dall'apertura della successione, come indicato dall'art. 480, comma 2, cod. civ., autorevole dottrina ha nondimeno sostenuto, in contrario, che la decorrenza della prescrizione del diritto di accettare l'eredità prenderebbe data dalla pubblicazione del testamento [118].

Certo, è difficile convenire con l'affermazione secondo la quale la lesione del diritto del legittimario verrebbe ad esistenza con la pubblicazione del testamento [119], dal momento che, indipendentemente dalla questione della esecutività del testamento non pubblicato, la pubblicazione potrebbe anche non avere luogo, come anche osservato dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2004 [120]. Forse, non è neppure decisiva, per stabilire la data di decorrenza della prescrizione dell'azione, l'individuazione del momento in cui la lesione si determina, se è vero che il legislatore del 1942, introducendo una norma che non era presente nel codice del 1865 (quella di cui all'art. 2935 cod. civ.), ha recepito, in materia di prescrizione, non la teoria della violazione, bensì quella della realizzazione; cosicché il termine di prescrizione decorrerebbe, non dal momento della lesione del diritto, bensì da quello in cui esso sia effettivamente tutelabile [121]. E può anche prescindersi dal verificare la fondatezza della ipotizzata presunzione di conoscenza derivante dalla pubblicazione del testamento, trattandosi di un aspetto relativo alla prova della conoscenza [122], dovendosi piuttosto accertare la rilevanza di tale elemento per il diritto sostanziale. Sembra quindi più utile domandarsi se la conoscenza dei fatti generatori del diritto (del legittimario, in questo contesto) ne condizioni o meno la possibilità di esercizio, e condizioni, di conseguenza, la decorrenza della relativa prescrizione, in applicazione della disposizione, per la verità poco perspicua, dell'art. 2935 cod. civ.

In realtà, il quadro interpretativo in argomento si presenta molto incerto ed instabile, poiché, a cospetto del principio, spesso ribadito, che reputa insignificante l'ignoranza di tali fatti rispetto alla decorrenza della prescrizione, può registrarsi una molteplicità di pronunce che, per contro, attribuiscono alla conoscenza – effettiva, o anche solo oggettivamente possibile – degli elementi costitutivi del diritto un ruolo decisivo rispetto alla possibilità di esercitarlo, e quindi all'ignoranza di tali elementi l'idoneità a precludere il decorso della

---

[118] Cfr. G. PERLINGIERI (*L'acquisto dell'eredità*, cit., 341), il quale aderisce all'orientamento maggioritario, riferendo della differente opinione del Cicu, per il quale la decorrenza della prescrizione del diritto di accettare prenderebbe data dalla pubblicazione del testamento.

[119] Così, App. Brescia, 3 maggio 2000, cit., la quale afferma che con la pubblicazione del testamento la lesione si è manifestata ed è venuta storicamente ad esistenza, facendo in tal modo coincidere la produzione della lesione con la sua manifestazione esteriore. L'affermazione della inesistenza della lesione prima della pubblicazione è condivisa dall'Autore che ha annotato la sentenza (D. MOSCUZZA, *op. cit.*, 3298). Va notato che la corte bresciana, nel rimarcare la differenza tra disposizioni testamentarie e donazioni agli effetti della decorrenza della prescrizione, ossia nel precisare che l'impugnazione per riduzione delle donazioni può essere esperita già a partire dall'apertura della successione, motiva tale conclusione con il fatto che le donazioni sono "*già trascritte a carico del de cuius e, quindi, già ben note*"; con ciò ponendo l'accento, non sulla natura e sugli effetti proprî di tali atti di liberalità, bensì sulla loro pubblicità, e quindi sulla loro conoscenza (legale).

[120] V. nota 11. Si afferma generalmente che la pubblicazione è circostanza esterna all'atto testamentario, che non ne condiziona la validità e l'efficacia, agendo semmai come presupposto per la sua esecuzione coattiva *ex* art. 620 cod. civ., surrogabile da un accertamento giudiziale sui requisiti di forma del testamento e sul suo contenuto nel caso di impossibilità di sua produzione: Cass., sez. II, 24 febbraio 2004, n.3636; Cass., sez. II, 23 giugno 2005, n.13487. Non è quindi in alcun modo preclusa, né condizionata, una esecuzione spontanea in difetto di pubblicazione o del suddetto accertamento.

[121] Cfr. C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1985, 101 ss., ove si ricorda che la dottrina attribuisce alla norma dell'art. 2935 cod. civ. valore interpretativo della previgente disciplina. V. in proposito anche P. Vitucci, *op. cit.*, 75 ss., secondo il quale la decorrenza della prescrizione sarebbe determinata dall'attualità dell'interesse a reagire ad uno stato di insoddisfazione dell'interesse tutelato: la formula legislativa usata dall'art. 2935 cod. civ. dovrebbe perciò intendersi nel senso che il termine di decorrenza sarebbe segnato dal momento in cui, pur essendo attuale l'interesse del titolare del diritto, questi non si sia attivato per ottenerne la realizzazione.

[122] App. Trento, 19 dicembre 1998, cit.; Cass. n. 5920/1999, cit.



prescrizione, così mettendo in seria discussione la reale "tenuta" della distinzione tra impedimenti di diritto all'esercizio del diritto, tradizionalmente identificati dalla pendenza di una condizione sospensiva o di un termine iniziale, e impedimenti di fatto, come dato discriminante agli effetti dell'interpretazione e dell'applicazione dell'art. 2935 cod. civ. [123].

Il terreno principale, ma non esclusivo, nel quale tale dato è riscontrabile è quello della responsabilità extracontrattuale, segnatamente in materia di danni alla persona, ove, com'è noto, l'interpretazione è andata ben oltre la dilatazione della nozione di "fatto", quale momento di decorrenza della prescrizione breve quinquennale, che emerge dalla disposizione dell'art. 2947 cod. civ., sì da ricomprendervi anche l'evento dannoso derivante dal "fatto", in mancanza del quale, per vero, il diritto risarcitorio neppure sorgerebbe [124]: è andata ben oltre, poiché neanche lo storico realizzarsi di tale elemento della fattispecie dell'illecito aquiliano è apparso sufficiente, in progresso di tempo, rispetto alla possibilità di esercizio del diritto al risarcimento del danno; come non lo è più apparso, da una certa epoca in avanti, il momento della sua esteriorizzazione, e quindi della sua conoscibilità da parte del danneggiato, per lungo tempo assunto come riferimento per la determinazione del *dies a quo* del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, essendosi affermata la necessità, a tal fine, che il danneggiato abbia la possibilità di rendersi conto anche della riferibilità causale del danno ad una condotta dolosa o colposa con l'uso dell'ordinaria diligenza, e in base ai dati di esperienza e delle conoscenze scientifiche disponibili, onde ne possa apprezzare il carattere di ingiustizia (c.d. principio della "rapportabilità causale").

Alcune pronunce della Suprema Corte ricostruiscono l'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale, individuando le tappe più significative di tale percorso, attraverso le quali si è passati dal riconoscere rilevanza, ai fini della determinazione dell'*exordium praescriptionis*, al momento della verificazione del fatto al riconoscerla, invece, alla esteriorizzazione del danno, rendendo in tal modo mobile il limite temporale; per poi soppiantare anche tale criterio, basato sulla oggettiva conoscibilità e percepibilità del danno, ormai reputato inappagante, con quello, sopra descritto, della "rapportabilità causale" [125].

---

[123] Osserva A. GUARNERI (*L'*exordium praescriptionis, in *Riv. dir. civ.*, 2013,1139) che sarebbe errato e fuorviante un inquadramento in termini unitarî e generalizzanti delle circostanze impeditive del decorso della prescrizione, segnatamente ove tale inquadramento comprenda l'affermazione della irrilevanza degli impedimenti di fatto, richiamando anche le incertezze della dottrina sulla reale natura, di fatto o di diritto, di taluni impedimenti.

[124] Secondo M. FRANZONI (*L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. FRANZONI, seconda ed., Milano, 2010, 38 ss.), il "fatto illecito" comprende necessariamente l'evento dannoso, poiché la sola azione contraria al diritto non è di per sé fonte di responsabilità; e tale dato si coordina con la disposizione dell'art. 2947, comma 1, cod. civ., nel senso che il "giorno in cui l'evento si è verificato" è quello nel quale le conseguenze pregiudizievoli si riflettono nel patrimonio o nella situazione soggettiva della vittima. Secondo P. VITUCCI (*op. cit.*, 106), tale interpretazione della norma è coerente con quella che Egli fornisce dell'art. 2935 cod. civ. (v. *supra*, nota 121), poiché la manifestazione dell'evento dannoso determina l'attualità dell'interesse ad agire. V. ancora A. Iannaccone, *sub* art. 2947 in *La prescrizione*, a cura di P. VITUCCI, in *Il codice civile – Commentario*, diretto da P. Schlesinger, tomo secondo, Milano, 1999, 172 ss.; G. TRAVAGLINO, *La prescrizione e l'illecito extracontrattuale*, in A. BATÀ, V. CARBONE, M.V. DE GENNARO, G. TRAVAGLINO, *La prescrizione e la decadenza*, Ipsoa, 2001, 176. Sia in dottrina, sia in giurisprudenza, peraltro, si sono levate voci in dissenso con tale orientamento, al quale si è contestato di voler stravolgere la lettera e la *ratio* della norma, la quale vorrebbe impedire l'esposizione a tempo indefinito del soggetto passivo alla pretesa risarcitoria: Cass., sez. II, 28 gennaio 2004, n. 1547. La sentenza è favorevolmente commentata da P.G. MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2004, 389. V. pure dello stesso Autore, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco*, Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, 1998, 373 ss.

[125] Tale ricostruzione è rinvenibile soprattutto nelle note e coeve sentenze emesse nel 2008 dalle Sezioni Unite in materia di danno biologico da emotrasfusione c.d. lungolatente, ove si sottolinea come l'individuazione del *dies a quo* della prescrizione sia stata affidata dal legislatore del 1942 ad "*indicazioni piuttosto scarne e molto generiche*", e come la norma dell'art. 2935 cod. civ. sia "*assolutamente aperta a molteplici e contrapposte interpretazioni*", notando come nei tre decennî precedenti si fosse assistito ad un "*sostanziale ribaltamento degli schemi introdotti dal legislatore del '42: ciò a tal punto che oggi l'istituto della prescrizione presenta*



La rilevanza, ai fini della decorrenza della prescrizione, della conoscibilità dei fatti costitutivi del diritto – da valutarsi secondo il parametro dell'ordinaria diligenza, rimanendo perciò ininfluente l'ignoranza soggettiva – è stata riconosciuta, non solo in relazione ad ipotesi di danni alla persona, ma anche di danni a cose [126]. Più in generale, l'applicazione di tale criterio ha finito per travalicare l'àmbito della responsabilità extracontrattuale, e della responsabilità in genere, per estendersi all'esercizio di diritti e azioni di diversa natura. Tale è il caso del diritto del creditore di agire in revocatoria, in relazione al quale si è ormai consolidata l'interpretazione dell'art. 2903 cod. civ. che, superando il dato letterale, ed espressamente evocando la necessità di coordinare tale norma con quella dell'art. 2935 cod. civ., fa decorrere la prescrizione quinquennale, non dalla data dell'atto da revocare, ma dalla data della sua trascrizione (ove per esso sia prevista tale forma di pubblicità) [127]. Tale è anche il caso del diritto del terzo di rendere irrevocabile la stipulazione in suo favore con la dichiarazione prevista dall'art. 1411, comma 2, cod. civ., in merito al quale si è stabilito che la mancata conoscenza della stipulazione da parte del terzo condiziona la possibilità giuridica di esercitare tale diritto [128]. E ciò è avvenuto ad opera di pronunce che spesso si sono richiamate alla sopra menzionata giurisprudenza in tema di risarcimento del danno da fatto illecito [129], con ciò mostrando che i principî elaborati in tale materia non possono essere solo ad essa circoscritti.

Altre pronunce si sforzano di rendere compatibili i suddetti principî con quello dell'irrilevanza degli impedimenti soggettivi e degli ostacoli di mero fatto, spesso esemplificati per mezzo della ricorrente formula, secondo la quale sarebbero ininfluenti ai fini della decorrenza della prescrizione il fatto generatore del diritto, il dubbio soggettivo sull'esistenza di tale diritto, il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento [130]. Ma, per attenersi alle ipotesi poco sopra citate, non potrebbe negarsi che l'accordo intercorso tra promittente e stipulante in favore del terzo sia il fatto generatore del diritto di questi; eppure, la conoscenza da parte sua di tale accordo, come si è illustrato, è reputata in grado di condizionare il suo diritto di renderla irrevocabile con l'apposita dichiarazione. Né potrà sfuggire la possibilità di ravvisare più di un aspetto di similitudine tra la posizione del terzo ignaro destinatario della prestazione pattuita *inter alios* e quella del soggetto beneficiario di una disposizione testamentaria, che parimenti ignori l'esistenza del testamento (ci si allontanerebbe troppo dal nucleo del discorso se ora ci si volesse soffermare sulle differenze tra il modo di acquisto del dirit-

---

ormai una vistosa differenza tra le regole operazionali ed il formante legislativo (principalmente, l'art. 2947 c.c., comma 1)" (Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576; 579; 580; 581; 583; 584). Ma è rinvenibile anche in successive sentenze di legittimità, relative ad ipotesi diverse di danno aquiliano: p.es. in Cass., sez. III, 21 giugno 2011, n. 13616, in materia di danni da illecito trattamento di dati personali.

[126] Ad esempio, in materia di responsabilità del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per danni da straripamento di fiumi: cfr. Cass., sez. un., 29 gennaio 2021, n. 2146; Cass., sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4115.

[127] Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1210; Cass., sez. III, 24 marzo 2016, n. 5889; Cass., sez. III, 15 maggio 2018, n. 11758. *Contra*: Cass., sez. II, 15 febbraio 2007, n.3379, che si attiene al dato letterale della norma, escludendo la rilevanza della trascrizione. Anche la giurisprudenza di merito recente è generalmente orientata nel senso indicato.

[128] Cass., sez. III, 12 dicembre 2017, n. 29636, che ha cassato la sentenza del giudice *a quo*, la quale aveva invece ravvisato in tale mancata conoscenza un semplice impedimento di fatto, irrilevante rispetto alla decorrenza della prescrizione, in applicazione comune principio del quale si è riferito. Si legge nella motivazione che "*nella logica della stipulazione del contratto a favore di terzo deve ammettersi che, prioritariamente ad ogni altra vicenda, il terzo debba essere informato dell'esistenza del diritto, senza la quale comunicazione il terzo stesso non può essere messo in condizioni di esercitare la propria dichiarazione di voler approfittare della stipulazione in suo favore*".

[129] Così, le sentenze in materia di revocatoria citate in nota 127. Una di esse (Cass. n. 5889/2026) si richiama anche al coordinamento con l'azione revocatoria fallimentare, che si prescrive a partire dalla data di dichiarazione del fallimento, e non da quella dell'atto da revocare.

[130] Cfr. Cass., sez. II, 19 luglio 2018, n. 19193, che appunto esclude la rilevanza di tali impedimenti, sempre che "*il danno sia percepibile all'esterno e conoscibile da parte del danneggiato*".



to del terzo verso il promittente, il modo di acquisto dell'eredità e il modo di acquisto del legato; e sulla diversa rilevanza, quanto ai primi due, della dichiarazione di cui all'art. 1411, comma 2, cod. civ. e, rispettivamente, di quella di cui all'art. 475 cod. civ.).

Potrebbe dirsi, riprendendo le parole di una delle pronunce qui richiamate, che ha trattato *funditus* del problema, sia pure nel cennato àmbito della responsabilità aquiliana, che si è molto ristretto il principio secondo il quale l'impossibilità che preclude la decorrenza della prescrizione non può essere quella dipendente da impedimenti come l'ignoranza del fatto costitutivo del diritto; e che tale principio va riferito, più limitatamente, all'ignoranza strettamente soggettiva, non dipendente cioè da una condizione comune a chiunque adotti la normale diligenza, al quale perciò non potrebbe addebitarsi un difetto colpevole di attività [131].

Le espressioni più recenti di tale linea di pensiero danno risalto al profilo dell'effettività del diritto, ossia della possibilità concreta di esercitarlo, quale valore da comparare e mantenere in una equilibrata relazione con quello della certezza giuridica dei rapporti; talché la prescrizione non può essere intesa come strumento che non rispetti un siffatto "equilibrio sistemico", alla stregua del quale il termine prescrizionale non può iniziare a decorrere se non quando vi siano le condizioni per una "possibilità consapevole" di esercitare il diritto [132]. A dare concretezza alla possibilità di esercizio del diritto, cioè, vi è anche l'insieme delle informazioni alle quali il titolare ha accesso, o potrebbe avere accesso usando l'ordinaria diligenza, necessarie, appunto, a fornire tale consapevolezza.

Sulla effettività della tutela del diritto, muovendosi dunque nella cosiddetta "ottica rimediale", oltre che sul criterio della ragionevolezza, si fondano gli approdi interpretativi della giurisprudenza comunitaria e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che hanno ravvisato nei termini di prescrizione (e di decadenza) previsti dagli ordinamenti nazionali il rischio di limitazioni all'accesso ad un "*effective remedy"*, e di creazione di ipotesi di "immunità dall'azione" [133].

---

[131] Cass. n. 13616/2011, cit. Nella decisiva importanza attribuita all'"agire consapevole" del titolare del diritto è stata còlta una significativa apertura verso una qualificazione dell'inerzia come un comportamento concludente e, appunto, consapevole, in quanto essa sia in grado di generare l'affidamento della controparte (F. Criscuolo, *Tempo, inerzia e disponibilità del diritto*, in *Riv. it. scienze giur*., 2021, 404), sulla scia di una originale ricostruzione di un Autore, secondo il quale l'inerzia andrebbe qualificata, non come mero fatto, bensì come atto, sì che la sua valutazione da parte dell'ordinamento non potrebbe tenere conto soltanto del mero dato oggettivo del trascorrere del tempo, nel quale non sia compiano atti di esercizio, dovendo invece estendersi agli aspetti soggettivi (ci si riferisce a A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 17 ss. e *passim*, sulla quale v. pure S. PATTI, *Inerzia e prescrizione nel pensiero di Alberto Auricchio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2019, 143). Essa acquisirebbe perciò rilevanza – secondo questa ricostruzione – nei limiti in cui possa integrare, in termini di significato socialmente condiviso, un comportamento omissivo in senso proprio, non identificabile con la mera inattività. L'importanza che possa eventualmente riconoscersi all'affidamento dei terzi, e, in particolar modo, del soggetto passivo, provocato dall'inerzia del titolare del diritto ha suggerito alla dottrina un accostamento al principio elaborato dalla giurisprudenza tedesca della *Verwirkung*, in applicazione della quale il ritardo nell'esercizio del diritto può condurre alla negazione della sua tutela, qualora il ritardo sia da interpretare come manifestazione tacita della volontà di rinuncia al diritto, e generi perciò un affidamento della controparte in tal senso; sì che il ritardato esercizio di tale diritto, ancorché osservante del termine legale di prescrizione, si risolverebbe in un abuso del diritto, in violazione dell'obbligo di buona fede (Cfr. F. CRISCUOLO, *op. cit.*, 404 ss., e ampiamente, S. PATTI, *Tempo, prescrizione e* Verwirkung, Modena, 2020, oltre all'altra sua opera, poco sopra citata). Riconducendosi alla nozione di abuso del diritto, la giurisprudenza italiana ha talora recepito tale figura, respingendo la domanda con la quale il diritto era stato esercitato dopo un lungo periodo di inattività del titolare, e tuttavia prima del compimento del termine di prescrizione, ravvisando l'abuso nel "*subitaneo e ingiustificato revirement rispetto a una sua protratta opposta modalità di esercizio*" (Cass., sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743). Cass., sez. III, 15 marzo 2004, n. 5240 aveva invece escluso che potesse darsi ingresso, nel nostro ordinamento, alla *Verwirkung*, cosicché il mero ritardo nell'esercizio di un diritto non costituisce motivo per negarne la tutela, a meno che tale ritardo non sia la conseguenza di una inequivoca rinuncia tacita.

[132] Cfr. Cass. n. 2146/2021, cit.

[133] V. al riguardo M. BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e CEDU in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della "ragionevolezza"*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1709 ss., il quale sottolinea l'obbligo dei giudici nazionali di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, del Tribunale europeo di primo grado e della Corte CEDU (pp. 1713-1714).



Né si può fare a meno di rilevare la manifesta e univoca tendenza delle legislazioni di altri Paesi, rilevabile da recenti riforme, che, a fronte della fissazione di termini ordinarî di prescrizione piuttosto brevi, ravvisa nel difetto di conoscibilità degli elementi costitutivi del diritto un impedimento al decorso della prescrizione, oppure una causa di sospensione di tale decorso (ben più ampia, dunque, rispetto all'ipotesi del doloso occultamento del debito ad opera del debitore in danno del creditore, prevista dall'art. 2941, n. 8, cod. civ.), peraltro prevedendo regole di chiusura, che stabiliscono, accanto ai suddetti brevi termini, termini molto più ampî, oltre i quali, indipendentemente da qualunque circostanza, il diritto non può più essere esercitato, con ciò contemperando le esigenze di equità riferibili alla posizione del titolare del diritto con quelle di certezza dei rapporti giuridici. Regole analoghe si rinvengono nei Principî di diritto contrattuale europeo, nel *Draft Common Frame of Reference*, come pure nei Principî Unidroit [134].

Anche il legislatore italiano, sia pure in discipline settoriali, ha talora assegnato determinante rilievo alla conoscibilità e percepibilità del danno ai fini della decorrenza della prescrizione: segnatamente in tema di risarcimento di danni derivanti dall'impiego di energia nucleare, nonché da prodotti difettosi [135].

---

[134] L'art. 2224 del *code civil*, quale risulta dalla riforma dell'istituto della prescrizione recata dalla legge n. 2008-561 del 17 giugno 2008, stabilisce che il termine di prescrizione delle azioni personali e di quelle mobiliari è di cinque anni, decorrenti dal giorno in cui il titolare del diritto ha preso conoscenza, o avrebbe dovuto prendere conoscenza, dei fatti che gli permettono di esercitarlo. Analoga regola, quanto alla decorrenza del termine, in questo caso trentennale, è prevista per le azioni reali immobiliari (art. 2227). L'art. 2232 prevede però, con alcune esclusioni (fra le quali, le azioni reali immobiliari), un termine di sbarramento *(délai butuoir*) di vent'anni a contare dal giorno in cui il diritto è sorto, oltre il quale, dunque, il diritto non è esercitabile. La prescrizione dell'azione di riduzione, peraltro, è fissata in cinque anni a contare dall'apertura della successione, o in due anni dalla presa di conoscenza della lesione della riserva, non potendo comunque eccedere i dieci anni a contare dalla morte del *de cuius*. In Germania, per effetto della *Schuldrechtsmodernisierung*, attuata con la legge del 26 novembre 2001, è stato abbreviato il termine ordinario di prescrizione da trenta a tre anni (par. 195), che decorre dalla data dell'ultimo giorno dell'anno in cui il diritto è sorto, o in cui il debitore ha avuto conoscenza dei fatti generatori del diritto, o dell'identità del debitore, o in cui avrebbe dovuto conoscere tali circostanze se non fosse incorso in colpa grave (par. 199). Lo stesso paragrafo contiene disposizioni più specifiche, fra le quali quella che fissa il limite di trent'anni per l'esercizio di diritti che dipendono dalla conoscenza di disposizioni *mortis causa*, indipendentemente dalla conoscenza o meno di tali disposizioni. Il par. 202 ha poi fatto venir meno il preesistente divieto di stipulare patti sulla durata della prescrizione, che però non può essere prolungata oltre trent'anni. Alla conoscenza effettiva degli elementi costitutivi del diritto e dell'identità del soggetto passivo fa invece riferimento il codice civile olandese in relazione ad alcune azioni (configurando perciò la prescrizione come un istituto del processo), di cui agli artt. 309, 310 e 311; anch'esso però stabilendo un termine molto più lungo, compiuto il quale l'azione non è più proponibile in alcun caso. La disciplina della prescrizione dettata dai Principî di diritto contrattuale europeo e dal *Draft Common Frame of Reference*, prevalentemente riferita al rapporto obbligatorio, si avvale dell'istituto della sospensione della prescrizione per attribuire rilevanza alla conoscenza dei fatti costitutivi del diritto: così, fissando in tre anni il termine ordinario di prescrizione, si prevede che esso rimanga sospeso se il creditorei non conosceva, o non poteva ragionevolmente conoscere, l'identità del debitore o dei fatti generatori del diritto (artt. 14:301 PECL e III. – 7: 301 DCFR), o in caso di impedimento che va oltre il potere di controllo del creditore, e che questi non avrebbe potuto prevedere (artt. 14:303 PECL e III. – 7: 303 DCFR). Tale disciplina consente alle parti di stipulare accordi sulla prescrizione, che ne modifichino la durata, aumentandola o diminuendola (artt. 14: 601 PECL e III. – 7: 601 DCFR). L'art. 10.2 dei Principî Unidroit prevede invece che il termine ordinario di prescrizione è di tre anni, e decorre dal giorno successivo al giorno in cui il creditore è a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza dei fatti per effetto dei quali il suo diritto può essere esercitato; ma che, in ogni caso, il termine massimo di prescrizione è di dieci anni, e decorre dal giorno successivo al giorno in cui il diritto può essere esercitato. L'art. 10.8 prevede poi la sospensione per causa di forza maggiore, ossia di impedimento estraneo alla sfera di controllo del creditore ed imprevedibile. Anche i Principî Unidroit riconoscono la validità di accordi sulla durata della prescrizione, sia pure entro certi limiti massimi e minimi (art. 10.3). Su tali argomenti, v. le considerazioni di S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 21, spec. 26 ss.; e di G. ANZANI, *L'irragionevole diversità dei termini prescrizionali nelle due specie di responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1365 ss.

[135] Cfr. art. 23, comma 1, l. 31 dicembre 1962, n. 1860 ("*Impiego pacifico dell'energia nucleare*"), come modificato dal D.P.R. 10 maggio 1975, n. 519: "*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*"; e art. art. 13, commi 1 e 2, D.P.R. 24 maggio 1988, n.



La stessa disciplina codicistica delle successioni contiene norme in cui il profilo della conoscenza risulta decisivo rispetto alla decorrenza della prescrizione di impugnative negoziali per vizî della volontà. A questo riguardo, se gli artt. 482 cpv., 526 cpv. e 761 cpv. cod. civ., nel prevedere che la prescrizione quinquennale dell'azione di annullamento, rispettivamente dell'accettazione dell'eredità, della rinuncia all'eredità e della divisione, decorre dal momento di cessazione della violenza o della scoperta del dolo, risultano sostanzialmente conformi alla regola in tema di annullamento del contratto (art. 1442 cpv. cod. civ.), rispondendo alla stessa esigenza di tutela dell'attore, nonché autore del negozio, che sia stato vittima della violenza o del dolo, di maggiore interesse appare la norma di cui all'art. 624, comma 3, cod. civ., che fa decorrere la prescrizione dell'azione di annullamento del testamento "dal giorno in cui si è avuta notizia della violenza, del dolo o dell'errore". In questa ipotesi, e diversamente dalle altre citate, infatti, si tratta dell'impugnazione di un atto del quale l'attore non è l'autore, e non è quindi il portatore dell'interesse che la norma intende tutelare.

Sul significato del termine "notizia", sostanzialmente equivalente a "scoperta", non vi è unità di vedute tra gli interpreti: non è chiaro, cioè, se la norma esiga la effettiva conoscenza del vizio da parte dell'attore (il quale può essere "chiunque vi abbia interesse"), o se sia sufficiente la oggettiva possibilità di conoscerlo [136]. In entrambe le ipotesi, è certo che il legislatore abbia attribuito l'idoneità ad impedire il decorso della prescrizione ad un impedimento che diremmo "di fatto", quale è l'ignoranza del vizio di volontà del testatore – eventualmente anche intesa come impossibilità di conoscere adottando la diligenza ordinaria – in capo al soggetto interessato all'impugnazione. Potrebbe peraltro osservarsi che l'attribuzione, ad opera della legge, di una siffatta idoneità ad un determinato impedimento rende l'impedimento di ordine giuridico, e non meramente di fatto. Ciò è quanto afferma un illustre Autore in riferimento all'art. 624, comma 3, cod. civ., al riguardo sostenendo che la regola ivi enunciata costituisce "applicazione pura e semplice dell'art. 2935 cod. civ.", muovendo tuttavia dalla premessa – è bene precisarlo – che la "notizia" di cui la disposizione fa parola è la conoscenza effettiva dell'interessato, sì che il "fatto" rilevante per la norma è proprio tale conoscenza (e quindi il suo contrario: la mancata effettiva conoscenza), rimanendo insignificante, dal suo punto di vista, il

---

224 ("*Attuazione della direttiva CEE numero 85/374 relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ai sensi della L. 16 aprile 1987, n. 183, art. 15*"), oggi art. 125 cod. cons: "*Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile. Nel caso di aggravamento del danno, la prescrizione non comincia a decorrere prima del giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza di un danno di gravità sufficiente a giustificare l'esercizio di un'azione giudiziaria*". Il capoverso del citato art. 23 l. n. 1860/1962 prevede, peraltro, che "*nessuna azione è proponibile decorsi dieci anni dall'incidente nucleare*"; norma nella quale parrebbe di doversi ravvisare un'ipotesi di decadenza.

[136] L'interpretazione nel primo senso trova conferma sia nella dottrina più risalente (F. Messineo, *Momento iniziale di prescrizione dell'azione di annullamento per vizio della volontà testamentaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 1073 ss., spec. 1079, 1081, 1082), sia nella dottrina contemporanea (S. Pagliantini, *La pluralità di regimi normativi del testamento annullabile*, in *Riv. not.*, 2008, 811 ss.). Sembra orientata nel senso opposto l'opinione di P. Vitucci (*op. cit.*, 135-136), soprattutto in ragione della formulazione impersonale nella quale tale termine è usato ("si è avuta notizia"), la quale potrebbe voler significare che la norma intenda dare rilievo al fatto oggettivo della emersione del vizio, piuttosto che allo stato soggettivo dell'attore. È chiaro che, se dovesse aversi riguardo alla conoscenza in senso soggettivo ed effettivo, potrebbero aversi differenti date di decorrenza della prescrizione, in relazione ai possibili differenti momenti di acquisizione della notizia da parte dei varî potenziali interessati, il cui numero è indefinito, tenuto conto della legittimazione aperta prevista dalla norma rispetto alla proposizione dell'azione in questione. Per il Messineo, l'effettiva conoscenza esigerebbe la comunicazione della copia del verbale di cui agli artt. 620 e 621, o del testamento pubblico alla cancelleria del tribunale; il che implica l'avvenuta pubblicazione del testamento, e, anzi, la comunicazione *ex* art. 623 cod. civ. dell'esistenza del testamento all'erede. Tutto ciò potrebbe, peraltro, non bastare agli effetti della conoscenza effettiva, perché il vizio potrebbe essere appreso in un momento successivo a quello della notizia circa il contenuto della disposizione testamentaria.



dato della conoscibilità in senso oggettivo, a cui si riconnetterebbe un onere di diligenza dell'interessato, che l'Autore, infatti, recisamente esclude [137].

Di tale norma la giurisprudenza ha affermato, in un'occasione, la natura eccezionale [138], ma la dottrina più attenta al riguardo discorre, piuttosto, di specialità [139], con ciò mostrandone l'attitudine, ove possa scorgersi identità di *ratio*, ad una applicazione analogica in presenza di lacune normative, come quella sul *dies a quo* della prescrizione dell'azione di riduzione. Ma, a prescindere dalla questione dell'analogia, e dunque dalla ricerca di una *eadem ratio*, che accomuni l'annullabilità del testamento per vizio della volontà e la riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della legittima, e ponendosi in una prospettiva più generale, giova qui richiamare l'opinione di un importante studioso dell'istituto della prescrizione, il quale, con riguardo al connotato della specialità ravvisabile nella norma in esame, ha osservato che tale connotato sarebbe effettivamente configurabile se il termine "notizia" fosse da intendersi nel senso della conoscenza effettiva da parte dell'interessato, ma non anche se il senso fosse quello della oggettiva emersione del vizio di volontà del testatore, e il "dover conoscere" fosse così reso equivalente alla conoscenza effettiva, poiché, in tal caso, non vi sarebbe deroga allo *ius commune*, e la disposizione in esame sarebbe in armonia con la regola generale [140]. Ciò, perché, se gli impedimenti di fatto non sono d'ostacolo alla possibilità legale di esercizio del diritto, e non provocano quindi il differimento dell'esordio della prescrizione, nondimeno la possibilità legale deve apprezzarsi secondo il criterio obiettivo del dover conoscere [141].

Tali osservazioni sembrano quindi offrire la conferma dell'importanza, anche al di fuori dell'area della responsabilità civile, della conoscenza dei fatti generatori del diritto soggetto a prescrizione, sia pure "oggettivizzata" alla stregua del criterio del dover conoscere; in pari tempo confermando la necessità di un'armonizzazione dell'interpretazione, oggi troppo frammentata, della norma dell'art. 2935 cod. civ. In questa luce, potrebbe allora acquisire determinante rilevanza, ai fini della decorrenza del diritto del legittimario di agire in riduzione, la sua conoscenza delle disposizioni testamentarie lesive dei diritti che la legge gli riserva; conoscenza in qualunque modo acquisita, indipendentemente, dunque, dal tema della relativa prova, e perciò da ipotetiche presunzioni legali, talora ravvisate nella pubblicazione del testamento.

---

[137] F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 1079, dove Egli afferma che, se il fatto della appresa notizia non si verifica, non sorge la possibilità e la potestà dell'interessato di valersi dell'azione: questi non è in grado di scegliere fra l'agire e il non agire per l'annullamento, e quindi neppure di impedire o di interrompere il decorso del termine prescrizionale proponendo l'azione. V. pure C. CICERO (*La sanatoria del testamento redatto per violenza o dolo e non revocato*, in *Riv. not.*, 2011, 242), per il quale "*trova qui applicazione, inevitabilmente, l'art. 2935 c.c., secondo il quale la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*".

[138] Cass., sez. II, 27 giugno 1992, n. 8063, la norma in esame "*costituisce uno dei casi, eccezionali, in cui l'ordinamento dà rilievo ad impossibilità di mero fatto di esercitare il diritto*".

[139] P. VITUCCI, *op. loc. ult. cit.*; S. PAGLIANTINI, *op. loc. cit.*

[140] P. Vitucci, *op. cit.*, 136.

[141] P. Vitucci, *op. cit.*, 106.

JUS CIVILE



SARA SCOLA

Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Verona

AI CONFINI DELLA MANIFESTAZIONE TACITA DI VOLONTÀ: SUL POSSIBILE SIGNIFICATO ESTINTIVO (CONCLUDENTE) DELLA RESTITUZIONE DELLA CAPARRA E DELLA SUA RICEZIONE SENZA RISERVE[*]

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Le molteplici funzioni della caparra confirmatoria. – 3. La ricezione in restituzione della caparra versata e l'ipotesi del mutuo consenso allo scioglimento del patto di caparra: il problema della forma dell'accordo risolutorio del patto medesimo. – 4.* Segue*. Lo scioglimento del patto di caparra per* facta concludentia*. – 5.* Segue*. L'ipotesi della tacita remissione del debito. – 6. Conclusioni.*

1. – Pur nella concisione del dato normativo, la disciplina della caparra confirmatoria consegnataci dal codice civile si apprezza per la sua capacità di delineare in modo nitido il complesso sistema di funzioni che è proprio di questo istituto, unitamente all'articolato apparato rimediale che vi è ricollegato. Ciò nondimeno, nessuna precisa indicazione si può in essa rinvenire riguardo al trattamento giuridico da riservare ad una vicenda piuttosto frequente nella prassi, al corretto inquadramento della quale possono peraltro soccorrere principi e nozioni fondamentali ricavabili dalla teoria generale del negozio giuridico e dell'obbligazione.

Ci riferiamo all'ipotesi in cui il contraente al quale sia stata in precedenza versata la caparra confirmatoria si renda inadempiente alle obbligazioni assunte (e garantite dalla caparra) e, tuttavia, restituisca prontamente e spontaneamente la caparra medesima all'altro contraente, il quale la riceva a sua volta in restituzione senza sollevare riserve. Ci si chiede, in particolare, se i comportamenti tenuti dalle parti in simili circostanze siano in grado di incidere sull'efficacia stessa del patto di caparra e se possano, di conseguenza, dare luogo all'estinzione dei diritti nascenti dal patto stesso, in particolare in danno di colui che, con inerzia, si sia limitato a ricevere, senza nulla eccepire, la somma restituitagli.

Attorno a codesta vicenda, che – pur con alcune variazioni – è sovente al vaglio della giurisprudenza [1], si agitano almeno tre questioni giuridiche di fondo.

In primo luogo, occorre chiedersi se la restituzione della caparra confirmatoria, con la relativa ricezione da parte di chi l'aveva precedentemente versata, possa implicare la risoluzione per mutuo dissenso del patto di caparra, nella specie per *facta concludentia*. Come si vedrà, la soluzione di siffatto interrogativo presup-

[*] Lo scritto è destinato al volume "Diritto e società in trasformazione: le sfide per il giurista europeo – Recht und Gesellschaft im Wandel: Herausforderungen für den europäischen Juristen", a cura di S. TROIANO, M. SCHMIDT-KESSEL, realizzato nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona "Diritto, Cambiamenti e Tecnologie".

[1] V. in particolare le pronunce citate *sub* par. 4.



pone, sul piano logico-argomentativo, l'analisi di un'altra questione, che riguarda l'accordo risolutorio del patto di caparra, ovvero se l'accordo in parola, qualora la caparra acceda ad un contratto per il quale è prevista la forma scritta *ad substantiam*, debba anch'esso rivestire la forma scritta.

Da ultimo, e in alternativa rispetto alla ricostruzione in termini di mutuo dissenso, si tratta di valutare se, spostando l'attenzione sulle singole obbligazioni nascenti dal patto di caparra, la restituzione della caparra da parte di chi l'aveva precedentemente ricevuta, con contestuale ricezione dell'*accipiens*, possa disvelare una volontà remissoria di quest'ultimo, con conseguente estinzione delle posizioni creditorie previste in suo favore dal rapporto di caparra.

2. – Ai fini del presente discorso è utile, in premessa, ripercorrere brevemente e per sommi capi i tratti distintivi e salienti della caparra confirmatoria, nonché le principali funzioni che ad essa si accompagnano.

A definire il quadro è la configurazione che, come noto, ne offre il codice civile, lì dove la definisce come una somma di denaro o una quantità di cose fungibili che una parte dà a garanzia dell'esecuzione del contratto, con l'intesa che, in caso di suo inadempimento, l'altra parte possa recedere dal contratto e trattenere definitivamente la somma o le cose ricevute oppure, se è inadempiente la parte che ha ricevuto la caparra, l'altro contraente possa recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra versata [2]. Per diffusa opinione l'accordo che ne sta alla base rappresenta un patto di natura contrattuale [3], reale [4] e ad effetti reali [5], accessorio rispetto al negozio principale al quale si riferisce [6].

Tuttavia, all'unitarietà che contraddistingue la caparra sul piano definitorio non corrisponde in modo speculare una configurazione unitaria del patto anche sul versante funzionale. Da tempo le Corti ne proclamano, infatti, la natura composita e la funzione eclettica, rammentando come, oltre alla già menzionata finalità di garanzia dell'esecuzione del contratto, la caparra assolva anche alla duplice funzione di autotutela per la par-

[2] V. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, III ed., Milano, 2021, 375.

[3] V. in proposito V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir*., VI, Milano, 1960, 193, che osserva come la caparra sia un negozio giuridico bilaterale che può seguire lo schema negoziale tipico individuato dal legislatore o essere arricchito da determinazioni accessorie e patti aggiunti; v. altresì C.M. BIANCA, *op. cit*., 376, il quale evidenzia che con il termine caparra si intende tanto la somma di denaro (o la quantità di cose fungibili) versata, quanto il patto con il quale le parti convengono questa forma di garanzia; v. pure I. TARDIA, *La struttura della caparra: la speciale realità della clausola ed i limiti dell'autonomia stipulativa*, in S. MAZZARESE, I. TARDIA, *Caparra*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2016, 148, il quale, nel rimarcare la natura contrattuale della caparra confirmatoria, sottolinea come essa sia una fattispecie negoziale autonoma, con autonoma funzione, e non una mera clausola (ancorché sovente sia inserita nel contratto a cui si riferisce, assumendo la morfologia di una clausola contrattuale); discorrono invece della caparra come di una clausola contrattuale F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1987, 256, nonché F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in ID., G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna- Roma, 1993, 173.

[4] V. ad es. M. FRANZONI, *La caparra*, in *Obbligazioni*, III, *Il contratto in generale*, II, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, 689, G. DE NOVA, voce *Caparra*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ*., II, Torino, 1988, 241, A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, II, Torino, 2006, 1031. Sulla possibilità che le parti si accordino per una conclusione solo consensuale del patto di caparra, v., peraltro, I. TARDIA, *op. cit*., 149, e S. CHERTI, *Il contratto reale di caparra: rilettura obbligata di un dogma*, in *Resp. civ*., 2012, 433 ss. In giur. cfr., tra le altre, Cass., 28 febbraio 2018, n. 4661, e Cass., 24 aprile 2013, n. 10056.

[5] *Contra*, tuttavia, V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 193 e 197.

[6] Offrono una completa illustrazione dell'istituto S. MAZZARESE, I. TARDIA, *Caparra*, cit., 3 ss., A. MARINI, voce *Caparra I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 2009, 1 ss., A. ZACCARIA, sub *art. 1385 cod. civ*., in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al Codice Civile*, Padova-Milano, 2022, 1663 ss., G. DE NOVA, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, 1110 ss., G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, *passim* (oltre ai contributi citati alle note precedenti).



te fedele, a cui essa conferisce la facoltà di recedere dal contratto anche in via stragiudiziale, e di predeterminazione del pregiudizio, mediante la forfetizzazione del danno derivante dal recesso in parola [7]. Se ne esclude, invece, il carattere punitivo [8], così come la precipua rilevanza sul piano probatorio [9].

Nonostante il tenore letterale della norma – che discorre di «recesso» –, si ritiene che il legislatore, all'art. 1385, comma 2, cod. civ., abbia voluto introdurre una vera e propria ipotesi di risoluzione di diritto del contratto per inadempimento, con la conseguenza che l'inadempimento che legittima tale recesso deve avere le stesse caratteristiche – riguardo ad imputabilità e gravità – richieste per la risoluzione (giudiziale) per inadempimento [10]. Del resto, è appena il caso di rammentare che il recesso propriamente inteso, sia esso legale o convenzionale, attribuisce la facoltà di sciogliere unilateralmente il rapporto contrattuale in ragione delle diverse esigenze che vengono in rilievo [11], mentre l'esegesi della predetta norma disvela l'intento di dilatare e potenziare ulteriormente la tutela già offerta dall'ordinamento a favore della parte fedele contro l'inadempimento dell'altra parte [12].

Pertanto, sul piano sostanziale, la differenza tra lo scioglimento del contratto mediante recesso ai sensi dell'art. 1385, comma 2, cod. civ. e quello mediante risoluzione secondo quanto previsto dal comma 3° della medesima disposizione, attiene principalmente – se non esclusivamente – al risarcimento del danno, che nel primo caso risulta già determinato secondo la disciplina della caparra, mentre nel secondo caso segue le regole generali [13].

---

[7] V. in particolare Cass., 16 maggio 2006, n. 11356.

[8] Per la funzione (anche) punitiva della caparra v. però V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 201.

[9] Sul punto scrive M. FRANZONI, *op. cit*., 692 s., che, se un tempo si riteneva che la caparra assolvesse prevalentemente alla funzione di confermare o provare l'esistenza del contratto, il «principio consensualistico, da un lato, e la forma quale elemento essenziale del contratto, dall'altro, hanno significativamente ridotto questa funzione» (si sofferma invece sulla funzione di prova dell'avvenuta conclusione del contratto principale G. BAVETTA, *op. cit*., 63 ss.).

[10] V. ad es. Cass., 31 gennaio 2019, n. 2969; in dottrina, tra gli altri, S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Padova, 2012, 93 ss., nonché M. DELLACASA, *La caparra confirmatoria*, in *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, V. GIUFFRÈ, Milano, 2022, 467 ss. (che offre un'illustrazione dell'istituto nella prospettiva rimediale); per una diversa ricostruzione v. però V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 195 ss.

[11] Il recesso ammesso dalla legge assolve infatti a diverse funzioni, come, ad es., quella di preservare l'interesse di una parte a sciogliersi dal rapporto nei contratti perpetui o a lungo termine, o quella di tutelare la parte più debole (v. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, 3ª ed., Giuffrè, 2019, 700). Sulla «molteplicità delle funzioni perseguite con atti denominati di "recesso"» v. G. GABRIELLI, F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., XXXIX, Milano, 1988, 27 s.; come rammenta V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 509 ss., il recesso può inoltre assumere nomi particolari in ragione dei diversi tipi contrattuali, come, ad es., nel contratto di lavoro, "dimissioni" e "licenziamento"). Sul particolare caso di recesso previsto dall'art. 1464 cod. civ. v., altresì, U. SALANITRO, voce *Rischio contrattuale*, in *Enc. dir*., *I Tematici*, I, Milano, 2021, 1072 ss. Diverso ancora è il recesso di pentimento riconosciuto al consumatore: su cui, per tutti, A.M. BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, nell'*Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, 956 ss.

[12] Argomentazioni in questa direzione sembrano scorgersi anche in C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 698 ss., dove si rimarca che il diritto di recesso tutela l'interesse obiettivo della parte all'interruzione del rapporto contrattuale e, salvo il limite generale del principio di buona fede, è rimesso esclusivamente alla sua autonoma decisione (con ciò distinguendosi dal potere di recedere talvolta previsto nei contratti a prestazione continuata o periodica, come rimedio contro l'inadempimento, dove però «il recesso costituisce un potere di autotutela e il suo esercizio è assoggettato al controllo dell'adeguatezza del mezzo alla sua funzione»).

[13] Agli aspetti qui menzionati, si aggiunge poi l'annosa questione inerente al rapporto tra i rimedi contemplati dall'art. 1385 cod. civ. (in particolare riguardo alla possibilità di conseguire la caparra [o la restituzione del suo doppio] anche dopo la risoluzione del contratto: sul tema, tra i molti, M. PALADINI, *La compatibilità tra le ipotesi di risoluzione di diritto [artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.] e la liquidazione del danno con caparra confirmatoria*, in C. GRANELLI [a cura di], *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, 287 ss.; v. pure P. GALLO, *Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza*, in *Giur. it*., 2017, 319 s., e M. FAZIO, *Caparra confirmatoria e risoluzione del contratto*, in *Contratti*, 2018, 297 s.), nonché il problema che si pone se, in applicazione dell'art. 1385, 2° comma, cod. civ., il doppio della caparra ecceda manifestamente il danno subito: tema ripreso recentemente anche da M. ORLANDI, *Silentium legis*, in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI, S. ORLANDO (a cura



3. – Ai fini della presente indagine si pone, in primo luogo, la questione se la restituzione della caparra confirmatoria, con la relativa accettazione da parte di chi l'aveva precedentemente versata, possa integrare una risoluzione per mutuo dissenso del patto di caparra, facendo così venire meno anche tutti i diritti previsti dal patto medesimo. Si tratterebbe, nel caso di specie, di uno scioglimento del rapporto contrattuale per *facta concludentia*, come tale desumibile nella sua interezza dal modo in cui si atteggiano i comportamenti delle parti.

A tale proposito, prima di riflettere sul significato concludente delle condotte dei contraenti, pare opportuno indagare in via preliminare una questione che potrebbe, invero, rivestire carattere assorbente rispetto all'altra, ossia quella relativa alla forma che deve rivestire il contratto risolutorio del patto di caparra, specialmente nell'ipotesi – assai frequente – in cui la caparra acceda ad un contratto per il quale è prevista la forma scritta *ad substantiam* [14]. Se, infatti, la soluzione da prediligersi riguardo a questo interrogativo fosse quella per la quale si impone un determinato vincolo di forma per la stipula del predetto accordo risolutorio, va da sé che verrebbe ad escludersi *ab origine* qualsivoglia possibilità di una risoluzione del patto di caparra per il solo fatto materiale della ricezione in restituzione della caparra stessa, ciò che toglierebbe pertanto spazio, perlomeno sotto questo profilo, all'ipotesi di inquadramento di cui qui si discorre.

Muovendo dalla diffusa ricostruzione dei criteri che – a partire dal generale principio di libertà della forma [15] – governano la disciplina della forma del contratto, non pare revocabile in dubbio che per il mutuo dis-

---

di), *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 2835 ss.; cfr. pure, per i rimedi applicabili in caso di caparra iniqua, G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 732 ss., e, per la possibile applicazione analogica dell'art. 1384 cod. civ. alla caparra confirmatoria, le riflessioni di A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 286 ss.

[14] Come nell'ipotesi, statisticamente tra le più frequenti, di caparra versata in occasione della stipulazione di un contratto preliminare di compravendita immobiliare. La questione non sembra aver trovato un significativo approdo in seno alla giurisprudenza di legittimità, sebbene, in almeno una occasione, la S.C. si fosse prospettata, senza tuttavia risolverlo, il problema della forma dell'accordo risolutorio del patto di caparra che accede ad un contratto per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*: v. l'ordinanza interlocutoria Cass., ord. 9 marzo 2021, n. 6452, commentata da G. S. FODERÀ, *La forma del contratto solutorio del patto di caparra apposto ad un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta*, in *Imm. propr.*, 2021, 369 ss., emessa dalla S.C. per il caso poi deciso da Cass., 12 luglio 2021, n. 19801, in *Pactum*, 2022, 97 ss., con nota di S. SCOLA, *La ricezione in restituzione della caparra versata tra accordo risolutorio e remissione del debito*, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1281 ss., commentata (unitamente ad altra pronuncia) da M.S. MAISANO, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento del contratto tra rinuncia tacita e alternatività del rimedio giudiziale*.

[15] Invero, non sono mancate voci che hanno autorevolmente messo in discussione il principio della libertà di forma o la sua portata: fondamentali, in questo dibattito, le pagine di N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, spec. 19 ss. e 79 ss., insieme alle riflessioni di P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, spec. 55 ss., il quale, rimarcando come, sul piano della legislazione ordinaria, il principio della libertà della forma e la disciplina delle forme legali *ad substantiam* siano in una relazione di alternatività e complementarietà e configurino nel loro complesso un sistema sulle forme negoziali, propone un'applicazione costituzionalmente orientata delle previsioni relative alla forma. V. anche A. GENTILI, *La forma*, in AA.VV., *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, 94, il quale respinge l'idea che il principio del formalismo abbia sostituito il principio di libertà della forma ma al contempo afferma che la normativa sulla forma ha cessato di essere eccezionale per divenire solo speciale, dunque estensibile ai casi analoghi non espressamente previsti. Sul tema v. pure F. ADDIS, *La forma*, in G. AMADIO – F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, *Parte generale – Le obbligazioni – Il contratto – I fatti illeciti e le altre fonti delle obbligazioni*, Bologna, 2014, 618 s., e ID., sub *art. 1350 cod. civ.*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, in *OneLegale*, il quale osserva che la disputa tra le due contrapposte posizioni si mostra, in una prospettiva sistematica, più apparente che reale. Sullo sfondo di queste riflessioni si pongono poi le analisi che hanno indagato il più recente fenomeno del neoformalismo negoziale, con particolare riguardo alle nuove discipline di protezione, dal quale emerge una pluralità di modelli di forma con diverse funzioni e la cui inosservanza è accompagnata da rimedi non sempre di tipo invalidatorio: in argomento v. G. CARAPEZZA FIGLIA, S. SAJEVA, sub *art. 1350 cod. civ.*, in G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, agg., Napoli, 2016, 595, i quali rammentano che occorre muovere verso una prospettiva flessibile che individui il rimedio civile più adeguato agli interessi in gioco nel concreto rapporto; per una sintesi v. pure S.



senso, ovverosia l'accordo mediante il quale le parti estinguono un precedente contratto [16], non si impone di regola alcun requisito di forma, con la conseguenza che l'accordo risolutorio ben può risultare anche da comportamenti concludenti.

Sfuggono, tuttavia, a questo criterio le ipotesi in cui la risoluzione attenga ad un contratto per il quale è prescritta una determinata forma *ad substantiam*.

È, infatti, plausibile ritenere che il vincolo formale legislativamente prescritto per i contratti elencati all'art. 1350 cod. civ. riguardi, in via di interpretazione estensiva, anche gli accordi risolutori dei medesimi, tenuto conto che, rispetto ai primi, essi non solo hanno ad oggetto una vicenda di pari natura ed importanza ma altresì incidono sulle medesime situazioni giuridiche oggetto del contratto formale [17]. Peraltro, con particolare riferimento all'ipotesi contemplata nel n. 1 dell'art. 1350 cod. civ., una regola analoga può senz'altro affermarsi pure per le compravendite immobiliari ad effetti obbligatori; anche tali negozi, infatti, realizzano la funzione della vendita, sebbene l'effetto traslativo sia rinviato ad un momento successivo e possa anche non verificarsi mai [18].

Una soluzione differente deve, invece, ad avviso di chi scrive predicarsi per il contratto risolutorio del patto di caparra.

Se è vero che il suddetto principio di libertà della forma [19] consente di qualificare le regole che impongono specifici vincoli formali come norme eccezionali – ovverosia insuscettibili di applicazione analogica ma

---

PAGLIANTINI, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, 772 ss. L'evoluzione dei tradizionali criteri inerenti alla forma del contratto è esplorata anche da C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, II, 741 s., nonché da U. BRECCIA, *La forma*, in C. GRANELLI (a cura di), *Formazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, Milano, 2006, 463 ss.

[16] Per tutti v. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2013, 45 ss. e 71 ss., il quale peraltro rimarca che il mutuo dissenso è configurabile sia per i negozi a effetti obbligatori, sia per i negozi a effetti reali; con riferimento a tale ultima ipotesi si pone, invero, l'ulteriore questione se, specialmente lì dove gli effetti reali si siano già prodotti, non di mutuo dissenso si debba parlare, bensì di un autonomo negozio con effetti opposti al precedente: v. per tutti R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, IV, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da G. GROSSO, F. SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1980, 212; sulle varie declinazioni del c.d. *contrarius actus* v. l'indagine di A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 32 ss. (sul tema cfr. pure F. GALGANO, *op. cit*., 17 s.), fattispecie che verrebbe in rilievo proprio nel caso in esame, tenuto conto che lo scioglimento consensuale del patto di caparra dovrebbe, seguendo siffatta ricostruzione, avvenire mediante una c.d. "retrocaparra".

[17] Sul punto v. le riflessioni offerte da C.M. BIANCA, *op. ult. cit*., 247 e 694; v. pure A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., 313 ss., nonché G. BONILINI, *La forma del mutuo dissenso*, in *Contratti*, 1997, 545 ss. Anche la giurisprudenza pare ormai orientata in questa direzione: v., *ex multis*, Cass., ord. 22 novembre 2021, n. 35931, Cass., 18 aprile 2016, n. 7638, Cass., 27 novembre 2006, n. 25126; *contra* Cass., 20 maggio 1991, n. 5684, nonché Cass., 6 giugno 1988, n. 3816 (le quali applicano il principio della libertà della forma alla risoluzione consensuale di un preliminare di compravendita immobiliare).

[18] R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*. *Disposizioni preliminari – dei requisiti del contratto*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, 418; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 207 s.; C.M. BIANCA, *op. ult. cit*., 247.

[19] Il principio della libertà di forma è peraltro oggi ribadito e valorizzato anche dalla Riforma del diritto francese dei contratti, operata dall'*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016* (in particolare artt. 1102, 1128, 1172 e 1173 del *Code civil*), ove, nell'ambito della disciplina della *forme du contrat*, e in applicazione del generale principio della *liberté contractuelle*, viene consacrato il *principe du consensualisme* (art. 1172 cod. civ. fr., 1° comma: «*Les contrats sont par principe consensuels*»), che incontra solo due eccezioni, come tali qualificate nel 2° e 3° comma del medesimo articolo, ovverosia i contratti solenni («*Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation*») ed i contratti reali (la cui conclusione è subordinata alla consegna della cosa): v. D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 436, e C. FRANÇOIS, *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, consultabile all'indirizzo https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/avant-propos/. Per una panoramica generale sulla riforma v. D. VALENTINO (a cura di), *La riforma del* Code civil*: una prospettiva italo-*



solo passibili, per l'appunto, di una interpretazione estensiva [20] –, sembra, infatti, difficile sostenere una dilatazione delle predette disposizioni tale da poter attrarre nel loro ambito di applicazione anche gli accordi risolutori di patti meramente accessori ai contratti formali, come è il caso dell'accordo volto a sciogliere il rapporto contrattuale inerente alla caparra.

Tale rapporto, pur essendo accessorio rispetto al contratto principale cui si riferisce, ha un diverso oggetto e gode anche di una propria autonomia, sia funzionale sia di disciplina, come dimostra il fatto che esso, avendo ad oggetto denaro o beni mobili, rimane sempre a forma libera, ponendosi semmai vincoli formali solo sul piano probatorio [21].

Pertanto, in assenza di un dato normativo che preveda siffatta conseguenza, sarebbe affetta da evidente illogicità una soluzione per la quale la forma scritta, reputata non necessaria per la caparra in sé considerata, dovesse per contro ritenersi imposta per il contratto risolutorio della medesima; maggiormente coerente appare, piuttosto, ritenere che il mutuo dissenso circa un patto di caparra non sia soggetto ad alcun vincolo di forma, neppure nel caso in cui il contratto principale fosse a forma vincolata [22].

Per contro, con riferimento al contratto principale cui accede il patto di caparra, vale la pena osservare che le predette considerazioni impongono invece di escludere che il comportamento materiale delle parti possa di per sé solo comportare la risoluzione per mutuo consenso del predetto negozio principale, qualora per esso sia prescritta una determinata forma *ad substantiam.*

Ciò vale non solo per il caso, poc'anzi illustrato, dei contratti elencati all'art. 1350 cod. civ., ove come detto la prescrizione del vincolo formale deve ritenersi estesa anche agli accordi risolutivi di tali rapporti, ma anche per l'ipotesi del contratto preliminare di compravendita immobiliare, per il quale il requisito essenziale della forma scritta si ricava, *per relationem*, dall'art. 1351 cod. civ.

---

francese, Napoli, 2018, e il fascicolo monografico di *Persona e Mercato*, 1/2018 – *La riforma del Code civil*, nonché F. TERRÉ, *La réforme du droit des obligations*, Paris, 2016.

[20] Dal principio di libertà della forma e dal fatto che le norme derogatorie di esso siano eccezionali, non si deve però dedurre che i contratti a forma vincolata siano una realtà marginale e trascurabile, tenuto conto che «l'osservanza di vincoli di forma condiziona largamente e fortemente, sotto molteplici profili, l'operatività di un gran numero di contratti»: nitidamente, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 206 s. Sul tema v., inoltre, L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2021, 151 ss., il quale, soffermandosi sul cd. neoformalismo negoziale, osserva che, alla base di tale fenomeno, «viene ravvisata comunemente un'istanza di giustizia, che non si pone necessariamente in conflitto con la libertà contrattuale nella misura in cui la prescrizione relativa alla forma sia diretta – in un'ottica riequilibratoria – a consentire l'esplicazione dell'autonomia contrattuale alla stregua di canoni ispirati all'informazione e alla trasparenza della contrattazione».

[21] Sul tema v., *ex multis*, G. BAVETTA, *op. cit*., 84 s.; v. pure I. TARDIA, *op. cit*., 204 ss., che riguardo alla caparra rammenta la forma scritta *ad probationem* richiesta dall'art. 2722 cod. civ. Cfr. anche S. MONTICELLI, *La forma dei patti aggiunti al contratto*, Napoli, 1999, 26 ss., il quale, indagando il più generale tema dei patti aggiunti ai contratti formali, esclude una automatica simmetria tra i primi e i secondi, affermando al contempo che nel determinare la forma cui assoggettare il patto aggiunto si dovrà valutare se i «motivi sostanziali che hanno indotto il legislatore a prescrivere a pena di nullità l'osservanza nel contratto di un determinato formalismo ricorrano anche per il patto diretto a modificare, rinnovare o integrare la disciplina del negozio primario».

Si può semmai discutere se il patto di caparra, qualora inserito in condizioni generali di contratto, debba essere approvato per iscritto dall'aderente ai sensi dell'art. 1341, comma 2, cod. civ.: così, ad es., C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, cit., 384.

[22] Rimane semmai sullo sfondo, pur senza venire in rilievo nella fattispecie qui esaminata (ove la riconsegna, mediante restituzione, si è già verificata) se, specialmente aderendo alla tesi secondo cui per i contratti traslativi che già abbiano prodotto l'effetto reale si imporrebbe un autonomo negozio con effetti opposti al precedente (v. sopra *sub* nota 16), il mutuo dissenso di un patto di caparra sia anch'esso un patto reale – che dunque si perfeziona con la consegna – oppure se si possa immaginare un mutuo dissenso non reale che estingue il rapporto a prescindere dalla riconsegna della somma, sulla base dell'obbligazione di riconsegnarla: ipotesi, quest'ultima, che ad avviso di chi scrive si lascia preferire, tenuto conto che le tipiche operazioni dei contratti reali possono essere oggetto anche di contratti consensuali, come dimostra il fatto che la stessa legge, accanto al contratto (reale) di mutuo, contempla la promessa di mutuo (art. 1822 cod. civ.): v. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, cit., 215 s.



Nel solco di codesta ricostruzione si colloca anche una parte della giurisprudenza di merito, la quale, nell'occuparsi proprio della restituzione della caparra versata in occasione della stipula di un preliminare di compravendita immobiliare, ha escluso la tacita risoluzione del contratto principale, proprio in ragione della mancanza della necessaria forma scritta [23].

4. – Se è vero, quindi, che lo scioglimento del patto di caparra ben può verificarsi anche per *facta concludentia*, occorre a questo punto soffermarsi sui requisiti che il comportamento delle parti deve possedere affinché si possa sostenere che una simile fattispecie risolutoria si sia perfezionata.

È un dato ormai diffuso, e sul quale non v'è ragione di dubitare, quello per cui, in assenza di una manifestazione di volontà da parte dei contraenti, la predetta risoluzione possa avvenire solo lì dove il comportamento delle parti sia tale da disvelare in modo certo, chiaro ed inequivoco l'intento di estinguere il rapporto negoziale [24].

Diversamente ragionando, ossia ammettendo che un così dirompente effetto demolitorio possa riconnettersi ad una volontà cristallizzata in condotte non univoche, si rischierebbe, infatti, di minare sensibilmente la stabilità dei rapporti contrattuali e delle obbligazioni che in tali rapporti trovano la loro fonte; senza contare, poi, l'evidente frattura che verrebbe a crearsi all'interno del sistema nel dare spazio ad una soluzione interpretativa, quale è quella qui criticata, che diametralmente confligge con il generale principio di conservazione del contratto [25].

Sulla base di tali premesse non sembra quindi possibile desumere dalla "mera" restituzione della caparra precedentemente versata, quand'anche ricevuta dall'altro contraente, una inequivoca volontà risolutoria [26]. La

---

[23] V. Trib. Torino, 28 marzo 2003, in *DeJure*, ove si è precisato che lo scioglimento per mutuo consenso di un contratto per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam* deve risultare anch'esso da un atto scritto, con la conseguenza che la restituzione della caparra da parte del promittente venditore non è sufficiente a determinare lo scioglimento del predetto contratto per *facta concludentia*. In particolare, nel solco di un orientamento giurisprudenziale (v., ad es., Cass., 11 ottobre 2002, n. 14524) condiviso anche di recente (v., tra le altre, Cass., 23 novembre 2018, n. 30446), viene ribadito che la risoluzione consensuale di un contratto riguardante il trasferimento, la costituzione o l'estinzione di diritti reali immobiliari è soggetta al requisito della forma scritta *ad substantiam* non soltanto quando il contratto da risolvere sia definitivo e, quindi, il contratto risolutorio rientri nella espressa previsione dell'art. 1350 cod. civ., ma anche quando il contratto da risolvere sia preliminare, tenuto conto che la ragione giustificativa dell'assoggettamento del preliminare alla forma *ex* art. 1351 cod. civ. – da ravvisare nell'incidenza che il preliminare spiega su diritti reali immobiliari, sia pure in via mediata, tramite l'assunzione di obbligazioni – si pone in termini identici per il contratto risolutorio del preliminare stesso.

[24] Cfr., tra le tante, Cass., ord. 27 giugno 2018, n. 16948, Cass., 30 maggio 2018, n. 13661, Cass., ord. 7 dicembre 2017, n. 29427. In questa direzione è da tempo orientata anche la giurisprudenza d'Oltralpe: v., ad es., *Cass. fr.*, 22 novembre 1960, in *Bull. Civ.*, I, n. 510, nonché la più recente *Cass. fr.*, 7 marzo 2000, n. 97-20.588, ove si è precisato che il mero silenzio prolungato per mesi, unitamente alla mancata esecuzione del contratto, non disvela la volontà inequivoca di sciogliere il contratto per mutuo dissenso.

[25] Non pare infatti fuori luogo richiamare il principio di conservazione del contratto, se si ha cura di considerare che, nel contesto della norma che lo contempla (art. 1367 cod. civ.), siffatto criterio si applica anche nelle ipotesi in cui vi sia una clausola ambigua in grado di determinare l'inefficacia dell'intero contratto, portando a preferire una «interpretazione che uccide la clausola, salvando il contratto»: così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 454; sostanzialmente in questa direzione già C. GRASSETTI, *Conservazione (Principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 174.

[26] Salvo che altri elementi del caso di specie consentano di giungere a una diversa soluzione: v., ad es., Trib. Cagliari, 24 gennaio 1997, n. 139, in *Riv. giur. sarda*, 1998, 434 ss., con nota di C. CHESSA, ove, a proposito di un preliminare di compravendita avente ad oggetto un lotto di terreno edificabile, in occasione del quale era stata versata una caparra da parte del promissario acquirente, dall'avvenuta restituzione in favore dello stesso della somma corrisposta a titolo di caparra confirmatoria, oltreché dal riconoscimento della proprietà del bene promesso in vendita in capo al promittente venditore, entrambi risultanti da una non meglio identificata scrittura intervenuta tra i contraenti, si è ritenuto che, nella specie, emergesse la comune volontà delle parti di risolvere per mutuo dissenso il contratto preliminare (con conseguente venir meno anche dei diritti nascenti dal patto di caparra). In quel caso, peraltro, essen-



ricezione in restituzione della caparra, infatti, è sotto questo punto di vista un comportamento neutro, che di per sé non pregiudica i diritti delle parti scaturenti dalla caparra medesima e a cui possono essere sottese le più diverse e insondabili ragioni. Condivisibile risulta, pertanto, la linea interpretativa sulla quale sembra ormai essersi assestata la giurisprudenza di legittimità [27], lì dove – ripercorrendo, seppur non del tutto consapevolmente, le direttrici di un orientamento giurisprudenziale assai più remoto [28]–, afferma che anche a seguito della spontanea restituzione della caparra da parte di chi l'aveva precedentemente ricevuta, la controparte conserva il diritto di recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra versata.

Peraltro, neppure si può affermare, perlomeno di regola e fatti salvi elementi del caso concreto che consentano di giungere a differenti conclusioni, che il solo fatto della restituzione della caparra faccia venir meno la funzione di garanzia propria della medesima, tenuto conto che, in mancanza di una risoluzione consensuale del rapporto principale, tale funzione deve ritenersi permanere intatta fintantoché persiste l'inadempimento [29].

Pertanto, se è vero che il patto di caparra è un contratto che, in quanto a forma libera, ben può essere sciolto anche per comportamenti concludenti delle parti, nell'ipotesi che si sta esaminando difettano, a ben vedere, elementi atti a palesare l'intento non equivoco dei contraenti di risolvere il rapporto contrattuale. A fronte di un comportamento siffatto, dunque, il patto deve ritenersi integro sul piano dell'efficacia, così come immutati devono intendersi i diritti delle parti che in esso trovano la loro origine.

5. – Nello scenario qui esaminato, rimane tuttavia da indagare un ultimo rilevante profilo, fugacemente sfiorato anche da un già citato, recente, arresto intervenuto sul tema [30].

---

dovi un documento scritto, non veniva indagato il problema della necessaria simmetria formale tra il negozio risolutorio e il contratto oggetto dello scioglimento (cfr. sul punto C. CHESSA, *op. cit*., 437, che osserva come il Tribunale abbia implicitamente avallato la tesi favorevole a tale simmetria).

[27] V. in particolare Cass., 12 luglio 2021, n. 19801, cit., ove si osserva che la mera ricezione in restituzione della caparra precedentemente versata è, di per sé, un comportamento neutro, che non implica la caducazione del titolo giustificativo per l'esercizio del diritto di recesso, né comporta una implicita risoluzione del patto di caparra per mutuo consenso; pertanto, nel caso sottoposto alla S.C. – avente ad oggetto la stipulazione di un contratto preliminare di compravendita immobiliare, in occasione del quale il promissario acquirente aveva versato alla promittente venditrice (nella specie un'agenzia di viaggi), mediante assegno, una somma a titolo di caparra confirmatoria e tuttavia, pochi giorni dopo, quest'ultima aveva restituito alla controparte il predetto assegno comunicandole di non volere più vendere l'immobile oggetto del preliminare –, e dove era pacifico l'inadempimento della promittente venditrice (aspetto, invero, non indagato né valorizzato dalla pronuncia impugnata), permaneva il diritto della parte fedele a recedere dal contratto e ad esigere il doppio della caparra versata.

[28] V. Cass., 7 aprile 1948, n. 511, massimata in *Giur. compl. cass. civ*., 1948, XXVII, 327, e consultabile per esteso in *Riv. dir. comm*., 1949, XLVII, II, 73 ss. La pronuncia concerne un contratto di compravendita tra privati, avente ad oggetto 25 quintali di mandorle, la cui obbligazione di consegna della merce acquistata era rimasta inadempiuta; nel contenzioso instaurato dall'acquirente per il risarcimento dei danni subiti – pur dopo avere ricevuto dall'altra parte la restituzione della caparra versata – la S.C. (seppur con stringate argomentazioni) statuì che il contratto risolutorio di un precedente rapporto contrattuale ben può avvenire mediante mutuo consenso delle parti anche quando vi sia stato inadempimento di una di esse, sempre che emerga la rinuncia, da parte dell'altro contraente, ai diritti derivanti dalla predetta inadempienza. Nel caso di specie, invece, risultava chiaro che l'acquirente, accettando la restituzione della caparra, avesse manifestato soltanto la volontà di non dare seguito al rapporto contrattuale (e dunque la volontà di non insistere per la consegna delle mandorle), restando però salvi gli altri rimedi previsti per l'inadempimento, ed in particolare la risoluzione ed il risarcimento del danno (quest'ultimo anche ai sensi dell'art. 1385, comma 3, cod. civ.).

[29] Questo, invece, è quanto sembra avere affermato App. Brescia, 31 marzo 2016, n. 281, illustrata (e poi cassata) dalla citata pronuncia Cass., 12 luglio 2021, n. 19801, cit.

[30] V. ancora Cass., 12 luglio 2021, n. 19801, cit., nella parte in cui, in chiusura della motivazione, afferma che «la volontà abdicativa del creditore al suo diritto (...) esige e postula che il diritto di credito si estingua conformemente alla volontà remissoria e nei limiti a questa riconducibili», precisando che ciò può avvenire anche per effetto di comportamenti concludenti, purché essi non si tra-



Spostando l'attenzione dal piano del *rapporto contrattuale* di caparra a quello riguardante le *singole obbligazioni* dal medesimo nascenti, occorre, infatti, chiedersi se l'accettazione senza riserve della restituzione della caparra da parte di colui che l'aveva precedentemente versata possa disvelare un intento remissorio di quest'ultimo, volto a estinguere, per remissione del creditore, l'obbligazione avente ad oggetto la corresponsione al contraente fedele del doppio della caparra stessa per inadempimento della controparte. Si tratta, evidentemente, di una questione differente da quella esaminata in precedenza, se solo si considera che una cosa è discorrere della risoluzione consensuale del patto di caparra, che determina l'estinzione di tutte le posizioni giuridiche che accedono al rapporto contrattuale, altra è, invece, interrogarsi circa l'estinzione di singoli effetti giuridici nascenti dal patto medesimo [31].

A ben vedere, neppure una simile ricostruzione può essere accolta con riguardo alla vicenda che si sta indagando, difettando ancora una volta una inequivoca manifestazione di volontà nel senso indicato, imprescindibile affinché possa predicarsi anche siffatta (diversa e più limitata) conseguenza.

Vale la pena rammentare in questo contesto che la remissione del debito, quale istituto che si pone come alternativo rispetto al naturale meccanismo di estinzione dell'obbligazione mediante esecuzione della prestazione [32], non esige una forma particolare [33], né richiede che la volontà del creditore sia manifestata in modo espresso. Di conseguenza, anche se la lettera dell'art. 1236 cod. civ. parla di «dichiarazione» [34], nulla vieta che la volontà remissoria possa desumersi tacitamente [35], attraverso comportamenti

---

ducano «in condotte di dubbia interpretazione» ma facciano, invece, trasparire, in modo non equivoco, la volontà di non volersi avvalere del diritto.

[31] Sul punto, v. C.M. BIANCA, *op. ult. cit*., 689, il quale porta l'esempio della remissione del debito relativo al prezzo di una compravendita, ipotesi che comporta l'estinzione di un effetto del contratto senza incidere sull'efficacia della vendita stessa.

[32] Per l'illustrazione generale dell'istituto, v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 168 ss., F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da M. D'AMELIO, E. FINZI, I, Firenze, 1948, 131 ss., E. TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955, *passim*, e ID., voce *Remissione del debito*, in *Noviss. dig. it*., XV, Torino, 1968, 389 ss., N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento,* in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino, 1984, 290 ss., A. POMPILIO, *La remissione del debito*, in *Obbligazioni*, III, *Il rapporto obbligatorio*, I, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, 273 ss., M.C. POLO – G. FABBRICATORE, *Remissione del debito e figure affini*, in M. PALADINI (a cura di), *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, Torino, 2010, 75 ss., A. VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, in *Obbl. contr*., 2012, 529 ss., G. GIACOBBE, M.L. GUIDA, voce *Remissione del debito (dir. vig.)*, in *Enc. dir*., XXXIX, Milano, 1988, 767 ss., P. STANZIONE, voce *Remissione del debito*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ*., XVI, Torino, 1997, 577 ss., C. CICERO, *Le obbligazioni*, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, VIII, Torino, 2013, 95 ss. Per un'analisi recente, attenta anche alle origini dell'istituto, v. F. ROSSI, *La remissione del debito*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 5 ss.

[33] V., ad es., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, rist. agg. 2019, 473. In argomento v. pure E. TILOCCA, voce *Remissione del debito*, cit., 408 s., il quale evidenzia che la forma rimane libera pure nel caso in cui la rimessione riguardi un diritto che ha la funzione di predisporre un diritto reale o un diritto garantito da ipoteca; *contra*, M. C. POLO, G. FABBRICATORE, *op. cit*., 99, nonché G. GIACOBBE, M.L. GUIDA, voce *Remissione del debito*, cit., 785 s., secondo i quali, ogniqualvolta il negozio di cui si vogliano rimettere gli effetti obbligatori sia soggetto ad una forma particolare a pena di nullità, anche l'atto di remissione debba assumere la medesima forma.

[34] Lo nota, ma senza ravvisarvi un reale ostacolo ad ammettere il perfezionamento *per facta concludentia*, M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1181.

[35] Invero, è questione non ancora sopita, ma che ai fini che qui interessano si ritiene possibile lasciare sullo sfondo, quella se la remissione sia negozio unilaterale recettizio risolutivamente condizionato all'opposizione del debitore (come consolidata giurisprudenza afferma, argomentando dalla lettera dell'art. 1236 cod. civ.: per tutte, Cass., 9 giugno 2014, n. 12914) o se, invece, si componga con la dichiarazione del debitore di non volerne profittare nel costituire un accordo contrattuale (che taluno accosta allo schema di cui all'art. 1333 cod. civ.) o un atto unilaterale a struttura bilaterale. Sebbene largo e autorevole sia, in letteratura, il consenso alla tesi del negozio unilaterale (v. G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in AA. VV.,



concludenti [36]. Del resto, un'indiretta conferma dell'ammissibilità di una remissione tacita del debito si rinviene dallo stesso dato normativo, lì dove, nell'art. 1237 cod. civ., circoscrive le ipotesi ove può presumersi una liberazione del debitore a fronte della restituzione volontaria del titolo del credito [37], o, nell'art. 1238 cod. civ., esclude che la rinunzia alle garanzie dell'obbligazione faccia presumere la remissione del debito [38].

Al contempo, però, dall'efficacia estintiva tipica della remissione si ricava anche in questo contesto la necessità, affinché possa ritenersi integrata una remissione del debito per *facta concludentia*, di una valutazione assai rigorosa degli elementi atti a disvelare l'intento remissorio del creditore, poiché essa, stante la gravità dell'effetto non satisfattorio a cui dà luogo (e la sua alternatività rispetto all'adempimento, quale modo fisiologico di estinzione dell'obbligazione), deve portare ad *escludere ogni dubbio* circa la reale volontà estintiva del remittente [39]. Pertanto, come del resto è a dirsi anche per altri istituti implicanti l'estinzione dell'obbli-

---

Studi in onore di Emilio Betti, V, Milano, 1962, 789 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., 473; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 3ª ed., Milano – Padova, 2020, 110 ss.; ma, in questa direzione v. già M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948, 250 ss., nonché E. TILOCCA, voce *Remissione del debito*, cit., 404 ss.), non mancano voci propense ad ammettere la natura contrattuale (così, ad es., F. PELLEGRINI, *op. cit*., 134 s.; cfr., pure, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XV, II, Torino, 1960, 301, il quale ritiene che la remissione, quantomeno quando avvenga nei confronti di un soggetto passivo determinato, necessiti dell'accettazione di quest'ultimo) o a ragionare di una pluralità di strutture di cui quella individuata dall'art. 1236 cod. civ. costituirebbe solo uno schema tipico (v. l'ampia riflessione di P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Napoli, 1968, spec. 52 ss., e ID., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione*, cit., 188 ss., che muove dalla rilevanza da attribuire alla funzione dell'atto e all'interesse del debitore alla liberazione dal debito; v., inoltre, F. NADDEO, *Remissione del debito e volontà del debitore*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2018). Intrecciata con questo dibattito è la questione riguardante il rapporto tra remissione del debito e rinunzia al credito, risolto, da alcuni, in termini di sostanziale identificazione (ad es., C.M. BIANCA, *op. ult. cit*., 473 s.), da altri, invece, di netta distinzione (per tutti, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione*, cit., 176 ss., e A. LUMINOSO, *Remissione del debito*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 5 s., i quali evidenziano come la rimessione, a differenza della rinunzia, non limiti i suoi effetti all'estinzione della posizione di titolarità del credito, ma incida anche sulla correlativa posizione del debitore). Tuttavia, anche la questione della struttura della remissione e della sua distinzione rispetto alla rinuncia al credito sembra ininfluente per la soluzione del caso in esame.

[36] Significativa è la circostanza che anche l'ordinamento tedesco, che pure muove da un dato normativo che qualifica la remissione del debito, ai sensi del § 397 BGB, come un contratto e non come un atto unilaterale, perviene a soluzioni del tutto analoghe. È pacifico, infatti, che l'*Erlassvertrag* sia un contratto a forma libera, che può perfezionarsi anche per comportamenti concludenti (v. J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen, 1994, 378 ss., nonché L. VON ZUR GATHEN, *Die konkludente Willenserklärung*, Baden-Baden, 2021, 205; sul rapporto tra remissione contrattuale del debito e rinuncia al credito v. J. KLEINSCHMIDT, *Der Verzicht im Schuldrecht*, Tübingen, 2019, 259 ss.). La struttura contrattuale non è, infatti, incompatibile con una manifestazione della volontà per *facta concludentia*, ferma l'ovvia differenza che, nell'ottica della contrattualità, detto comportamento dovrebbe accertarsi anche rispetto al debitore (ma non par dubbio che pure la volontà del debitore di non voler profittare della remissione possa manifestarsi tacitamente).

[37] In particolare, si ritiene che l'art. 1237, comma 1, cod. civ. contempli una ipotesi di presunzione assoluta di liberazione dal debito, mentre il comma 2 della predetta norma darebbe spazio ad una presunzione relativa (v. per tutti P. STANZIONE, voce *Remissione del debito*, cit., 592; ma in senso parzialmente difforme v. P. PERLINGIERI, *op. cit*., 242 s. il quale evidenzia che il possesso del titolo da parte del debitore non è di per sé sufficiente a fare sorgere una presunzione, assoluta o relativa, di liberazione e che il creditore può sempre provare che la restituzione, benché volontaria, non sia idonea a produrre l'effetto liberatorio).

A proposito dell'art. 1237 cod. civ. C.M. BIANCA, *ibidem*, osserva che la volontaria restituzione del titolo prova, più in generale, l'estinzione del debito (ben potendo, ad es., la restituzione essere motivata dal fatto che il pagamento è già avvenuto).

[38] L'art. 1238 cod. civ. impedisce che la rinuncia del creditore alle sole garanzie dell'obbligazione possa, in forza di un'automatica propagazione, estendersi all'intera obbligazione (cfr. N. DI PRISCO, *op. cit*., 309).

[39] Nuovamente, anche riguardo a questo punto si segnala piena consonanza di soluzioni tra diritto italiano e ordinamento tedesco. V. ancora J. GERNHUBER, *op. cit*., 379, nonché L. VON ZUR GATHEN, *ibidem*, ove si chiarisce che ai fini della remissione del debito per *facta concludentia* occorre accertare una volontà inequivoca di estinguere il debito, precisandosi altresì (alla luce della natura contrattuale della remissione) che la verifica dei presupposti sarà particolarmente rigorosa riguardo alla volontà del creditore. Cfr., peraltro, *OLG München*, 14 luglio 1989, in *NJW-RR*, 1990, 20, il quale ha ritenuto che la restituzione al conduttore del deposito cau-



gazione senza adempimento [40] e, più in generale, per tutti gli atti di rinuncia ad un diritto [41], non potrebbe mai prospettarsi una remissione del debito in assenza di una *inequivoca* volontà estintiva del creditore [42].

Così, la mera ricezione in restituzione della caparra appare nuovamente, anche da questa angolazione, un comportamento in sé neutro, da solo incapace di rilevare un'univoca volontà remissoria del creditore e, conseguentemente, inidoneo anche ad estinguere il debito della controparte. Esso, infatti, appare obiettivamente suscettibile di assumere i significati più vari, tra i quali quello di una remissione del debito (o di una rinuncia al credito, se si ritiene di poterla distinguere dalla prima [43]) è solo uno tra i tanti possibili.

In particolare, una siffatta condotta potrebbe essere manifestazione di mera disattenzione o trascuratezza ovvero, di contro, esprimere un atteggiamento di tolleranza dell'altrui inadempimento [44], conforme al canone della buona fede *in executivis* o motivato anche da ragioni opportunistiche o di interesse [45], che non implica rinuncia al diritto ed è compatibile con la perdurante intenzione di esigere l'adempimento (e di avvalersi dei rimedi dall'inadempimento scaturenti). Da una diversa prospettiva, la ricezione della caparra potrebbe, inoltre, essere intesa anche come accettazione senza riserve di un pagamento parziale, avente ad oggetto, precisamente, la metà della prestazione (il doppio della caparra, appunto) che sarebbe dovuta alla parte fedele in caso di esercizio del diritto di recesso conseguente al patto di caparra. Ed è appena il caso di osservare che l'accettazione di un pagamento parziale non preclude al creditore di esigere il residuo dovuto, a prescindere dalla volontà manifestata dal debitore al momento del pagamento [46].

---

zionale, nonostante la presenza di difetti riconosciuti o almeno facilmente riconoscibili del bene locato, avesse comportato una rinuncia del locatore ai propri diritti risarcitori, integrando, per l'appunto, un *Erlassvertrag*.

[40] La "non equivocità" dell'intento estintivo è espressamente richiesta, in particolare, per la novazione, con una formula, quella scolpita nell'art. 1230, comma 2, cod. civ. («la volontà di estinguere l'obbligazione deve risultare in modo non equivoco»), la cui funzione non è di imporre la manifestazione espressa del c.d. *animus novandi*, ben essendo possibile che l'inequivoca comune intenzione delle parti di estinguere l'originaria obbligazione e sostituirla con quella nuova emerga anche tacitamente, ma di precisare che, nel dubbio, la volontà delle parti deve essere interpretata come meramente modificativa della precedente obbligazione (sul punto v., per tutti, C.M. Bianca, *op. ult. cit*., 447 s.).

[41] Infatti, la rinuncia ad un diritto non può presumersi, ma ciò non esclude che la volontà di rinunciare possa essere desunta da un comportamento concludente «incompatibile con l'intenzione di avvalersi del diritto», fermo che la valutazione in concreto dei comportamenti che integrano rinuncia forma oggetto di un giudizio di merito non sindacabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione (Cass., 13 gennaio 2009, n. 460, e Cass., 27 febbraio 2004 n, 3974).

[42] V. ad es. Cass., 14 luglio 2006, n. 16125, ove si afferma che «è vero che la remissione del debito, pur non potendosi presumere, può tuttavia ricavarsi anche da una manifestazione tacita di volontà, ma in tal caso è indispensabile che la volontà abdicativa risulti da una serie di circostanze concludenti e non equivoche, assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto di credito». Tra le più recenti cfr. Cass., ord. 13 ottobre 2021, n. 27894; v. pure Cass., ord. 26 gennaio 2021, n. 1724, in *Contratti*, 2021, 257 ss., con nota di F. Rizzi, *La remissione tacita del debito presuppone una manifestazione di volontà inequivoca: commento a una recente pronuncia della Suprema Corte di cassazione*, per la quale un comportamento tacito può ritenersi indice della volontà del creditore di rinunciare al proprio credito «solo quando *non possa avere alcun'altra giustificazione razionale*, se non quella di rimettere al debitore la sua obbligazione» (corsivo aggiunto; nello stesso senso anche Cass., ord. 14 dicembre 2020, n. 28439).

Sull'argomento, tra gli studi più recenti, v. C. Romeo, *Novazione, remissione e tecniche di gestione dei rapporti contrattuali*, Roma, 2018, 129 ss.

[43] Sulla discussa possibilità di distinguere tra loro queste due figure si rinvia al dibattito richiamato sopra, *sub* nota 35.

[44] Sulla rilevanza della tolleranza nell'ordinamento italiano d'obbligo è il riferimento a S. Patti, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.

[45] V. G. D'Amico, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1165 s., il quale, con riguardo alle ragioni che possono fondare un'inerzia nell'esercizio del credito, evoca eventuali «rapporti affettivi, di amicizia o familiari, con il debitore; ma anche profili di "opportunità/interesse, che potrebbero suggerire un atteggiamento di "disponibilità" nei confronti di un debitore "strategico", con il quale si intrattengono magari altri e più rilevanti rapporti, o si prevede/auspica che essi possano sorgere».

[46] Cfr. Cass., 14 giugno 1997, n. 5363, la quale ha escluso che il pagamento parziale espressamente indicato dal debitore come "a saldo" della maggior pretesa, con la contestuale accettazione del creditore senza nulla replicare, potessero integrare una remissione del debito o una rinunzia al credito.



In definitiva, il comportamento passivo e meramente recettivo tenuto dal ricevente nell'ipotesi su cui si sta riflettendo, pare assimilabile, per quanto attiene ai suoi caratteri di ambiguità, ad un'inerzia nell'esercizio dei propri diritti, un silenzio per sua natura del tutto anòdino [47], e che potrebbe essere motivato dalle ragioni più disparate [48].

Si confermano quindi nuovamente le conclusioni cui siamo giunti in precedenza discorrendo dell'eventuale scioglimento per mutuo dissenso del patto di caparra. Il comportamento della parte fedele che accetta la restituzione della caparra precedentemente versata non è di per sé idoneo né ad incidere sull'efficacia del patto di caparra, né a determinare un'estinzione – in particolare per remissione del debito – delle obbligazioni nascenti dal patto medesimo.

6. – Le riflessioni qui sviluppate muovendo dalla peculiare fattispecie della ricezione in restituzione della caparra precedentemente versata consentono, in definitiva, di individuare un elemento identificativo che accomuna trasversalmente diverse e molteplici ipotesi, ponendosi come limite generale alla possibilità di perfezionamento per fatti concludenti di fattispecie negoziali con effetti estintivi, siano essi estintivi di singole obbligazioni oppure di un più complesso rapporto contrattuale; non a caso, esso concerne anche entrambe le ricostruzioni che si sono prospettate nel caso oggetto di indagine, tanto la prima, che ragiona di una possibile estinzione dell'intera fattispecie contrattuale del patto di caparra per *facta concludentia*, quanto la seconda, che indaga la possibile estinzione, per remissione del creditore, di taluni diritti nascenti dal patto medesimo.

Ci riferiamo al limite della necessaria *inequivocità* del comportamento concludente, che è il riflesso, a sua volta, della necessaria inequivocità della volontà estintiva che lo stesso dev'essere in grado di rappresentare affinché possa incidere, estinguendola, sulla posizione giuridica cui si riferisce.

Già si è detto che, talvolta, è lo stesso legislatore a imporre la predetta, univoca volontà quale presupposto

---

[47] V. quanto osserva M. ORLANDI, *op. cit*., 1180, evidenziando come il silenzio sia «un mero non esserci, il quale in ragione della propria negatività nulla significa».

[48] Aspetti rilevati anche dalla giurisprudenza, lì dove precisa che «annettere rilevanza alla mera inerzia del creditore significa, in buona sostanza, ridurre indebitamente il termine fissato dalla legge per la prescrizione del diritto» (Cass., ord. 3 ottobre 2018, n. 24139; v. pure Cass., ord. 5 febbraio 2018, n. 2739, per la quale «né il silenzio né l'inerzia possono essere interpretati come manifestazione tacita della volontà di rinunciare al diritto medesimo, poiché la rinuncia non può essere oggetto di mere presunzioni»). E v. anche la cit. Cass., ord. 14 dicembre 2020, n. 28439, nella cui motivazione si ricorda che «il silenzio (…) non può mai elevarsi a indice certo d'una volontà abdicativa o rinunciataria d'un diritto, a meno che non sia circostanziato, cioè accompagnato dal compimento di atti o comportamenti di per sé idonei a palesare una volontà inequivocabile».

Questione ulteriore – e che si distingue dalla fattispecie al nostro esame (in cui nessun rilievo ha il tempo trascorso) – è se un'inerzia nell'esercizio del diritto di credito, protrattasi per un periodo di tempo assai considerevole in rapporto alla durata del contratto, possa ingenerare nella controparte un obiettivo affidamento nella rinuncia al credito, meritevole di protezione alla stregua della buona fede e del correlato divieto di abuso del diritto: in proposito v. Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, la quale, con riguardo a un caso di mancata riscossione di canoni di locazione prolungatasi per sette anni, seguita dall'improvvisa richiesta da parte del locatore della somma integrale, divenuta nel frattempo esorbitante, ha qualificato tale repentina richiesta come abusivo esercizio del diritto di credito, negando ad essa tutela, e ciò a dispetto del fatto che non fosse ancora maturato il termine di prescrizione del diritto medesimo. Sulla pronuncia, che ha ridato linfa al dibattito circa la portata del divieto di abuso del diritto e sulla discussa cittadinanza nel nostro ordinamento di un istituto assimilabile alla *Verwirkung* tedesca (in precedenza esclusa dalla stessa Corte di legittimità: v. Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, c. 1397), v., con accenti in prevalenza critici, i contributi ospitati nel fasc. n. 5 della *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, di F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, ivi, 1171 ss., C. SCOGNAMIGLIO, *La* Verwirkung *(ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, ivi, 1186 ss., G. D'AMICO, *op. cit*., 1164 ss., e M. ORLANDI, *op. cit*., 1179 ss. Sulla *Verwirkung* v. F. RANIERI, *Rinunzia tacita e* Verwirkung, Padova, 1971, e S. PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ*., XIX, Torino, 1999, 722 ss.



per il determinarsi di taluni effetti [49]; ma, anche a prescindere da una declamazione del dato normativo, è possibile portare a emersione un più generale principio immanente al nostro ordinamento e desumibile, implicitamente, anche da alcune altre disposizioni.

Si pensi, per rimanere entro il perimetro dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, alla possibilità per le parti, obbligate reciprocamente l'una verso l'altra, di estinguere volontariamente i loro debiti mediante compensazione. Non v'è ragione per dubitare del fatto che il contratto che sorregge la comune volontà delle parti non richieda una forma particolare e possa concludersi anche attraverso comportamenti concludenti [50], ma da ciò non pare possibile predicare una reciproca estinzione delle rispettive posizioni debitorie in mancanza di una chiara e comune volontà dei contraenti diretta a tale fine. Lo stesso è a dirsi per la *datio in solutum*, che parimenti trova la sua fonte in un accordo negoziale [51] e che può attuarsi anche tacitamente [52], purché risulti in modo inequivoco il reciproco consenso delle parti nel senso di estinguere l'obbligazione mediante l'esecuzione di una prestazione diversa da quella originaria [53].

Si tratta di un unico, comune, baluardo che si erge a presidio della certezza e stabilità delle situazioni giuridiche preesistenti, lì dove azioni – o omissioni – di dubbio significato siano potenzialmente in grado di comportarne una sensibile modifica, se non l'estinzione.

Si appalesa quindi nitidamente l'opportunità di invocare un siffatto criterio selettivo generale e di più ampio respiro che, al di là delle peculiarità del singolo istituto preso in considerazione, consenta di attribuire efficacia giuridica estintiva solo a taluni comportamenti concludenti, e non ad altri.

---

[49] V. sopra, *sub* nota 40, a proposito della novazione.

[50] In questa direzione pare anche Cass., 10 febbraio 2003, n. 1955, lì dove, a proposito della prova della compensazione volontaria che sia fondata su un accordo contenuto in un atto che deve essere redatto per iscritto, precisa che la «mancanza della forma scritta (...) inciderà sulla validità dell'atto in sé, ma non dell'accordo con il quale le parti hanno stabilito di elidere le rispettive posizioni di credito e di debito». Sul tema v. A. GORASSINI, F. TESCIONE, *Della compensazione*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2016, 217 s. Sulla forma dell'accordo su cui si fonda la compensazione volontaria cfr. già Cass., 15 marzo 1969, n. 849, mass. in *ForoPlus*.

[51] Sui caratteri di tale contratto v., tra i molti, S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento – b) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 737 s.

[52] V. per tutti A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano 1987, 34. Naturalmente ciò non esclude il fatto che, in alcuni casi, anche per questo contratto si imponga un vincolo di forma (cfr., ad esempio, Cass., 22 giugno 2021, n. 17810, inerente alla pattuizione intercorsa tra le parti di un contratto di trasferimento immobiliare, parzialmente modificativa di questo ed avente ad oggetto il trasferimento, quale modalità di pagamento, di una somma di denaro in sostituzione dell'immobile convenuto).

[53] In ciò si giustifica il copioso orientamento giurisprudenziale che, a proposito del pagamento del canone di locazione effettuato con modalità differenti da quelle pattuite, rimarca, pur con diverse sfumature, che l'efficacia liberatoria di siffatto pagamento «è condizionata al consenso del creditore, che può manifestarsi anche in forma tacita, per atti concludenti, che devono, però, sostanziarsi in una pregressa e prolungata accettazione di tale modalità di corresponsione del canone» (Cass., 19 luglio 2005, n. 15202, relativa al pagamento mediante vaglia postale), e tale comportamento del creditore può essere idoneo anche ad escludere lo stato soggettivo di colpa del debitore inadempiente (Cass., 21 dicembre 2004, n. 23695). V. pure, *ex multis*, Cass., 23 gennaio 2006, n. 1226, e Cass., 14 marzo 2006, n. 5447.

Cfr., poi, quanto osserva, in merito alla necessaria conoscenza delle circostanze «concludenti» da parte di colui che tiene un determinato comportamento, A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., 42, portando quale esempio il caso del creditore di una somma di denaro data a mutuo che riceva dal debitore il pagamento di interessi *in futurum*, senza conoscere quest'ultima circostanza (che porterebbe a un prolungamento del termine di scadenza del mutuo), L'A. rileva, infatti, che «un comportamento concludente posto in essere ignorando le circostanze che ad esso, induttivamente, consentirebbero di collegare una certa dichiarazione, non può vincolare alla dichiarazione stessa colui che l'abbia tenuto». Implicitamente, nel senso da noi indicato pare anche A. D. CANDIAN, voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 264, rammentando che «l'estinzione dell'obbligazione si fonda sulla volontà del creditore, il quale solo può disporre del proprio diritto, mentre è irrilevante qualunque considerazione oggettiva del suo interesse che muova da una valutazione di equivalenza economica tra le utilità dedotte nel rapporto originario e quelle offerte a titolo solutorio».

JUS CIVILE



VALERIO CECCARELLI

Magistrato

GIUDICATO IMPLICITO E TUTELA DEL CONSUMATORE. LA NASCITA DI UN PROCESSO SPECIALE

SOMMARIO*: 1. La questione problematica e la disciplina applicabile. – 2. La posizione della Corte di Giustizia, sentenza 17 maggio 2022 nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19. – 3. Conseguenze applicative e profili critici, la nascita di un processo speciale. – 4. Prospettive future, la risposta dell'ordinamento interno.*

1. – Il rapporto tra la stabilità del giudicato civile [1], principio cardine dell'ordinamento interno, e la rilevabilità officiosa della nullità di protezione a tutela del consumatore [2], fondata su disposizioni eurounitarie, evoca la nozione di relazione tra sistemi.

---

[1] Sulla tutela del giudicato civile nell'ordinamento interno, *ex multis,* G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 785 ss.; N. TROCKER, *Giudicato (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 5 ss..; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002; L. LANFRANCHI, *Diritti soggettivi e garanzia della cognizione ordinaria e del giudicato*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali dei diritti fondamentali*, Roma, 2006, 384 ss.; G. SERGES, *Il valore del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, 12 ss.

Sulle modalità di tutela del giudicato, si contrappongono teorie sostanziali, per cui si veda, tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1925, 453 ss..; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 32 ss., e teorie processuali, nel cui ambito possono analizzarsi, tra l'altro, A. ROCCO, *L'autorità di cosa giudicata ei suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, 367 ss.; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 909 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile (lezioni)*, Milano, 1932, 13 ss.; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 192 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vigente)*, Enc. Dir., vol. XVIII, Milano, 1969, 796. Per la più compiuta analisi di tali contributi, si veda P. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore,* in *Le Corti Umbre,* 2017, n. 3, 527-555.

Con riguardo al giudicato civile e ai suoi limiti oggettivi, tra gli altri, E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, 1937, 130 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da* E. ALLORIO, I, 2, 1973, 1046 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, 1987; E.T. LIEBMAN, *voce «Giudicato civile»*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 1 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 386 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 215 ss.; S. MENCHINI, *voce «Regiudicata civile», nel Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVI, 1997, 428 ss.

[2] Sul tema del rilievo officioso della nullità di protezione, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1997, I, 406 ss.; A. ORESTANO, la rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 1179 ss.; A. DI MAJO, *Il contratto in generale,* in *Trattato di diritto privato, a cura di M. Bessone,* VII, 2002, 127 ss.; M. EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione,* in *Contr. Impr. Europa,* 2007, 2, 697 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Verso un diritto processuale dei consumatori?,* in *Nuova giur. Civ.,* II, 2009, 216 ss.; E. D'ALESSANDRO, *La corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2009, 675 ss.; V.G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole,* Padova, 2010, 2 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in



Invero, in base ad una delle enunciazioni del principio di aumento dell'entropia, proprio delle scienze fisiche e termodinamiche, "*un sistema isolato che compie una trasformazione spontanea irreversibile evolve sempre verso stati che implicano un aumento della sua entropia*" [3].

In questa prospettiva, l'apertura dell'ordinamento nazionale alle fonti del diritto unionale, come trasformazione spontanea irreversibile, pone all'interprete delicate questioni applicative, così da prevenire la naturale evoluzione del quadro normativo in direzione caotica, cui l'applicazione del principio di entropia inevitabilmente condurrebbe.

La relazione tra sistemi, con esiti caotici prossimi all'entropia, è venuta in rilievo nella ricerca di una soluzione ad una questione applicativa di frequente verificazione nella prassi giurisprudenziale. A fronte di un decreto ingiuntivo non opposto e in caso di qualificabilità come consumatore del debitore ingiunto, si è posto il problema in ordine alla rilevabilità da parte del giudice dell'esecuzione della nullità di protezione della clausola presente nel contratto, fonte del diritto di credito azionato.

Un limite alla configurabilità di tale potere di rilevazione risiede nella formazione del giudicato, relativamente alla validità delle clausole del contratto fonte del diritto di credito azionato in via monitoria, a seguito della mancata opposizione a decreto ingiuntivo da parte del consumatore [4].

L'attitudine del decreto ingiuntivo a stabilizzarsi in caso di mancata opposizione del debitore, dando così

Eur. Dir. Priv., 2010, 835 ss.; L. VALLE, *Nullità di protezione*, in *Contr impr.*, 2011, 366 ss.; V. ROPPO, *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato,* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, 705 ss.; L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 683 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale. Postilla a Calais – Auloy, 20 anni dopo*, in *Obligations, Procès et droit savant. Melanges en l'honneur du Professeur Jean Beanchard,* Poitiers, 2013, 154 ss.; S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità e l'articolazione di nuovi mezzi di prova nella cornice dell'effettività della tutela. Il dialogo tra le Corti,* in *Contratti,* 2014, 18 ss.; R. CARRANO, *Clausole vessatorie e rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 727 ss.; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Eur, dir. priv*., 2016, 249 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014,* in *Nuove Leggi Civ. Comm.,* 2020, 4, 946 ss.

[3] Il termine entropia venne ideato dal fisico Rudolf Clausius nel 1868 per spiegare la tendenza di un sistema chiuso verso uno stato di equilibrio termico. Sul tema, E. FERMI, *Thermodynamics*, Prentice Hall, 1937; F. REIF, *Fundamentals of statistical and thermal physics*, McGraw-Hill, 1965; H. CHRISTIAN, *Maxwell's Demon: Why warmth disperses and time passes*, Random House, 1998; J. M. SMITH, H.C. VAN NESS e M. M. ABBOT, *Introduction to Chemical Engineering Thermodynamics*, McGraw-Hill, 2000; R. FEYNMAN, *La fisica di Feynman*, Bologna, 2001, Vol. I, par. 46 – 5 *Ordine ed entropia*; R. PENROSE, *The Road to Reality: A Complete Guide to the Laws of the Universe*, 2005; R. PERRY e D.W. GREEN, *Perry's Chemical Engineers' Handbook*, McGraw-Hill, 2007; B. NAIM ARIEH, *L'entropia svelata. La seconda legge della termodinamica ridotta a puro buon senso*, 2009.

[4] Sull'attitudine del decreto ingiuntivo a stabilizzarsi, in caso di mancata opposizione del debitore, dando così luogo alla formazione del giudicato, tra gli altri, E. GARBAGNATI, *Preclusione pro iudicato e titolo ingiuntivo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, I, 1951, 475 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, 1968, 107 ss.; R. SCIACCHITANO, *voce «Ingiunzione» (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 505 e 518; L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 127 ss.; D. BENDIA, *Sull'idoneità al giudicato del decreto ingiuntivo non opposto*, in *Giur. merito*, 1989, II, 500 ss.; P. PAJARDI, *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991, 10 ss.; A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 545; M. CASSIANI, L. PAOLINI, *Riflessioni sull'idoneità del decreto di ingiunzione a formare il giudicato in senso sostanziale e sull'ambito di estensione dell'accertamento in esso contenuto*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1998, I, p. 276; A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 339 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Del procedimento di ingiunzione*, in *Commentario breve al codice di procedura civile, di Carpi – Taruffo*, Padova, 2002, p. 1960; A. VALITUTTI, F. DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2008, p. 199; B. CAPPONI, *Decreto ingiuntivo e giudicato. Gli orientamenti giurisprudenziali*, in *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2009, 691 ss.; E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 2012, 5 ss. e 271 ss.; A. TEDOLDI, *Commento sub art. 656 c.p.c.*, in P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, *Commentario al codice di procedura civile*, VI, Torino 2012, 920 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Profili attuali del decreto ingiuntivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 103, 122 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, IV, 182 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2017, 154 ss.



luogo alla formazione del sistema di preclusioni proprio del giudicato, trova un supporto normativo negli artt. 647 e 650 cod. proc. civ., nella parte in cui prevedono l'esecutorietà per mancata opposizione del decreto ingiuntivo e precludono la possibilità per il debitore di esperire opposizione avverso il decreto ingiuntivo così dichiarato esecutivo, salvo le ipotesi di opposizione tardiva, tassativamente individuate.

Al medesimo esito interpretativo conduce la disciplina dell'art. 656 cod. proc. civ., che prevede la possibilità di impugnare il decreto ingiuntivo non opposto con i mezzi di impugnazione straordinari, ossia la revocazione straordinaria di cui all'art. 395, nn. 1, 2 e 6 cod. proc. civ. e l'opposizione di terzo revocatoria prevista dall'art. 404, secondo comma, cod. proc. civ., esperibili esclusivamente avverso decisioni dotate della stabilità propria del giudicato, nonché con lo strumento della revocazione di cui all'art. 395, n. 5 cod. proc. civ., esperibile in caso di contrasto tra il decreto ingiuntivo non opposto ed una sentenza passata in giudicato, disposizione preordinata alla finalità di evitare il formarsi di contrasto tra giudicati [5].

Con riguardo all'estensione del giudicato derivante dalla mancata opposizione avverso il decreto ingiuntivo, occorre osservare che la validità del contratto, oggetto del potere di accertamento officioso del giudice del procedimento monitorio, costituisce questione posta in rapporto di pregiudizialità logica [6] rispetto all'accertamento del credito azionato.

Pertanto, la mancata opposizione del debitore avverso il decreto ingiuntivo comporta la formazione di un

---

[5] In questo senso, in dottrina, C.A. NICOLETTI, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 983 ss.; L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 88 ss.; G. TOMEI, *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1994, 827 ss.; G. COLLA, *Il Decreto ingiuntivo. Il Procedimento d'ingiunzione e il giudizio di opposizione*, Padova 2003, 257 ss.; G. TOTA, *Rapporti tra opposizione a decreto ingiuntivo e opposizione all'esecuzione,* in *Il procedimento d'ingiunzione* a cura di B. CAPPONI, Bologna, 2005, 473 ss.; E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano 2012, 5 ss.; C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, IV, 182 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano 2017, 154 segg. Per la più completa disamina, si veda M. LOLLI, *Decreto ingiuntivo non opposto e limiti oggettivi del giudicato,* in *Riv. Dir. Proc.,* 2018, 4-5, 1390 ss.

In giurisprudenza, può aversi riguardo alla statuizione per cui "*l'efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto non viene meno di per sé a seguito dell'opposizione tardivamente proposta, così come il passaggio in giudicato dello stesso non è impedito – o revocato – dalla sua impugnazione con la revocazione straordinaria o l'opposizione di terzo (art. 656 c.p.c.), rimedi straordinari per loro natura proponibili avverso sentenze passate in giudicato, l'assoggettamento ai quali del decreto ingiuntivo in tanto ha ragione di esistere in quanto l'esaurimento della esperibilità di quelli ordinari ha già dato luogo al giudicato, che non è inciso, in definitiva, dalla mera opposizione tardiva",* Cass., 24 marzo 2021, n. 8299, con il richiamo al medesimo principio di diritto già affermato da Cass., 6 ottobre 2005, n. 19429 e Cass., Sez. Un., 16 novembre 1998, n. 11549.

[6] Sulla pregiudizialità logica, si vedano, *ex multis,* S. SATTA, *Accertamenti incidentali, intervento e principi generali del diritto*, in *Foro it.*, 1947, I, 29 ss.; S. SATTA, *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*, in *Foro it.*, 1948, I, 64 segg.; S. SATTA, *voce «Accertamenti incidentali»*, in *Enc. del dir.*, I, 1958, 263 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, 475 ss.; S. MENCHINI, *voce «Sospensione del processo civile – a) processo civile di cognizione»*, in *Enc. del dir.*, XLIII, 1990, 1 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo – I) Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1991, 233 ss.; S. MENCHINI, *voce «Accertamenti incidentali»*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995, 1 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2002, 81 ss.; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, Pisa, 2017, 189 ss.; S. RECCHIONI, *Rapporto giudico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito,* in *Riv. Dir. Proc.,* 2018, 6, 1595 ss.

In giurisprudenza, sulla distinzione tra pregiudizialità in senso logico e pregiudizialità in senso tecnico, è stata affermato che "*con riguardo alla questione pregiudiziale in senso logico, l'efficacia del giudicato copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima. Con riguardo, invece, alla questione pregiudiziale in senso tecnico disciplinata dall'art. 34 c.p.c. ed indicante una situazione che, pur rappresentando un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio, è tuttavia distinta ed indipendente dal fatto costitutivo sul quale tale fatto si fonda, detta situazione è oggetto solo di accertamento incidentale (inidoneo a passare in giudicato), tranne che una decisione con efficacia di giudicato sia richiesta per legge o per apposita domanda di una delle parti*" (Cass., 19 gennaio 1999, n. 462, in senso conforme, *ex multis,* Cass., 9 novembre 2017, n. 26557; Cass., 29 aprile 2009, n. 10027; Cass., 31 marzo 2006, n. 7667; Cass., 7 novembre 2005, n. 21490; Cass., 11 dicembre 2002, n. 17632).



giudicato, definito implicito [7] poiché non derivante da una statuizione espressa, relativo all'assenza di cause di nullità del contratto, che inciderebbero in chiave impeditiva del diritto di credito oggetto della pretesa [8].

Le stesse conclusioni risultano predicabili con riguardo alle ipotesi di nullità di protezione disciplinate in materia consumeristica, che devono formare oggetto di rilievo d'ufficio da parte del giudice del procedimento monitorio, in base al principio di effettività della tutela del consumatore [9].

---

[7] In relazione alla figura del giudicato implicito, possono essere richiamati, *ex multis,* E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 245 ss.; G. PUGLIESE, *voce «Giudicato civile (dir. vig.)»*, in *Enc. del dir.*, XVIII, 1969, 864 ss.; U. NATOLI, *Sul criterio discretivo tra giudicato implicito e giudicato sul deducibile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 274 ss.; F. LANCELLOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 465 ss.; A.A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1292 ss.; F. LUISO, *Giudicato implicito – I guasti del giudicato implicito,* in *Giur. It.,* 2018, 4, 871 ss.; S. RECCHIONI, *Rapporto giudico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito,* in *Riv. Dir. Proc.,* 2018, 6, 1595 ss.

L'istituto del giudicato ha implicito ha trovato ampia applicazione giurisprudenziale con riguardo al tema della giurisdizione, per cui si veda Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, con nota di C. CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sez. un. Sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso*

incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito), in *Riv. Dir. Proc.,* 2009, 1141 ss., nonché in relazione al tema della validità del contratto, con riguardo a Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243.

Con specifico riguardo al rapporto tra giudicato implicito e validità del contratto, possono essere richiamati, tra gli altri, C. CONSOLO e F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corriere giur*. 2015, II, 225 ss.; V. CARBONE, *«Porte aperte» delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in Corriere giur. 2015, I, 88 ss.; I. PAGNI, *Nullità del contratto – il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it*. 2015, I, 70 ss.

Esprimono criticità rispetto alla teoria del giudicato implicito A.A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.* 2001, 1293 ss.; V. PETRELLA*, Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 1071 ss.; S. ZIINO, *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato «implicito» e di rilevabilità del giudicato esterno*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, II, 1392 ss.; G. FANELLI, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1569 ss.

[8] Si tratta della tesi largamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità, per cui "*Il decreto ingiuntivo non opposto è assimilabile ad una sentenza di condanna passata in giudicato. Il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito ed il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione"* (Cass., 18 luglio 2018, n. 19113; in senso conforme, *ex multis,* Cass., 11 maggio 2010, n. 11360; Cass., 24 luglio 2007, n. 16319; Cass., 24 marzo 2006, n. 6628; Cass., 13 giugno 2000, n. 8026; Cass., 21 novembre 1997, n. 11641; Cass., 6 marzo 1997, n. 1994; Cass., 20 aprile 1996, n. 3757).

Significativa nello stesso senso anche la notazione per cui "*L'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico, e che trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, ove non sia proposta opposizione, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda*" (Cass., 28 novembre 2017, n. 28318; in senso conforme, *ex multis,* Cass., 24 settembre 2018, n. 22465; Cass., 6 settembre 2007, n. 18725; Cass., 28 agosto 2009, n. 18791; Cass., 6 settembre 2007, n. 18725; Cass., 19 luglio 2006, n. 16540).

[9] Rilevante a tal fine la giurisprudenza della Corte di Giustizia per cui "*la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale […]. Di conseguenza, il ruolo così attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine*" (Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, C-243/08, caso *Pannon*).

Sul tema del rilievo officioso della nullità di protezione, nella prospettiva della tutela effettiva del consumatore, M. CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato,* in *Processo e ideologia,* Bologna, 1969, 191 ss.; E. D'ALESSANDRO, *La corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 675 ss.; C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, 12 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 835 ss.; I. PRISCO, *Il rilievo d'ufficio delle nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1227 ss.; N.



Tuttavia, la formazione di un giudicato implicito, relativo all'assenza di cause di nullità di protezione, in caso di mancata opposizione a decreto ingiuntivo da parte del consumatore, potrebbe integrare un'ipotesi di ineffettività della tutela giurisdizionale in uno dei settori disciplinati dal diritto unionale.

Infatti, ciò comporterebbe l'impossibilità per il consumatore di dolersi della presenza di clausole vessatorie davanti ad un diverso giudice, né la nullità di protezione potrebbe formare oggetto di statuizione motivata nell'ambito di un diverso procedimento.

Tale risulta l'interrogativo alla base delle domande di pronuncia pregiudiziale sollevate dal Tribunale di Milano con ordinanze del 10 agosto 2019 e del 31 ottobre 2019, che hanno dato luogo rispettivamente alle cause C-693/19 e C-831/19 [10], riunite e pendenti davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In entrambe le pronunce, i parametri alla stregua dei quali valutare la conformità dell'ordinamento interno sono individuati negli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

In particolare, l'art. 6 della direttiva 93/13/CEE [11] prevede la non vincolatività per il consumatore delle clausole abusive contenute in un contratto stipulato tra un consumatore ed un professionista, mentre l'art. 7

TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 361 ss.; L. VALLE, *Nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011, 366 ss.; L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1366 segg.; L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 683 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 291 ss.; R. DE HIPPOLYTIS, *Sui poteri del giudice in tema di clausole abusive di un contratto*, in *Foro it.*, 2013, IV, 202 ss.; R. CARRANO, *Clausole vessatorie e rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 727 ss.; R. ALESSI, *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1141 ss.; F. DELLA NEGRA, *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, in *Pers. e merc.*, 2014, 71 ss.; R. DE HIPPOLYTIS, A. PALMIERI, *In tema di clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 2014, I, 40 ss.; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Eur, dir. priv.*, 2016, 249 segg.; N. RUMINE, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno,* in *Nuova Giur. Civ.,* 2016, 9, 1244 ss.

[10] Per la cui analisi possono essere richiamati: S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali,* in *Nuove Leggi Civ. Comm.,* 2020, 5, 1265 ss.; G.M. SACCHI, *I poteri del giudice dell'esecuzione e la tutela del contraente debole,* in *camminodiritto.it.*; A. D'AMBROSIO, *Decreto ingiuntivo non opposto: tutela del consumatore anche in fase di esecuzione,* in *ilsole24ore.com*; A. CARRATTA, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo – Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore,* in *Giur. It.,* 2022, 2, 485 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo – Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'Avv. Gen. Tanchev,* in *Giur. It.,* 2022, 2, 485 ss.; S. CAPORUSSO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo – Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica,* in *Giur. It.,* 2022, 2, 485 ss.; G. FIENGO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo – Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia,* in *Giur. It.,* 2022, 2, 485 ss.

In particolare, evidenziando il carattere di specialità che la nullità di protezione sta assumendo sotto il profilo del regime processuale, può essere rilevato che "*chi allora, pur se con uno sforzo di rigorosa razionalizzazione, scrive di una nullità del contratto che, almeno processualmente, può continuare a declinarsi in modo unitario, assumendo come riferimento le disposizioni del codice civile (artt. 1418-1424 c.c.), ci sembra, detto in sintesi, che formuli un enunciato punteggiato dal difetto di provare troppo. Se non sono speciali bensì delle nullità munite di eguale dignità e forza costitutiva, neanche processualmente il "di protezione" può tramutarsi, eccezion fatta per ipotesi marginali di diversità, in un orpello. SPV Project 1503 e S.r.l. DobankSpA c. YB (causa C-693/19), rimettente alla Corte se gli artt. 6 e 7 dir. 1993/13/CEE e l'art. 47 Carta dir. UE ostino ad un ordinamento nazionale, come quello italiano, ostativo a che il giudice dell'esecuzione effettui "un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato" precludendogli così nel contempo, laddove il consumatore mostri va da sé di volersi avvalere "della abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito", quella specialità, ci sembra, la batte apertamente in breccia*" (S. PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014,* in *Nuove Leggi Civ. Comm.,* 2020, 4, 946 ss.).

[11] Ai sensi del quale, "*1. 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*



della direttiva 93/13/CEE [12] dispone che gli Stati membri provvedano a fornire "*mezzi adeguati ed efficaci*" per far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti intercorrenti tra consumatori e professionisti.

La disciplina trova implementazione nell'art. 19, paragrafo 1, TUE [13], in base al quale l'ordinamento degli Stati membri deve prevedere i "*rimedi giurisdizionali necessari*" al fine di assicurare "*tutela giurisdizionale effettiva*" in relazione ai settori disciplinati dal diritto unionale, nonché nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea [14], in forza del quale ogni cittadino che lamenti una violazione dei diritti e delle libertà assicurate dal diritto dell'Unione Europea ha diritto ad un "*ricorso effettivo*" davanti ad un organo giurisdizionale.

Tali disposizioni rispondono alla necessità di una tutela efficace sul piano processuale, in modo da garantire l'effettiva tutela delle posizioni giuridiche sostanziali del consumatore e la generale limitazione all'interno del mercato del ricorso a clausole abusive da parte degli operatori economici [15], muovendo dalla considerazione relativa alla situazione di strutturale squilibrio informativo e negoziale tra la posizione del consumatore e quella professionista [16].

In questo contesto normativo e giurisprudenziale, risulta centrale l'interrogativo in ordine alla qualificabilità come "*mezzo adeguato ed efficace*" o "*tutela giurisdizionale effettiva*" della disciplina del diritto interno,

---

resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive. 2. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro".

[12] In base al quale "*1. 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. 2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole. 3. Nel rispetto della legislazione nazionale, i ricorsi menzionati al paragrafo 2 possono essere diretti, separatamente o in comune, contro più professionisti dello stesso settore economico o associazioni di professionisti che utilizzano o raccomandano l'inserzione delle stesse clausole contrattuali generali o di clausole simili*".

[13] Ai sensi del quale, "*La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*".

[14] Disposizione che sancisce che "*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia*".

[15] Osserva la Corte di Giustizia che "*la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 della direttiva, che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori"* (Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in senso conforme, Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, causa C-473/00, caso *Cofidis*; Corte di Giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, caso *Mostaza Claro*; Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/10, caso *Banco Espanol de Credito SA*; Corte di Giustizia, 27 febbraio 2014, causa C-470/12, caso *Pohotovost*).

[16] Nella prospettiva di una tutela processuale differenziata. Al riguardo, C. VOCINO, *Intorno al nuovo verbo "tutela giurisdizionale differenziata",* in *Studi in onore di T. Carnacini,* Milano, 761 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale. Postilla a Calais – Auloy, 20 anni dopo*, in *Obligations, Procès et droit savant. Melanges en l'honneur du Professeur Jean Beanchard,* Poitiers, 2013, p. 160.



che rimette all'iniziativa del consumatore la scelta se proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo, prevedendo in caso contrario la formazione di un giudicato implicito [17], senza statuizioni espresse né correlativa motivazione [18], in ordine all'assenza di clausole abusive nel contratto sottoscritto.

Conseguentemente, la formazione del giudicato in ordine al carattere non vessatorio delle clausole inserite dal professionista nel contratto verrebbe affidata ad un contraddittorio soltanto potenziale, dipendente dalla scelta del consumatore di attivarsi tempestivamente in via giudiziale [19].

Rispetto a tale quadro interpretativo, deve essere aggiunto che la tutela del consumatore correlata al superamento del giudicato implicito trova un ulteriore ostacolo nella limitazione dei poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione [20], destinatario delle censure relative all'esistenza di una causa di nullità di protezione a seguito dell'inizio del procedimento esecutivo.

---

[17] Ciò in quanto, come rilevato dall'ordinanza del Trib. di Milano del 10 agosto 2019 (C-693/19): "*secondo la giurisprudenza di legittimità assolutamente maggioritaria "l'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico"; tale orientamento "trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, ove non sia proposta opposizione, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda" (Cass., 28 novembre 2017, n. 28318, che richiama anche le conformi decisioni Cass. 28 agosto 2009, n. 18791 e Cass. 06 settembre 2007, n. 18725; nello stesso senso, tra le altre, Cass. 24 settembre 2018, n. 22465, Cass. 26 giugno 2015, n. 13207). Risulta quindi accolto, con riferimento al decreto ingiuntivo non opposto, il principio – di creazione giurisprudenziale – del c.d. "giudicato implicito", fondato sull'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa (tra le altre, Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242)*".

[18] L'ordinanza del Trib. di Milano del 31 ottobre 2019 (C-831/19) ha, infatti, rilevato che "*il giudicato implicito trova fondamento nell'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa (in questo senso, v. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242). Non necessariamente, tuttavia, un simile argomento logico corrisponde all'iter decisionale concretamente percorso dal giudice e, in ogni caso, per definizione, un simile iter logico non è mai manifestato, non potendo quindi escludersi taluni possibili profili di incertezza in ordine all'effettivo oggetto della decisione. A ben vedere, proprio il caso alla base del presente provvedimento è, con elevata probabilità, indice di una simile mancata coincidenza tra il modello astratto di iter logico alla base della decisione e l'iter logico effettivamente percorso dal giudice; avuto riguardo al diritto vivente al tempo in vigore, è infatti assai verosimile che, nell'emettere il decreto ingiuntivo richiesto, il giudice non abbia in alcun modo svolto l'indagine relativa alla vessatorietà delle clausole (così non esercitando la fondamentale funzione di riequilibrio –anche– processuale dei rapporti tra imprenditore e consumatore sopra citata), escludendo a priori la possibilità di qualificare il fideiussore come consumatore*".

[19] Al riguardo, potrebbe dunque essere osservato che "*nel nostro caso il giudice del procedimento per ingiunzione, seppur astrattamente provvisto di poteri cognitori idonei ad effettuare un simile rilevo, non potrebbe stimolare quel contraddittorio e quel confronto con il debitore ingiunto che, in virtù delle considerazioni esposte in precedenza, costituiscono il presupposto fondamentale per il pieno dispiegarsi di quella tutela rafforzata del contraente debole sottesa alle nullità di protezione consumeristiche. in quella sede, egli ha la possibilità di instaurare un dialogo con il solo creditore procedente, non con il debitore ingiunto, il quale potrebbe essere in quella fase finanche ignaro della possibilità di poter invocare un siffatto meccanismo di tutela. Pertanto, l'eventuale ignoranza del debitore – frutto non di sua colpa ma della propria debolezza contrattuale – può protrarsi fino alla fase esecutiva senza poi trovare rimedi adeguati*" (G.M. SACCHI, *I poteri del giudice dell'esecuzione e la tutela del contraente debole,* in *camminodiritto.it*).

[20] Sul tema dei rapporti tra cognizione ed esecuzione, *ex multis,* DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, Napoli, 1901, 1 ss.; LIEBMAN, *Opposizioni di merito nel processo esecutivo,* Roma, 1936, 1 ss.; ALLORIO, *Esecuzione forzata*, in *Nuovo Dig.* It., 1937, 5, 507 ss.; R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 27 ss., 44 ss., 143 ss.; R. VACCARELLA, *L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo*, in *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, 1993, 1 ss., nonché in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da A. Proto Pisani, Torino, 1993, 1 ss.; G. VERDE, *Attualità del principio nulla* executio sine titulo, in *Riv. Dir. Proc.*, 1999, 963 ss.; R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. Esec. Forz.,* 2007, 1 ss.; M. FORNACIARI, *Esecuzione forzata e attività valutativa. Introduzione sistematica*, Torino, 2009, 5 segg.; A. STORTO, *Esecuzione forzata e diritto di difesa nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Esec. Forz.,* 2009, 155 ss.; B. CAPPONI, *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?*, in *Corriere Giur.*, 2012, 10, 1166 ss.; B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile,* Torino, 2015, 55 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2017, 79 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile,* Vol. 3, Torino, 2019, 8 ss.; M. CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi,* in *Riv. Esec. Forz.,* 2019, 2, 250 ss.



Tuttavia, mentre il giudice della cognizione dispone del potere di accertare il merito della pretesa creditoria, il giudice dell'esecuzione è chiamato ad esercitare poteri di tipo ordinatorio [21], non finalizzati alla formazione di un provvedimento finale, ma all'attuazione del contenuto già determinato dal titolo azionato dal creditore, mediante un'attività di tipo esecutivo [22].

Inoltre, anche se il giudice dell'esecuzione dispone del potere di accertare l'esistenza giuridica del titolo esecutivo, quale condizione del procedimento di esecuzione, questo potere deve essere tenuto distinto rispetto al sindacato in merito al contenuto intrinseco del titolo esecutivo, potere di cui il giudice dell'esecuzione risulta sprovvisto. Tale preclusione risulta tanto più stringente in relazione ai titoli di formazione giudiziale, con riguardo ai quali si arriverebbe non solo all'esercizio da parte del giudice dell'esecuzione di un potere di cognizione nel merito della controversia, ma anche ad un indebito sindacato sull'attività decisoria già esercitata dal giudice della cognizione.

Anche il giudice dell'opposizione all'esecuzione, ancorché titolare del potere di sindacare l'esistenza del

---

Rilevante, a tal fine, la notazione per cui "*Agli studiosi della mia generazione venivano impartiti almeno tre fondamentali insegnamenti: il titolo esecutivo è barriera (o argine) tra la cognizione e l'esecuzione; il giudice dell'esecuzione attua diritti certi, ma non accerta diritti; le esigenze cognitive «interne» o che comunque derivano dall'esecuzione non hanno cittadinanza nel processo esecutivo, dovendo essere soddisfatte nella sede separata ed eventuale delle opposizioni. Attorno a questi tre basilari princìpi ruotava l'intera esperienza del processo, sebbene si fosse disposti a riconoscere che l'esecuzione, in sé, era ben più che meccanica trasposizione di un programma interamente contenuto nel titolo esecutivo […]. Esaminando l'esperienza degli ultimi dieci anni, vuoi in conseguenza della disordinata raffica di riforme che hanno interessato il Libro III del c.p.c., vuoi per il consolidarsi di orientamenti giurisprudenziali innovativi, sembra giusto nutrire più d'un dubbio sulla permanente vigenza dei nostri tre basilari princìpi. È quindi lecito chiedersi se l'esecuzione forzata non si stia trasformando sotto i nostri occhi, e verso quale possibile alternativo modello"* B. CAPPONI, *Dall'esecuzione civile all'ottemperanza amministrativa?*, in *Riv. Dir. Proc*., 2018, 2, p. 370.

[21] Al riguardo, la giurisprudenza ha rilevato che "*i poteri del giudice dell'esecuzione sono esclusivamente ordinatori, essendo limitati alla direzione del processo esecutivo al fine del regolare compimento degli atti che lo compongono secondo criteri di celerità e di opportunità; con esclusione, quindi, di potestas decidendi*" (Cass., 7 giugno 1996, n. 5309, in senso conforme, Cass., 12 giugno 1971, n. 1819).

Più recentemente, la giurisprudenza di merito ha rilevato che "*il procedimento di espropriazione (unitariamente inteso) si distingue, sotto il profilo strutturale, da quello di cognizione perché il primo non si presenta come una sequenza continua di atti preordinati ad un unico provvedimento finale, bensì come una successione di subprocedimenti, e cioè come una serie autonoma di atti ordinati a distinti provvedimenti successivi. Nell'ambito di tale peculiare procedimento il giudice dell'esecuzione esercita poteri ordinatori, limitati alla direzione del processo esecutivo al fine del regolare compimento degli atti che lo compongono secondo criteri di celerità ed opportunità; con esclusione, quindi, di potestas decidendi*" (Trib. Milano, Sent. 31 ottobre 2019).

[22] In questo senso, "*al giudice dell'esecuzione, dunque, non sono istituzionalmente devoluti poteri di cognizione lato* sensu *intesi, conferitigli invece nella prospettiva, molto ristretta, degli accertamenti prodromici alla direzione del processo, lui unicamente spettante* ex *art. 484 c.p.c., e alla sua regolare progressione*" (G. FANTICINI, S. LEUZZI, R. ROSSI, S. SAIJA, *L'art. 54 ter, D.L. n. 18 del 2020,* in *Esecuzione forzata,* 2020, 3, 794 ss.).

Con riguardo al modello cui è ispirata l'esecuzione forzata, può essere osservato che "*si insegna che il g.e. non può accertare, con effetti anche esterni al processo in corso, se il diritto processuale alla tutela (fondato sul titolo esecutivo) od il diritto sostanziale tutelato (in quanto titolato) non esista, perché a tal fine occorre una sentenza, idonea al giudicato materiale, che egli non ha il potere di pronunciare […]. I provvedimenti che il g.e. adotta – di regola in forma di ordinanza, eccezionalmente di decreto – non presentano i caratteri della decisorietà e della definitività: anche se intervengono su situazioni di diritto soggettivo, non statuiscono su di esse in via definitiva, potendo l'ufficio modificarli o revocarli sino a che non siano stati eseguiti […]; laddove la revocabilità è incompatibile con la decisorietà. Il g.e. è sprovvisto di poteri decisori in quanto privo di poteri istruttori tipici e formali […]. Sui provvedimenti resi dal g.e. (neppure su quello finale, avente ad oggetto l'attribuzione o distribuzione del ricavato della vendita o l'assegnazione satisfattiva, che pure non sono revocabili, in quanto il potere dell'ufficio è ormai consumato) non si può formare il giudicato, perché non ha luogo un'attività decisoria, preceduta da una rituale istruttoria […]. Il processo esecutivo non ha funzione dichiarativa, perché non ha la struttura del processo di cognizione, caratterizzato da un'istruttoria formale, preceduta da una fase di trattazione e seguita da una fase decisoria*" (M. CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi,* in *Esecuzione forzata,* 2019, 2, 250 ss.). Nello stesso senso si veda S. LACHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 452 ss.



provvedimento in base alla quale il creditore ha avviato l'azione esecutiva, non potrebbe estendere la propria cognizione a vizi attinenti al contenuto intrinseco della decisione giudiziale, a pena di trasformare il giudizio di opposizione all'esecuzione in un rimedio di carattere impugnatorio [23].

Pertanto, la carenza del potere del giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco del titolo esecutivo giudiziale, unitamente alla formazione del giudicato implicito in ordine alla non vessatorietà delle clausole del contratto, determinerebbe la potenziale attuazione forzosa di un contratto contenente clausole abusive, senza che alcun organo giurisdizionale abbia svolto uno scrutinio effettivo in ordine alla validità di tali pattuizioni.

Conseguentemente, si spiega come il Tribunale di Milano possa aver dubitato della conformità dell'ordinamento interno con i principi sanciti dagli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in tema di previsione da parte dell'ordinamento interno di strumenti di tutela giurisdizionale effettiva per le posizioni di diritto sostanziale presidiate dall'ordinamento unionale [24].

Inoltre, la carenza di tutela del consumatore risulterebbe accentuata nelle ipotesi in cui l'orientamento giurisprudenziale prevalente al momento di emissione del decreto ingiuntivo negasse la qualificabilità del destinatario della pretesa creditoria come consumatore.

In ipotesi di mutamento giurisprudenziale sopravvenuto alla formazione del giudicato implicito, negare al soggetto, successivamente ritenuto consumatore, l'accesso alla declaratoria della nullità di protezione della previsione negoziale si risolverebbe in un contrasto dell'ordinamento interno con i principi di effettività della tutela giurisdizionale di matrice unionale [25].

---

[23] In questo senso, il principio per cui "*in sede di opposizione alla esecuzione promossa in base a titolo esecutivo di formazione giudiziale, la contestazione del diritto di procedere alla esecuzione forzata può essere fondata su ragioni attinenti ai vizi di formazione del provvedimento fatto valere come titolo esecutivo solo quando questi ne determinino l'inesistenza giuridica, dovendo gli altri vizi del provvedimento e le ragioni di ingiustizia della decisione che ne costituiscano il contenuto, esser fatte valere, se ancora possibile, nel corso del processo in cui il provvedimento è stato emesso*" (Cass., 18 febbraio 2015, n. 3277). In senso conforme, *ex multis,* Cass., 9 febbraio 2021, n. 3027; Cass., 22 agosto 2018, n. 20895; Cass., 30 agosto 2011, n. 17802; Cass., 14 giugno 2001, n. 8056; Cass., 23 marzo 1999, n. 2742; Cass., 25 febbraio 1994, n. 1935).

[24] La questione pregiudiziale rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea dall'ordinanza del Trib. di Milano del 10 agosto 2019 (C-693/19) è stata, pertanto, la seguente: "*Se ed a quali condizioni gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ostino ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato e che preclude allo stesso giudice, in caso di manifestazione di volontà del consumatore di volersi avvalere della abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito*".

[25] Le questioni pregiudiziali rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea dall'ordinanza del Trib. di Milano del 31 ottobre 2019 (C-831/19) sono state, pertanto, le seguenti: "*a) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato, allorquando il consumatore, avuta consapevolezza del proprio status (consapevolezza precedentemente preclusa dal diritto vivente), richieda di effettuare un simile sindacato.*

b) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento come quello nazionale che, a fronte di un giudicato implicito sulla mancata vessatorietà di una clausola contrattuale, preclude al giudice dell'esecuzione, chiamato a decidere su un'opposizione all'esecuzione proposta dal consumatore, di rilevare una simile vessatorietà e se una simile preclusione possa ritenersi esistente anche ove, in relazione al diritto vivente vigente al momento della formazione del giudicato, la valutazione della vessatorietà della clausola era preclusa dalla non qualificabilità del fideiussore come consumatore".



2. – La conclusione cui è giunta la Corte di Giustizia nel rispondere alla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Milano è stata perentoria.

La sentenza sui casi *SPV Project* e *Dobank* (decisione 17 maggio 2022, cause riunite C-693-19 e C-831/19) ha affermato che l'art. 6, paragrafo 1, e l'art. 7, paragrafo 1, della direttiva 93/12 devono essere interpretati nel senso di ostare ad una normativa nazionale che preveda che, in caso di decreto ingiuntivo non opposto dal debitore avente la qualifica di consumatore, il giudice dell'esecuzione non possa rilevare il carattere abusivo delle clausole contenute nel contratto fonte del credito, stante la formazione di un giudicato implicito in ordine alla validità delle clausole del contratto [26].

La prevalenza assegnata alla tutela del consumatore è risultata così netta rispetto alla salvaguardia del principio del giudicato civile [27] da spingere la Corte di Giustizia a precisare l'irrilevanza dell'eventuale ignoranza del consumatore in ordine alla propria qualifica soggettiva, durante la decorrenza del termine previsto per l'opposizione a decreto ingiuntivo. Ignoranza evidentemente irrilevante, stante il superamento del giudicato civile anche in caso di consapevolezza del consumatore circa la propria qualifica soggettiva.

La comprensione delle ragioni poste alla base di tale decisione postula la ricostruzione degli sviluppi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, di cui la pronuncia in esame costituisce l'ultimo approdo, il più netto ed incisivo per l'ordinamento interno.

Invero, risulta necessario muovere dalla premessa per cui le posizioni giuridiche che trovano la propria fonte nelle disposizioni del diritto unionale sono destinate a trovare attuazione attraverso gli strumenti processuali approntati dall'ordinamento interno. Nel predisporre la disciplina processuale, il legislatore interno è dotato di autonomia, mancando una specifica competenza sul punto dell'Unione Europea e la correlativa limitazione di sovranità degli Stati membri [28].

---

[26] In particolare, la Corte di Giustizia, nella sentenza 17 maggio 2022 sulle cause riunite C-693/19 e C-831/19, casi *SPV Project* e *Dobank*, ha rilevato che "*occorre rispondere alle questioni pregiudiziali poste nelle cause C-693/19 e C-831/19 dichiarando che l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa – per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità – successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come consumatore ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo*".

Per una prima analisi della pronuncia, F. TRONCONE, *Decreto ingiuntivo non opposto: la Corte UE amplia il sindacato del giudice dell'esecuzione,* in *Il quotidiano giuridico,* 2022.

[27] In dottrina, è stato osservato che "*non è la regola del giudicato implicito quanto, piuttosto, il meccanismo dell'accertamento incontrovertibile mediante preclusione a costituire il fondamento dell'efficacia di giudicato sostanziale del decreto ingiuntivo non opposto […]. Il ragionamento è il seguente: per effetto della Dir. 93/13, così come interpretata dalla Corte del Lussemburgo, non è più possibile che la mancata proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo da parte del consumatore determini – per preclusione – un accertamento incontrovertibile della non abusività di tutte clausole contenute nel contratto da cui il credito tutelato con il provvedimento monitorio deriva; clausole che contribuiscono a determinare l'ammontare del credito azionabile esecutivamente. Detto in altro modo: il diritto dell'Unione europea osta a che l'inerzia del consumatore nel proporre opposizione (tempestiva o tardiva) determini la formazione di un accertamento incontrovertibile per preclusione che renda impossibile ad un successivo giudice la verifica, non precedentemente effettuata, della abusività delle clausole contenute nel contratto tra consumatore e professionista*" (E. D'ALESSANDRO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo – Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'Avv. Gen. Tanchev,* in *Giur. It.,* 2022, 2, 485 ss.).

[28] Si tratta del principio di autonomia processuale, per cui, in dottrina, si veda E. CANNIZZARO, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 3, 445 ss.; M. TULIBACKA, *Europeanization of civil procedures: in search of a coherent approach in Common Market Law Review*, 2009, 1527 ss.; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, 2009; G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati mem-*



Tuttavia, il legislatore interno non potrebbe vanificare la portata dei diritti garantiti dalle fonti sovranazionali. In questo contesto, la Corte di Giustizia, a partire dal caso *Rewe* (decisione 16 dicembre 1976, C-33/76) ha sottoposto l'autonomia degli ordinamenti nazionali ai principi di equivalenza ed effettività [29].

Il principio di equivalenza [30] impone che la tutela apprestata dal legislatore interno per i diritti di fonte unionale non possa risultare meno efficace o favorevole rispetto a quella garantita ad analoghe posizioni soggettive fondate su norme nazionali. Pertanto, il principio di equivalenza ha carattere relazionale, basandosi su un giudizio di confronto tra la tutela processuale garantita dal diritto interno rispetto a posizioni di fonte rispettivamente nazionale e sovranazionale.

Il principio di effettività [31] richiede che il legislatore interno non preveda una disciplina processuale che renda concretamente impossibile la tutela della posizione giuridica garantita dal diritto sovranazionale. Diversamente dal principio di equivalenza, il principio di effettività ha carattere assoluto e non relazionale, im-

---

bri in settori a diverso livello di europeizzazione, Catania, 2010; M. BOBEK, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the Member States*, in *de Witte*, H.W. MICKLITZ (a cura di), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, 2011; N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, 2011; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 3, 659 ss.; A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015; A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le "libertà fondamentali" dell'Unione europea e il diritto privato*, 2016, 199 ss.; A. BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts'own motion*, 2018, 19 ss.

Per la ricostruzione di questi contributi, G. FIENGO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo – Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia,* in *Giur. It.,* 2022, 2, 485 ss.

[29] Il rapporto tra autonomia processuale dell'ordinamento interno e rispetto dei principi di equivalenza ed effettività è stato così tracciato nei termini per cui "*in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale. Gli artt. 100 – 102 e 235 del Trattato consentono, eventualmente, di adottare i provvedimenti necessari per ovviare alle divergenze fra le relative disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dei vari Stati membri, qualora tali divergenze risultassero atte a provocare distorsioni o a nuocere al funzionamento del mercato comune. In assenza di siffatti provvedimenti di armonizzazione, i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne. Una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini rendessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare"* (Corte di Giustizia, 16 dicembre 1976, C-33/76, caso *Rewe*).

Al riguardo, in dottrina, N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il processo civile,* in *Riv. Trim.,* 2002, 1171 ss.; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: paradise lost?*, Torino, 2009, 20 ss.; P. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore,* in *Le Corti Umbre,* 2017, n. 3, p. 533.

[30] Con riguardo all'applicazione del principio di equivalenza, A. BIONDI, *The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: not such a Though Relationship,* in *Comm. Mark law rev.,* 1999, 1274 ss.; L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno,* in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2001, 77 ss.; A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2001, 77 ss.; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

[31] Con specifico riguardo all'incidenza del principio di effettività sull'autonomia processuale dell'ordinamento interno, R. CONTI, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 479 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 659 ss.; G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurali degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm*., 2014, 1 ss.; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.,* 2014, 825 ss.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 907 ss.; A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, in *Mezzanotte (a cura di), Le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea e il diritto privato*, 2016, 199 ss.; G. PALMA, *Contratti del consumatore – autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore,* in *Nuova Giur. Civ.,* 2016, 9, 1143 ss.; I. PAGNI, *voce «Effettività della tutela giurisdizionale»*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 355 ss.; F. AULETTA, *L'effettività nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 405 ss.; N. TROCKER, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, 15 ss.; A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1 ss.



plicando una valutazione sull'accessibilità della tutela predisposta dal diritto interno a vantaggio del beneficiario della situazione soggettiva disciplinata dal diritto unionale.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia del caso *Kone* (decisione 5 giugno 2014, C-557/12) ha successivamente esteso la portata del principio di effettività [32], da intendersi non soltanto come limite alle disposizioni interne che rendano concretamente impossibile l'esercizio di un diritto garantito dall'ordinamento unionale, ma anche come parametro di valutazione delle norme nazionali che rendano eccessivamente difficile l'esercizio in sede giudiziaria di tali posizioni soggettive.

Nella sentenza in esame, i principi di equivalenza ed effettività sono stati espressamente richiamati [33].

Viene dato atto della mancata previsione da parte del diritto unionale di una disciplina di armonizzazione delle procedure applicabili all'esame del carattere abusivo della clausola contrattuale, rimettendosi conseguentemente all'ordinamento interno il compito di predisporre la normativa processuale applicabile, in attuazione del principio di autonomia processuale.

Tuttavia, a questa premessa segue il chiarimento per cui tale disciplina debba rispondere al principio di equivalenza, non potendo essere meno favorevole di quella che disciplina diritti garantiti dall'ordinamento nazionale, e al principio di effettività, non potendo rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti presidiati dall'ordinamento unionale [34].

Con riguardo al principio di equivalenza, non sorgono motivi di contrasto tra la normativa interna e quella sovranazionale, stante l'applicabilità della disciplina in materia di formazione del giudicato implicito sia alle posizioni soggettive garantite dal diritto interno, che a quelle presidiate dall'ordinamento unionale in materia di protezione dei consumatori [35].

---

[32] La fattispecie riguardava la compatibilità tra la normativa interna in tema di risarcimento del pregiudizio derivante da intesa restrittiva della concorrenza e la disciplina dell'Unione Europea di cui all'art. 101 TFUE, alla luce del principio di effettività. In particolare, viene rilevato che "*in assenza di normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire le modalità di esercizio del diritto di agire per il risarcimento del danno risultante da un'intesa o da una pratica vietati dall'articolo 101 TFUE, ivi comprese quelle relative all'applicazione della nozione di nesso di causalità, sempreché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività. In tal senso, le norme applicabili alle azioni dirette a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dall'effetto diretto del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni di natura interna (principio di equivalenza) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) […] Orbene, la piena effettività dell'articolo 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione se il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito fosse subordinato dalla normativa nazionale, in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie, alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, escludendo tale diritto nel caso in cui il soggetto interessato abbia intrattenuto rapporti contrattuali non con un membro dell'intesa, bensì con un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza*" (Corte di Giustizia, 5 giugno 2014, C-557/12, caso *Kone*).

[33] La sentenza della Corte di Giustizia 17 maggio 2022 nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19, ha sostenuto che "*il diritto dell'Unione non imponga a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13, fatto salvo tuttavia, conformemente alla giurisprudenza richiamata al punto 55 della presente sentenza, il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività*".

[34] La sentenza della Corte di Giustizia 17 maggio 2022 nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19, ha affermato che "*in linea di principio, il diritto dell'Unione non armonizza le procedure applicabili all'esame del carattere asseritamente abusivo di una clausola contrattuale, e tali procedure rientrano dunque nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, in forza del principio dell'autonomia processuale di questi ultimi, a condizione, tuttavia, che esse non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività)*".

[35] La sentenza della Corte di Giustizia 17 maggio 2022 nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19 ha rilevato sul punto che "*per quanto attiene al principio di equivalenza, si deve rilevare che la Corte non dispone di alcun elemento tale da far sorgere dubbi*



Con riguardo a principio di effettività, si pone la questione nodale, avente ad oggetto il bilanciamento tra la tutela del consumatore [36] e la stabilità del giudicato civile [37], con l'esame relativo all'idoneità della disci-

---

quanto alla conformità della normativa nazionale di cui al procedimento principale a tale principio. Come osserva il governo italiano, risulta che il diritto nazionale non consente al giudice dell'esecuzione di riesaminare un decreto ingiuntivo avente autorità di cosa giudicata, anche in presenza di un'eventuale violazione delle norme nazionali di ordine pubblico".

[36] La tutela del consumatore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia si basa sul riconoscimento della posizione di debolezza negoziale rispetto al professionista e sulla necessità di strumenti di riequilibrio sostanziale.

Al riguardo, la giurisprudenza del caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores* (decisione 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98) ha affermato che "*l'obiettivo perseguito dall'art. 6 della direttiva, che obbliga gli Stati membri a prevedere che le clausole vessatorie non vincolino i consumatori, non potrebbe essere conseguito se questi ultimi fossero tenuti a eccepire essi stessi la illiceità di tali clausole. In controversie di valore spesso limitato, gli onorari dei legali possono essere superiori agli interessi in gioco, il che può dissuadere il consumatore dall'opporsi all'applicazione di una clausola vessatoria*" (Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*). Al riguardo, A. Orestano, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore,* in *Eur. dir. priv.,* 2000, 179 ss.

Con riguardo al rilievo officioso della nullità di protezione, I. Prisco, *Il rilievo d'ufficio delle nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1227 ss.; L. Valle, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1366 ss.; R. Alessi, *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. e dir. priv.,* 2014, 1141 ss.; F. Della Negra, *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, in *Pers. e merc.*, 2014, 71 ss.; N. Rumine, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno,* in *Nuova Giur. Civ.,* 2016, 9, 1244 ss.

L'incisività della tutela del consumatore rispetto all'utilizzo da parte del professionista di clausole abusive ha trovato conferma nella giurisprudenza dei casi *Mostaza Claro* (decisione 26 ottobre 2006, C-168/05) e *Aziz* (decisione 14 marzo 2013, C-415/11), con l'affermazione del carattere di norma imperativa e di ordine pubblico dell'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE, che sancisce l'inefficacia delle clausole vessatorie.

A ciò deve aggiungersi quanto rilevato dalla giurisprudenza del caso *Pannon* (decisione 4 giugno 2009, C-243/08), che ha ritenuto sussistente non soltanto il potere, ma il dovere di rilevazione officiosa da parte del giudice della nullità di protezione delle clausole elaborate dal professionista, dalla giurisprudenza del caso *Faber* (decisione 4 giugno 2015, C-497/13), che ha affermato che il giudice debba svolgere non solo un controllo officioso in ordine al contenuto del contratto stipulato, ma anche la rilevazione della stessa qualità di consumatore, ove questa non sia stata allegata dalla parte, e dalla giurisprudenza del caso *Duarte Hueros* (decisione 3 ottobre 2013, C-32/12), che ha riconosciuto il dovere del giudice di pronunciarsi anche sulle domande non proposte dal consumatore, nella prospettiva del soccorso giudiziario alla parte debole del rapporto.

Infine, con specifico riguardo alla tutela del consumatore dalle clausole abusive nell'ambito del procedimento monitorio, la giurisprudenza del caso *Banco Espanol de Credito* (decisione 14 giugno 2012, C-618/10), relativa all'ordinamento spagnolo all'epoca vigente, ha ritenuto incompatibile con il principio di effettività la normativa nazionale che impediva al giudice investito della domanda di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola contrattuale.

[37] La rilevanza del principio di stabilità del giudicato per l'ordinamento dell'Unione Europea emerge, sia pure nel bilanciamento con altri valori, in plurime pronunce, tra cui Corte di Giustizia, 30 settembre 2003, C-224/01, caso *Kobler*; Corte di Giustizia, 13 gennaio 2004, C-453/00, caso *Kühne & Heitz*, in *Urb App.*, 2004, 1151 ss., con nota di R. Caranta, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*; Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, C-119/05, caso *Lucchini*, in *Riv. Dir. proc.,* 2008, 224 ss., con nota di C. Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro*; Corte di Giustizia, 16 marzo 2006, C-234/04, caso *Kapferer*, in *Giur. it.*, 2007, 1089 ss., con nota C. Di Seri, *L'intangibilità delle sentenze anticomunitarie.* Per la ricostruzione organica di tale giurisprudenza, P. Piccioni, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore,* in *Le Corti Umbre,* 2017, n. 3, 529.

In particolare, la giurisprudenza del caso *Eco Swiss* (decisione 1 giugno 1999, C-126/97) ha avuto modo di rilevare che dal diritto dell'Unione Europea non discenda l'obbligo per il giudice di disapplicare la disciplina in materia della formazione del giudicato, anche nel caso in cui tale disapplicazione costituita lo strumento per la tutela delle posizioni giuridiche riconosciute da tale ordinamento, rilevando che "*in base al diritto comunitario non si devono disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva, che non ha costituito oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge, acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 81 CE*" (Corte di Giustizia, 1 giugno 1999, C-126/97, caso *Eco Swiss*).



plina processuale approntata dal legislatore interno a garantire una tutela tale da non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti presidiati a livello sovranazionale.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha mostrato di condividere il principio relativo alla rilevanza dell'autorità del giudicato, nella prospettiva della garanzia di stabilità dei rapporti giuridici e della buona amministrazione della giustizia, e il principio di non assolutezza della tutela del consumatore [38], tale da non imporre la disapplicazione delle norme processuali interne in materia di cosa giudicata per porre rimedio alla violazione di una disposizione sovranazionale [39].

Conseguentemente, l'applicazione congiunta dei principi di stabilità del giudicato e di non assolutezza della tutela del consumatore ha condotto la pregressa giurisprudenza della Corte di Giustizia a non comprimere l'autonomia processuale degli ordinamenti interni al punto da imporre la disapplicazione della disciplina in materia di formazione del giudicato, se non in casi eccezionali e in presenza di condizioni tassative.

A tal fine, risulta rilevante la giurisprudenza del caso *Asturcom Telecomunicaciones* (decisione 6 ottobre 2009, C– 40/08), relativa alla disciplina dell'ordinamento spagnolo che precludeva al giudice, investito della domanda di esecuzione di un lodo non impugnato, la possibilità di esaminare d'ufficio la vessatorietà della clausola che determinava la sede del giudizio arbitrale.

In questa ipotesi, ha trovato affermazione il principio per cui la necessità di garantire effettività della tutela alle posizioni del consumatore non può imporre di disapplicare la disciplina in materia di formazione del giudicato, in modo da consentire al giudice di supplire ad un'omissione processuale del consumatore [40].

Al riguardo, C. ONNIBONI, *Compatibilità del diritto comunitario con le norme procedurali nazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale parziale*, in *Corr. Giur.,* 2000, 32 ss.; 47; C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla Cedu a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali*, in *Atti del XXVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, 2011, pagg. 49 ss.; U. COREA, *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee,* in *Judicium,* 2017, 1, pagg. 37 ss..

[38] In particolare, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha affermato il principio per cui "*il rispetto del principio dell'effettività non può giungere al punto di supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato. Di conseguenza, il fatto che il consumatore possa invocare la tutela delle disposizioni legislative sulle clausole abusive solo se promuove un procedimento giurisdizionale non può essere considerato, di per sé […] contrario al principio di effettività. Infatti, la tutela giurisdizionale effettiva garantita dalla direttiva 93/13 si fonda sulla premessa secondo la quale i giudici nazionali sono previamente aditi da una delle parti del contratto*" (Corte di Giustizia, 1° ottobre 2015, C-32/14, caso *ERSTE Bank Hungary*), in senso conforme Corte di Giustizia, 10 settembre 2014, C-34/13, caso *Monika Kusionova*.

[39] In questo senso, la sentenza in commento ha rilevato che "*occorre ricordare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali. La Corte ha, infatti, già avuto occasione di precisare che, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione […]. La Corte ha altresì riconosciuto che la tutela del consumatore non è assoluta. In particolare, essa ha ritenuto che il diritto dell'Unione non imponga a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13*".

[40] Questa decisione riveste importanza centrale in relazione alla tutela del giudicato, nella prospettiva dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, stante l'affermazione per cui "*al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione. Di conseguenza, secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione […]. Il rispetto del principio di effettività non può, in circostanze come quelle della causa principale, giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti […], ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipa-*



Ai principi di autonomia processuale e stabilità del giudicato civile è stata riconosciuta una tutela meno incisiva nel caso *Finanmadrid* (decisione 18 febbraio 2016, C-49/14), riguardante la configurabilità in capo al giudice dell'esecuzione del potere di pronunciarsi sul carattere abusivo della previsione contrattuale, a seguito della formazione del giudicato per mancata opposizione del debitore nel corso del procedimento monitorio [41].

Tale decisione ha riguardato la previgente disciplina dell'ordinamento spagnolo, basata sull'assegnazione del potere di emanare ingiunzioni di pagamento in capo al *secretario judicial,* soggetto qualificabile come funzionario giudiziario con compiti di cancelleria, e sulla previsione di un termine breve di venti giorni per proporre opposizione avverso il provvedimento ingiuntivo emesso [42].

Conseguentemente, in caso di mancata tempestiva opposizione al provvedimento ingiuntivo, si sarebbe verificata la formazione di un giudicato, senza che alcun organo giurisdizionale avesse potuto esercitare nel corso del processo i poteri di rilevazione officiosa dell'inefficacia delle clausole abusive [43].

Invece, il primo organo giurisdizionale sarebbe intervenuto nella fase dell'esecuzione del provvedimento ingiuntivo non opposto. Dunque, non riconoscere in capo a tale giudice il potere di accertare la nullità di protezione delle clausole abusive avrebbe comportato che nell'intero processo alcun organo giurisdizionale avrebbe potuto svolgere un simile accertamento [44].

---

to al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo" (Corte di Giustizia, 6 ottobre 2009, C-40/08, caso *Asturcom Telecomunicaciones*).

In tema, S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. Dir. civ.,* 2010, 491 ss.; G. RAITI, *Le pronunce Olimpiclub ed Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata crisi del giudicato civile nazionale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia,* in *Riv. Dir. Proc.,* 2010, 3, 677 ss.; R. CONTI, *C'era una volta il… giudicato,* in *Corr. Giur.,* 2010, 173 ss.; H. SCHEBESTA, *Does the National Court know European Law? A note on ex officio application after Asturcom,* in *European Review of Private Law,* 2010,. 858 ss.

[41] Per l'analisi della pronuncia, G. PALMA, *Contratti del consumatore – autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore,* in *Nuova Giur. Civ.,* 2016, 9, 1143ss.; N. RUMINE, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno,* in *Nuova Giur. Civ.,* 2016, 9, 1244ss.

[42] Nel ripercorrere l'evoluzione legislativa che ha interessato l'ordinamento spagnolo, la pronuncia ha rilevato che "*a partire dalla riforma introdotta con la legge 13/2009 (BOE n. 266, del 4 novembre 2009), entrata in vigore il 4 maggio 2010, spetta ormai al Secretario judicial, nei casi di inottemperanza all'ingiunzione di pagamento da parte del debitore o di mancata comparizione di quest'ultimo dinanzi al tribunale, emettere un decreto, dotato dell'autorità di cosa giudicata, che ponga fine al procedimento d'ingiunzione […]. In mancanza di armonizzazione dei meccanismi nazionali di esecuzione forzata, le modalità della loro attuazione rientrano nella competenza dell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio di autonomia processuale di questi ultimi. Nondimeno, la Corte ha sottolineato che tali modalità devono soddisfare la doppia condizione di non essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe soggette al diritto nazionale e di non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti ai consumatori dal diritto dell'Unione*" (Corte di Giustizia, 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

In base a tale disciplina, l'organo giurisdizionale risulterebbe titolare della cognizione sulla controversia esclusivamente in due ipotesi: nel caso in cui, dubitando della correttezza dell'ammontare del credito azionato, il funzionario titolare del potere di ingiunzione ricorra al giudice, ovvero nel caso in cui l'ingiunto si opponga al provvedimento ingiuntivo, nel termine di venti giorni previsto dalla legge. Diversamente, nell'ipotesi in cui il destinatario dell'ingiunzione non svolga tempestiva opposizione, il provvedimento ingiuntivo acquisterebbe portata di giudicato ed efficacia esecutiva.

[43] Coerentemente con le specificità dell'ordinamento spagnolo, la Corte di Giustizia ha dunque affermato che "*nella fattispecie, occorre osservare che lo svolgimento e le peculiarità del procedimento d'ingiunzione di pagamento spagnolo sono tali che, in assenza di circostanze che comportino l'intervento del giudice, tale procedimento è chiuso senza possibilità che venga eseguito un controllo dell'esistenza di clausole abusive in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore*" (Corte di Giustizia, 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

[44] Infatti, la Corte di Giustizia ha rilevato che "*se, pertanto, il giudice investito dell'esecuzione dell'ingiunzione di pagamento non è competente a valutare d'ufficio l'esistenza di tali clausole, il consumatore, di fronte a un titolo esecutivo, potrebbe trovarsi nella*



Ciò ha condotto all'affermazione del contrasto di tale disciplina con il principio di effettività della tutela del consumatore, ritenendo il giudice dell'esecuzione non vincolato al rispetto del giudicato così formatosi e, conseguentemente, titolare del potere di dichiarare l'inefficacia delle clausole vessatorie nel corso del procedimento di esecuzione [45].

Stante la peculiarità dell'ordinamento spagnolo previgente, tale pronuncia non può essere interpretata come diretta a sostenere in termini assoluti la cedevolezza del giudicato civile a fronte della tutela del consumatore. Piuttosto, dovrebbe affermarsi che il giudicato, formatosi senza che alcun organo giurisdizionale abbia effettuato un accertamento sulla presenza di clausole abusive nel contratto, sia un giudicato non correttamente formatosi su tale questione, suscettibile di essere sottoposta alla cognizione di ogni altro organo giurisdizionale, incluso il giudice investito dell'esecuzione del credito derivante dal contratto [46].

Inoltre, il rapporto tra il principio di stabilità del giudicato e la tutela del consumatore è stato analizzato nel caso *Banco Primus SA* (decisione 26 gennaio 2017, C-421/14), che ha confermato la stretta correlazione esistente tra lo svolgimento da parte di un giudice nel corso del processo dell'esame in ordine al carattere non vessatorio delle clausole contrattuali e la stabilità del giudicato formatosi in relazione alla natura non abusiva di tali pattuizioni [47].

---

situazione di non poter beneficiare, in nessuna fase del procedimento, della garanzia che venga compiuta una tale valutazione. Orbene, alla luce di quanto considerato, occorre constatare che un simile regime processuale è tale da compromettere l'effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13. Tale tutela effettiva dei diritti derivanti da tale direttiva, infatti, può essere garantita solo a condizione che il sistema processuale nazionale consenta, nell'ambito del procedimento d'ingiunzione di pagamento o di quello di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento, un controllo d'ufficio della potenziale natura abusiva delle clausole inserite nel contratto di cui trattasi. Tale considerazione non può essere messa in discussione laddove il diritto processuale nazionale, come quello di cui al procedimento principale, conferisca alla decisione adottata dal «Secretario judicial» autorità di cosa giudicata e le riconosca effetti analoghi a quelli di una decisione giurisdizionale" (Corte di Giustizia, 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

[45] In questo senso, la statuizione per cui "*La direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che non consente al giudice investito dell'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento di valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, ove l'autorità investita della domanda d'ingiunzione di pagamento non sia competente a procedere a una simile valutazione*" (Corte di Giustizia, 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

La stretta correlazione tra lo svolgimento della cognizione sul credito azionato in via monitoria da parte di un organo non giurisdizionale e l'affermazione del principio della cedevolezza del giudicato, con conseguente accertamento in sede esecutiva della vessatorietà delle previsioni contrattuali, ha condotto il legislatore spagnolo a procedere ad un'ulteriore riforma della disciplina del procedimento monitorio, attuata con la l. n. 42 del 2015.

In particolare, la cognizione nel procedimento monitorio viene ad essere nuovamente affidata ad un giudice, dotato del potere di pronunciarsi in via officiosa sulla natura vessatoria delle clausole inserite nel contratto. Tale riforma risulta, evidentemente, preordinata ad impedire lo spostamento nella fase dell'esecuzione dell'effettuazione di una cognizione in merito all'efficacia delle pattuizioni contrattuali.

[46] Al riguardo, potrebbe dunque essere rilevato che "*la Corte sembrerebbe legare a doppio filo il rispetto del diritto di difesa del consumatore (inteso in maniera più pregnante, proprio in ragione della debolezza che il legislatore comunitario presume caratterizzarlo e affliggerlo) e la res indicata come limite all'attuazione* ope legis *del diritto comunitario sostanziale. Se tale interpretazione è corretta, allora da essa può ricavarsi, in positivo, che nelle controversie in cui è parte il consumatore, il provvedimento che chiude la vicenda processuale può acquistare autorità di cosa giudicata solo in quanto non sia stato violato il diritto di difesa di quest'ultimo. Mentre, in negativo, che ogniqualvolta tale diritto non venga garantito dalle norme processuali nazionali – in particolare, quando il contraddittorio, o perlomeno la sua potenziale esplicazione, siano stati indebitamente da termini processuali eccessivamente serrati e penalizzanti per la parte ritenuta debole sul piano sostanziale – il giudicato non possa considerarsi congruamente formato*". Così, P. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore,* in *Le Corti Umbre,* 2017, n. 3, p 548.

[47] In questo senso, la decisione richiamata rileva che "*la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che non osta a una norma nazionale che vieta al giudice nazionale di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto concluso con un professionista, quando è già stato statuito sulla legittimità delle clausole del contratto nel loro complesso alla luce di tale*



Sulla base di tale correlazione, ha trovato giustificazione l'affermazione del principio per cui, nel caso in cui la cognizione del giudice sia stata limitata ad un numero limitato delle pattuizioni previste nel contratto, l'organo giudiziario, successivamente adito dal consumatore, risulta titolare del potere di accertare il carattere abusivo delle altre clausole contenute nel contratto [48].

Dalla lettura coordinata dei precedenti giurisprudenziali emerge la correlazione tra tre elementi apparentemente inscindibili, relativi alla stabilità del giudicato civile, al principio di effettività della tutela del consumatore, allo svolgimento da parte di un organo giurisdizionale dell'accertamento in ordine alla natura vessatoria delle clausole inserite nel contratto.

Tale relazione si giustifica in base ad un doppo passaggio logico, per cui l'effettuazione da parte di un giudice nel corso del processo del sindacato in ordine al carattere abusivo delle pattuizioni negoziali garantisce l'effettività della tutela del consumatore e l'effettività della tutela del consumatore giustifica la non cedevolezza del giudicato civile.

Questa ricostruzione ha trovato conferma anche nella sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Impuls Leasing Romania* (decisione 17 maggio 2022, C-725/19), che ha affermato la necessità di riconoscere al giudice investito di un'opposizione all'esecuzione il potere di rilevare la nullità di protezione della clausola inserita in un contratto, che costituisca titolo esecutivo [49].

La pronuncia richiamata ha confermato il precedente orientamento interpretativo, non analizzando i profili del superamento del giudicato civile e dell'obbligo di motivazione del provvedimento giurisdizionale, ma limitandosi ad affermare la necessità che un giudice nel corso del processo esamini la vessatorietà delle clausole contrattuali, ai fini del rispetto del principio di effettività della tutela del consumatore [50].

---

direttiva con una decisione munita di autorità di cosa giudicata" (Corte di Giustizia, 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*).

[48] In questo senso, la Corte di Giustizia ha infatti affermato che "*nell'ipotesi in cui, nell'ambito di un precedente esame di un contratto controverso che abbia portato all'adozione di una decisione munita di autorità di cosa giudicata, il giudice nazionale si sia limitato ad esaminare d'ufficio, alla luce della direttiva 93/13, una sola o talune delle clausole di tale contratto, detta direttiva impone a un giudice nazionale, quale quello di cui al procedimento principale, regolarmente adito dal consumatore mediante un'opposizione incidentale, di valutare, su istanza delle parti o d'ufficio qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, l'eventuale carattere abusivo delle altre clausole di detto contratto. Infatti, in assenza di un siffatto controllo, la tutela del consumatore si rivelerebbe incompleta ed insufficiente e costituirebbe un mezzo inadeguato ed inefficace per far cessare l'utilizzo di questo tipo di clausole, contrariamente a quanto disposto all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13*" (Corte di Giustizia, 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*).

[49] A tal fine, la Corte di Giustizia ha sostenuto che "*l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che non consente al giudice dell'esecuzione di un credito, investito di un'opposizione a tale esecuzione, di valutare, d'ufficio o su domanda del consumatore, il carattere abusivo delle clausole di un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista che costituisce titolo esecutivo*" (Corte di Giustizia, 17 maggio 2022, C-725/19, caso *Impuls Leasing Romania*).

Risulta rilevante l'osservazione per cui tale pronuncia è stata depositata nello stesso giorno della sentenza della Corte di Giustizia sui casi *SPV Project* e *Dobank* (decisione 17 maggio 2022, cause riunite C-693-19 e C-831/19).

[50] Rilevante a tal fine il passaggio della motivazione per cui "*nel caso in cui non sia previsto nella fase di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento alcun controllo d'ufficio, da parte di un giudice, del carattere eventualmente abusivo delle clausole contenute nel contratto in questione, una normativa nazionale deve essere considerata idonea a compromettere l'effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13 qualora essa non preveda un tale controllo nella fase di emissione dell'ingiunzione di pagamento o, qualora un siffatto controllo sia previsto solo nella fase dell'opposizione proposta contro l'ingiunzione di pagamento, se sussiste un rischio non trascurabile che il consumatore interessato non proponga l'opposizione richiesta a causa del termine particolarmente breve previsto a tal fine o in considerazione delle spese che un'azione giudiziaria implicherebbe rispetto all'importo del debito contestato o, ancora, perché la normativa nazionale non prevede l'obbligo che gli siano trasmesse tutte le informazioni necessarie*



Tali conclusioni devono essere rimeditate alla luce della sentenza della Corte di Giustizia sui casi *SPV Project* e *Dobank* (decisione 17 maggio 2022, cause riunite C-693-19 e C-831/19).

Permane la correlazione tra la stabilità del giudicato civile e il principio di effettività della tutela. Viene meno il legame tra il principio di effettività della tutela e lo svolgimento da parte di un giudice nel corso del processo dell'accertamento in ordine alla vessatorietà delle clausole contrattuali.

Infatti, nell'ordinamento interno, il procedimento monitorio si svolge sotto la cognizione di un organo giurisdizionale, titolare del potere di accertamento officioso della vessatorietà delle pattuizioni negoziali poste a fondamento del credito azionato. Eppure, l'esistenza del vaglio di un giudice in ordine all'integrazione di nullità di protezione del contratto non è stato ritenuto dalla Corte di Giustizia elemento sufficiente per affermare il rispetto del principio di effettività della tutela, che implicherebbe la stabilità del giudicato formatosi nel processo.

Invece, la Corte di Giustizia ha ritenuto necessaria l'espressa motivazione del provvedimento giurisdizionale in ordine all'esame della vessatorietà delle previsioni contrattuali per ritenere integrato il principio di effettività della tutela [51].

Nella relazione precedentemente ricostruita, l'elemento dato dallo svolgimento da parte di un giudice nel corso del processo dell'accertamento in ordine alla vessatorietà delle clausole contrattuali dovrebbe essere sostituito con l'elemento relativo alla espressa motivazione nel provvedimento giurisdizionale in ordine al compimento del suddetto accertamento.

Dal mancato rispetto del principio di effettività della tutela, conseguente all'assenza di tale motivazione espressa nel provvedimento giurisdizionale, discende allora la cedevolezza del giudicato civile, venendo meno il presupposto per l'affermazione del principio di autonomia processuale dell'ordinamento interno.

Allora, disapplicando la disciplina interna in tema di formazione di giudicato implicito del decreto ingiuntivo non opposto, ma anche di limitazione dei poteri del giudice dell'esecuzione di svolgere un sindacato intrinseco del provvedimento di formazione giurisdizionale, si giunge al riconoscimento al giudice dell'esecuzione del potere di valutare la nullità di protezione delle clausole negoziali, poste alla base del credito oggetto del titolo esecutivo azionato [52].

---

per consentirgli di determinare la portata dei suoi diritti" (Corte di Giustizia, 17 maggio 2022, C-725/19, caso *Impuls Leasing Romania*).

[51] A tal fine, la Corte di Giustizia ha sostenuto che "*una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali*".

[52] Conclusione espressamente affermata dalla Corte di Giustizia nella pronuncia in esame, per cui "*ne consegue che, in un caso del genere, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione*".

Tale conclusione è risultata del tutto conforme con quanto espresso dall'Avvocato Generale nelle conclusioni rassegnate nella causa in esame, per cui "*alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Milano (Italia) come segue: l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori devono essere interpretati, alla luce del principio di effettività, nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che non consente al giudice dell'esecuzione di verificare, d'ufficio o su istanza di una parte, l'abusività delle clausole di un contratto costituente il fondamento di un decreto ingiuntivo passato in giudicato quando tali clausole non sono state oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata alla luce della direttiva citata"* (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).



3. – La portata applicativa nell'ordinamento interno del principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia risulta notevole e incisiva.

Anzitutto, la formulazione letterale del principio implica l'applicazione di una disciplina speciale relativamente al procedimento monitorio avviato nei confronti di un consumatore, connotata dalla non configurabilità del giudicato implicito in ordine alla non vessatorietà delle clausole contrattuali.

Una simile conclusione lascia inalterata la qualificazione della validità delle pattuizioni negoziali come questione posta in rapporto di pregiudizialità logica rispetto alla condanna alla prestazione prevista nel contratto. Infatti, la ragione a supporto della non estensione del giudicato alla questione logicamente pregiudiziale non attiene all'applicazione ad un caso specifico di una regola generale. Si tratta di una deroga alle regole processuali previste dall'ordinamento interno, giustificata esclusivamente da ragioni di effettività della tutela della parte debole del rapporto.

La specialità della disciplina riguarda anche lo strumento processuale attraverso cui la tutela del consumatore viene ad essere applicata. Infatti, a seguito della mancata opposizione a decreto ingiuntivo e dell'avvio del procedimento esecutivo da parte del creditore, il consumatore potrebbe sollecitare un sindacato intrinseco sul titolo esecutivo di formazione giudiziale da parte del giudice dell'opposizione all'esecuzione. Anche in questo caso, non si tratta dell'applicazione ad un caso specifico di regole generali appartenenti al processo civile, dovendosi assegnare necessariamente veste impugnatoria ad un giudizio preordinato non alla contestazione, ma all'attuazione della statuizione contenuta nel titolo esecutivo.

Nell'ambito di un simile processo, la stessa nozione di giudicato civile deve essere ripensata, avendosi

---

La correlazione individuata tra motivazione espressa del provvedimento giurisdizionale e stabilità del giudicato riguardante la non vessatorietà della previsione contrattuale emerge con evidenza dal passaggio argomentativo per cui "*mi sembra che il sindacato del carattere potenzialmente abusivo delle clausole contrattuali ai sensi della direttiva 93/13 debba essere oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata da parte del giudice nazionale […] la normativa nazionale in oggetto implica che la questione relativa all'abusività delle clausole contrattuali si considera decisa nel merito anche quando essa non è stata affatto trattata dal giudice nazionale. A mio avviso, come indicato dalla Commissione, se il sindacato dell'abusività delle clausole contrattuali non è motivato nella decisione contenente il decreto ingiuntivo, il consumatore non sarà in grado di comprendere o analizzare i motivi di tale decisione o, se del caso, di proporre opposizione all'esecuzione in modo effettivo. Non sarà neppure possibile per un giudice nazionale eventualmente investito di un'impugnazione pronunciarsi. A tale riguardo, la Corte ha precisato che, in assenza di un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto, il rispetto dei diritti conferiti dalla direttiva 93/13 non può essere garantito"* (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).

Sulle Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19, si veda A. CARRATTA, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo – Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore,* in *Giur. It.,* 2022, 2, 485ss.; E. D'ALESSANDRO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo – Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'Avv. Gen. Tanchev,* in *Giur. It.,* 2022, 2, 485ss.; S. CAPORUSSO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo – Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica,* in *Giur. It.,* 2022, 2, 485ss.

Per la prospettiva della giurisprudenza di merito, "*si ritengono non condivisibili le pur autorevoli conclusioni dell'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia UE nelle Cause riunite C-693/19 e C-831/19, richiamate dall'opponente a sostegno della propria tesi. Come puntualmente osservato nel suddetto procedimento dal Governo tedesco, infatti, "la ripartizione delle competenze tra giudice di merito e giudice dell'esecuzione si fonda sul principio dell'autonomia procedurale nazionale e la direttiva 93/13 non impone un sindacato nel merito nell'ambito del procedimento esecutivo, sempreché il primo procedimento offra al consumatore sufficienti opportunità di far valere i diritti conferiti dalla direttiva 93/13. Pertanto, se, come risulta nelle presenti cause, l'ordinamento nazionale prevede un sindacato giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole nella fase del decreto ingiuntivo, non è necessario un secondo controllo nella fase dell'esecuzione". In definitiva sul punto, l'ordinamento italiano offre, in generale, un sistema di rimedi effettivo a tutela del consumatore, sicché, qualora costui non si sia avvalso delle facoltà processuali attribuitegli dalla legge, non può, successivamente al passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo, dedurre fatti che avrebbe dovuto far valere in sede di impugnazione*" (Trib. Busto Arsizio, sent. 23 luglio 2021).



una pronuncia non soggetta a mezzi di impugnazione ordinaria, ma inidonea a fare stato tra le parti in ordine alla non vessatorietà delle clausole del contratto che non abbiano formato oggetto di motivazione, sia pur a fronte di una pronuncia di condanna che ne presupponga necessariamente l'efficacia.

Viene ad esistere una pronuncia formalmente passata in giudicato, perché non più soggetta ai mezzi di impugnazione ordinaria, eppure sostanzialmente inidonea a fare stato nei confronti del consumatore su una questione logicamente pregiudiziale alla statuizione, con una scissione tra le nozioni di giudicato in senso formale e di giudicato in senso sostanziale [53].

Si tratta di una inidoneità al giudicato con carattere necessariamente parziale, involgendo esclusivamente le clausole la cui vessatorietà non abbia formato oggetto di motivazione. Allora, si potrebbe ipotizzare un provvedimento dotato del giudicato in senso formale nella sua interezza e del giudicato in senso sostanziale con riguardo alla statuizione motivata relativa ad alcune delle clausole del contratto, tuttavia inidoneo a fare stato nei confronti del consumatore in ordine alla non vessatorietà delle pattuizioni non espressamente analizzate in motivazione.

A ciò deve aggiungersi che tale inidoneità al giudicato può essere fatta valere dal solo consumatore, attenendo le ragioni di non effettività della tutela, poste alla base della deroga al principio di autonomia processuale dell'ordinamento interno, esclusivamente alla protezione della parte debole del rapporto.

Pertanto, si assiste ad un parallelismo rispetto alla disciplina sostanziale della nullità di protezione delle clausole abusive. Come la clausola vessatoria risulta inefficace, con nullità necessariamente parziale del con-

---

[53] Per il riconoscimento della complementarità funzionale del giudicato formale e del giudicato sostanziale, sul presupposto peraltro della distinzione e della non identità dei due fenomeni, E. ALLORIO, *Natura della cosa giudicata,* in *Riv. dir. proc. civ.,* 1935, I, 215ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1968, 785ss.; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, 1985, 5ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giur. sist. dir. proc. civ. Proto Pisani*, 1988, pagg. 13ss.; G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, 399ss.; G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, 231ss.; A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, 1994, 20 ss.; G. VERDE, *Profili del processo civile*, 1994, pagg. 336 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, 1994, 422 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 1995, 121 ss.; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1996, 458 ss.

In particolare, S. MENCHINI, *Regiudicata civile,* in *Digesto civile*, 1997, 404 ss., rileva che "*i rapporti tra cosa giudicata formale ed autorità del giudicato non risultano chiariti a sufficienza, se ci si limita a ricordare la convergenza dei due istituti verso il medesimo fine; invero, tra essi corre una ulteriore, e forse più importante, relazione: per diritto positivo, l'uno (il giudicato formale) è il presupposto necessario del secondo (il giudicato materiale).*

Tale nesso può essere apprezzato sotto più e differenti aspetti.

In primo luogo, la sentenza, soltanto quando sia passata formalmente in giudicato, ai sensi dell'art. 324 c.p.c., è dalla legge munita dell'autorità di cosa giudicata, ex art. 2909 c.c.; la vincolatività esterna (nel mondo sostanziale ed in ogni futuro processo davanti allo stesso o ad altro giudice) dell'accertamento del rapporto giuridico ha per requisito la raggiunta stabilità del provvedimento all'interno del procedimento previsto per la sua formazione. La prima (irrinunciabile) condizione (costitutiva) dell'incontestabilità futura del contenuto della sentenza è che questa non sia più revocabile o annullabile; ne consegue che, quando l'atto giurisdizionale non possieda quel grado di stabilità formale descritto dall'art. 324 c.p.c., derivante dalla sua (pur relativa) immodificabilità ed inoppugnabilità, l'obbligatorietà extraprocessuale della decisione non ha alcuna possibilità di determinarsi.

In secondo luogo, il legislatore, allorché riconosce obbligatorietà alle sole sentenze passate in giudicato, ai sensi dell'art. 324 c.p.c., richiede non soltanto (e semplicemente) che il provvedimento sia oramai sufficientemente stabilizzato, ossia (ragionevolmente) di difficile ed improbabile modificabilità, ma anche che esso sia soggetto ai rimedi impugnatori ordinari (in specie, appello e ricorso per cassazione), i quali forniscono la garanzia del controllo da parte dei giudici superiori del rispetto delle forme imposte dalla legge, in quanto ritenute necessarie per dare vita ad un «giusto processo» in grado di produrre un «attendibile accertamento»; in breve, la stabilità del risultato del giudizio presuppone che in esso siano state date alle parti le massime garanzie di svolgimento dell'azione e delle paritarie contrapposte difese e che l'atto conclusivo risulti impugnabile con i mezzi «ad ampio spettro» indicati dall'art. 324 c.p.c., idonei a sanzionare ed eventualmente a rimuovere le eventuali invalidità e/o ingiustizie della decisione".

Risulta evidente come il principio di diritto condiviso dalla Corte di Giustizia sovverta radicalmente le coordinate interpretative espresse, che descrivono principi di base del sistema processuale dell'ordinamento interno.



tratto, suscettibile di essere azionata dal solo consumatore, così la pronuncia giudiziaria, non motivata in merito alla natura non abusiva della singola clausola contrattuale, risulta affetta da una inidoneità al giudicato riguardante la sola statuizione implicita attinente all'efficacia della singola clausola, suscettibile di essere fatta valere dal solo consumatore in sede di opposizione all'esecuzione.

Le delineate deroghe al regime generale del processo civile appaiono troppo incisive per non riscontrare la configurazione di un processo speciale del consumatore.

Conseguentemente, occorre comprendere l'ambito e la portata applicativa di tale processo speciale, analizzando l'intensità dell'obbligo di motivazione necessario perché non si determini la cedevolezza del giudicato, il novero dei provvedimenti giurisdizionali sottoposti a tale obbligo di motivazione, le categorie soggettive la cui protezione giustifichi l'applicazione della disciplina processuale speciale.

Con riguardo al carattere dell'obbligo di motivazione, un approccio di tipo estensivo, basato sulle ragioni di protezione del consumatore, che sono state poste a fondamento della giurisprudenza in esame, condurrebbe a ritenere necessaria una motivazione analitica.

In particolare, il giudice dovrebbe, con riferimento alle singole clausole del contratto, motivare in ordine alla violazione del principio di buona fede e allo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti (art. 33, comma 1, cod. cons.), alla specifica corrispondenza rispetto alle clausole presuntivamente vessatorie (art 33, comma 2, cod. cons. e art. 36, comma 2, cod. cons.) e all'eventuale svolgimento di una trattativa individuale (art. 34, comma 4, cod. cons.).

Tuttavia, la necessità di un obbligo di motivazione analitico in merito al carattere non abusivo delle singole clausole del contratto determinerebbe la formazione di una pronuncia con un apparato motivazionale sovrabbondante, con un eccesso informativo che si tradurrebbe per il consumatore nella mancanza di comprensibilità del messaggio veicolato [54].

Inoltre, vi sarebbe un aggravio nei tempi della giustizia, stante la necessità di predisporre un apparato motivazionale notevole per ogni singolo provvedimento di ingiunzione, in contrasto peraltro con le esigenze di celerità poste alla base del procedimento monitorio.

Infine, emerge una rilevante distinzione tra il tenore testuale delle conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19 e la lettera della sentenza della Corte di Giustizia. Mentre le conclusioni dell'Avvocato Generale fanno riferimento alla necessità di "*una valutazione esplicita e sufficientemente motivata da parte del giudice nazionale*" [55], invece la sentenza della Corte di Giustizia censura la formazione del giudicato "*anche in assenza di qualsiasi motivazione*" [56].

---

[54] In questo senso è stato osservato come non necessariamente una capillare informazione si traduca in un aumento della consapevolezza del consumatore, che potrebbe risultare disorientato dall'eccesso di dati. Al riguardo, D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 229 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 333; D. VALENTINO, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in *Pers. e merc.*, 2016, 4, 153 ss.

[55] In questo senso, "*l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori devono essere interpretati, alla luce del principio di effettività, nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che non consente al giudice dell'esecuzione di verificare, d'ufficio o su istanza di una parte, l'abusività delle clausole di un contratto costituente il fondamento di un decreto ingiuntivo passato in giudicato quando tali clausole non sono state oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata alla luce della direttiva citata*" (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).

[56] A tal fine, "*una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esa-*



Dunque, nel primo caso si faceva riferimento ad un obbligo di motivazione qualificato, esplicito rispetto all'indicazione delle ragioni poste alla base della valutazione di non vessatorietà delle clausole, sufficiente rispetto al raggiungimento dello scopo di assicurare l'avvenuta valutazione del giudice in merito al carattere non vessatorio della clausola e di garantire al consumatore di comprendere il percorso logico seguito dalla decisione.

Diversamente, la sentenza in esame non ha fatto alcun riferimento al requisito della motivazione esplicita e sufficiente, limitandosi ad affermare la cedevolezza del giudicato in ipotesi di mancanza di motivazione a supporto della relativa statuizione.

Da questo dato può trarsi argomento per sostenere che la tesi condivisa dalla Corte di Giustizia non presupponga che l'effettività della tutela del consumatore sia correlata alla necessità di una motivazione qualificata, essendo sufficiente l'esistenza di una statuizione espressa e motivata in ordine alla valutazione del carattere non vessatorio delle clausole.

A tal fine, non è indifferente osservare che la pregressa giurisprudenza della Corte di Giustizia riteneva sufficiente ai fini del rispetto del principio di effettività della tutela il solo svolgimento nel corso del giudizio di un sindacato da parte di un organo giudiziario sulla vessatorietà delle clausole [57].

L'attuale orientamento interpretativo richiede l'esistenza di un sindacato espresso e motivato da parte di un giudice, così da rendere il consumatore consapevole dello svolgimento di tale valutazione e porlo nella condizione di ricorrere ai mezzi di impugnazione ordinari avverso il provvedimento giurisdizionale. Si tratta di uno sviluppo logico connesso rispetto al precedente indirizzo interpretativo, di cui rappresenta una evoluzione.

Invece, presupporre un obbligo di motivazione qualificato comporterebbe la configurabilità di un sindacato nel merito della specifica motivazione, facendo dipendere la tenuta del giudicato da una valutazione sulla motivazione del provvedimento. Ma così procedendo, si incorrerebbe in una aporia logica, dato che tale sindacato sarebbe possibile nel corso di una impugnazione soltanto se il provvedimento in questione non si ritenga coperto dal giudicato. Inoltre, si tratterebbe dell'affermazione di un principio senza precedenti, non in rapporto di evoluzione, ma in contrasto con la precedente giurisprudenza unionale.

Pertanto, sul piano dell'intensità dell'obbligo di motivazione del provvedimento giurisdizionale, può ritenersi sufficiente una motivazione sintetica, redatta anche con riferimento ad un insieme di clausole, indicate relativamente a profili comuni di possibile vessatorietà.

Maggiori dubbi potrebbe suscitare il ricorso a formule di stile, riferite alla generica assenza di cause di nullità di protezione all'interno del contratto. In questa ipotesi, risulterebbe notevole il rischio di incorrere in una motivazione apparente, tale da non garantire l'effettività della tutela del consumatore, correlata ad una valutazione concretamente compiuta dal giudice in ordine al carattere abusivo delle clausole contrattuali.

---

me d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali" (Corte di Giustizia, sentenza 17 maggio 2022 nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19).

[57] In questo senso, gli orientamenti interpretativi per cui "*se, pertanto, il giudice investito dell'esecuzione dell'ingiunzione di pagamento non è competente a valutare d'ufficio l'esistenza di tali clausole, il consumatore, di fronte a un titolo esecutivo, potrebbe trovarsi nella situazione di non poter beneficiare, in nessuna fase del procedimento, della garanzia che venga compiuta una tale valutazione. Orbene, alla luce di quanto considerato, occorre constatare che un simile regime processuale è tale da compromettere l'effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13. Tale tutela effettiva dei diritti derivanti da tale direttiva, infatti, può essere garantita solo a condizione che il sistema processuale nazionale consenta, nell'ambito del procedimento d'ingiunzione di pagamento o di quello di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento, un controllo d'ufficio della potenziale natura abusiva delle clausole inserite nel contratto di cui trattasi. Tale considerazione non può essere messa in discussione laddove il diritto processuale nazionale, come quello di cui al procedimento principale, conferisca alla decisione adottata dal «Secretario judicial» autorità di cosa giudicata e le riconosca effetti analoghi a quelli di una decisione giurisdizionale*" (Corte di Giustizia, 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).



Con riguardo all'ambito dei provvedimenti cui risulta applicabile il principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia, occorre muovere dalla premessa per cui tale principio è stato testualmente riferito al solo decreto ingiuntivo [58].

Pertanto, al momento attuale non risulta possibile ipotizzare un ambito di applicazione diverso da quello specificamente individuato dalla Corte di Giustizia. Inoltre, il carattere eccezionale del principio di diritto impedisce di ipotizzare una applicazione analogica a diverse tipologie di provvedimenti giurisdizionali.

Eppure, analizzando le ragioni poste alla base di tale giurisprudenza, sembra difficilmente giustificabile l'affermazione per cui soltanto in relazione al decreto ingiuntivo la mancanza di motivazione sul carattere non vessatorio delle clausole renderebbe non effettiva la tutela del consumatore, che non abbia fatto ricorso ai mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento.

Una simile ipotesi di non effettività della tutela potrebbe essere ravvisata anche nell'ambito di un giudizio ordinario di cognizione nel quale il consumatore sia rimasto contumace, terminato con una sentenza di condanna priva di motivazione in ordine all'assenza di cause di nullità di protezione nel contratto stipulato.

Potrebbe obiettarsi che la mancata costituzione del consumatore nel giudizio costituisca una scelta processuale specifica e che il consumatore potrebbe trovare tutela mediante l'impugnazione nei termini della sentenza pregiudizievole.

Tuttavia, anche rispetto al decreto ingiuntivo il consumatore dispone dello strumento dell'opposizione e anche il decreto ingiuntivo risulta emesso da un giudice dotato del potere di rilevazione officiosa delle cause di nullità di protezione del contratto. Perciò, tanto il decreto ingiuntivo non opposto, quanto la sentenza contumaciale non appellata potrebbero rappresentare ipotesi di ineffettività della tutela del consumatore, per via della formazione di un giudicato implicito e della conseguente mancanza di esame specifico della nullità di protezione da parte di un giudice nel corso del processo.

In via di ulteriore estensione del principio, anche all'esito di un giudizio ordinario in cui il consumatore si sia costituito potrebbe verificarsi una statuizione di condanna del consumatore priva di motivazione in ordine alla non vessatorietà di alcuna clausola del contratto.

In questo caso, potrebbe sostenersi che il contraddittorio sviluppatosi nel processo costituisca idonea garanzia del consumatore, che sarebbe messo nella condizione effettiva di far valere l'inefficacia delle clausole pregiudizievoli.

Nondimeno, se l'effettività della tutela del consumatore presuppone una motivazione espressa, deve rilevarsi che anche in un simile giudizio potrebbe non essere stato esercitato il potere del giudice di rilevazione officiosa di una nullità di protezione, con statuizione di condanna e affermazione implicita dell'efficacia delle clausole del contratto.

Alla luce di quanto precede, appare possibile ipotizzare ulteriori domande di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, relative alla compatibilità con il diritto unionale dell'ordinamento interno, nella parte in cui prevede la formazione del giudicato implicito e la correlativa limitazione dei poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione, relativamente a sentenze rese in giudizi ordinari, prive di motivazione espressa sull'assenza di cause di nullità di protezione del contratto.

---

[58] La Corte di Giustizia ha infatti affermato che "*che l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa – per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità – successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole*" (Corte di Giustizia, sentenza 17 maggio 2022 nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19).



Anche con riguardo all'ambito dei soggetti rispetto ai quali il principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia può trovare applicazione, deve essere rilevato che la pronuncia ha riguardato solo la posizione del consumatore.

Ma il consumatore non è la sola figura di soggetto debole di un rapporto contrattuale, risultando plurime le ipotesi di rapporti connotati da uno squilibrio strutturale tra le posizioni negoziali delle parti, con interventi legislativi diretti alla previsione di discipline di protezione [59].

Si potrebbe dunque porre il problema in ordine alla stabilità del giudicato implicito sulla validità dei contratti stipulati tra imprese dotate di diverso potere negoziale [60], ovvero sulla validità delle clausole dei contratti di locazione di immobile ad uso abitativo [61], ovvero ancora sulla validità delle clausole dei contratti predisposti nei rapporti tra intermediario finanziario e investitore [62].

Anche in questo caso, il riferimento del principio di diritto in esame alla sola figura del consumatore, unitamente al carattere strettamente eccezionale della disciplina di deroga al sistema processuale civile interno, impedisce qualsiasi tentativo di applicazione analogica.

Tuttavia, con particolare riguardo alla disciplina dell'intermediazione finanziaria, la derivazione unionale della stessa potrebbe rendere ipotizzabili domande di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, relative alla

---

[59] Con specifico riguardo al caso in esame, in dottrina è stato osservato che "*il giudice deve preliminarmente soffermarsi sulla qualità soggettiva del debitore, onde verificare se sia o no un consumatore. Ma questa indagine supplementare, che rimarrebbe riservata alla sola materia consumeristica, potrebbe essere il prodromo per una disparità di trattamento rispetto ad altre situazioni di eguale debolezza di soggetti che operano sul mercato, ad es. microimpresa o imprenditore debole, per le quali sarebbe attivo invece il consueto canovaccio di mero controllo formale della sussistenza dei requisiti di legge"* (S. CAPORUSSO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo – Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica,* in *Giur. It.,* 2022, 2, 485 ss.).

[60] Il riferimento è all'art. 6 della l. n. 192 del 1998, per cui "*È nullo il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura. Sono tuttavia validi gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura.*

È nullo il patto che attribuisca ad una delle parti di un contratto di subfornitura ad esecuzione continuata o periodica la facoltà di recesso senza congruo preavviso.

È nullo il patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale".

[61] Con riguardo al riconoscimento del conduttore come parte debole del rapporto di locazione, "*l'obbligo del locatore di un immobile urbano, di corrispondere al conduttore gli interessi legali sul deposito cauzionale versato da quest'ultimo ha natura imperativa, in quanto persegue finalità di ordine generale, tutelando il contraente più debole ed impedendo che la cauzione, mediante i frutti percepibili dal locatore, possa tradursi in un incremento del corrispettivo della locazione, con la conseguenza che tali interessi devono essere corrisposti al conduttore anche in difetto di una sua espressa richiesta* (Cass., 11 agosto 2016, n. 16969; in senso conforme, *ex plurimis,* Cass., 27 gennaio 1995, n. 979; Cass., 21 giugno 2002, n. 9059; Cass., 19 agosto 2003, n. 12117; Cass., 30 ottobre 2009, n. 23052).

[62] Il riferimento è alla disciplina di cui al D.lgs. n. 58 del 1998. Tra le plurime ipotesi di nullità previste a vantaggio dell'investitore, può richiamarsi la disciplina di cui all'art. 2, comma 2 *octies,* per cui "*È nullo qualunque patto o clausola non conforme alle disposizioni in materia di sistemi di remunerazione e di incentivazione emanate ai sensi del comma 1, lettera c-bis), numero 2), o contenute in atti dell'Unione europea direttamente applicabili. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto. Le previsioni contenute nelle clausole nulle sono sostituite di diritto, ove possibile, con i parametri indicati nelle disposizioni suddette nei valori più prossimi alla pattuizione originaria*", che prevede un'ipotesi di nullità necessariamente parziale.

Allo stesso fine, può farsi riferimento alla disciplina di cui all'art. 24, per cui "*Al servizio di gestione di portafogli si applicano le seguenti regole: a) il cliente può impartire istruzioni vincolanti in ordine alle operazioni da compiere; b) il cliente può recedere in ogni momento dal contratto, fermo restando il diritto di recesso del prestatore del servizio ai sensi dell'articolo 1727 del codice civile; c) la rappresentanza per l'esercizio dei diritti di voto inerenti agli strumenti finanziari in gestione può essere conferita al prestatore del servizio con procura da rilasciarsi per iscritto e per singola assemblea nel rispetto dei limiti e con le modalità stabiliti con regolamento dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob […]. Sono nulli i patti contrari alle disposizioni del presente articolo; la nullità può essere fatta valere solo dal cliente"*, che prevede un'ipotesi di nullità suscettibile di essere fatta valere esclusivamente dal cliente, parte debole del rapporto.



compatibilità con il diritto sovranazionale dell'ordinamento interno, nella parte in cui prevede la formazione del giudicato implicito e la correlativa limitazione dei poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione, relativamente al decreto ingiuntivo emesso nei confronti dell'investitore.

Pertanto, allo stato attuale l'applicazione del principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia può essere circoscritta con riferimento ad un obbligo di motivazione sintetica del decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore.

Nondimeno, con riguardo alla qualifica soggettiva di una parte, viene a crearsi un processo speciale, connotato dalla non configurabilità del giudicato implicito sulle questioni poste in rapporto di pregiudizialità logica con le statuizioni espresse, dalla configurazione dell'opposizione all'esecuzione come strumento di gravame atipico ordinariamente deputato all'impugnazione del titolo di formazione giudiziale, dalla scissione tra giudicato in senso formale e giudicato in senso sostanziale.

I marcati profili di specialità di tale disciplina processuale, unitamente agli elementi che fanno ritenere del tutto provvisoria la limitazione della relativa applicazione alle sole ipotesi di decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore, introducono nell'ordinamento elementi di difficile riconducibilità a sistema, tratto caratteristico del principio di entropia.

4. – Per ridimensionarne la portata degli effetti che la sentenza della Corte di Giustizia produrrebbe nell'ordinamento interno, possono essere svolte delle considerazioni sia sull'attuazione concreta dell'obbligo di motivazione, sia sull'effettività del preteso automatismo tra carenza di motivazione e cedevolezza del giudicato, sia sulla tenuta costituzionale del sistema così configurato.

Con riguardo all'obbligo di motivazione, si è detto che non risulta essenziale un'analisi esplicita da parte del decreto ingiuntivo della validità delle singole previsioni negoziali, risultando sufficiente una motivazione sintetica, che non faccia ricorso a formule di stile, idonee ad integrare la nozione di motivazione apparente.

Pertanto, il giudice del procedimento monitorio dovrebbe procedere, anzitutto, motivando in ordine alla qualificabilità come consumatore del debitore ingiunto e, in caso di risposta affermativa, individuando le clausole del contratto che incidano sul diritto di credito azionato dal professionista.

Conseguentemente, occorrerebbe procedere raffrontando tali clausole con l'elenco previsto dall'art. 36, comma 2, cod. cons., dando atto della eventuale non riconducibilità delle previsioni contrattuali ad alcuna delle ipotesi previste dal legislatore.

Successivamente, in caso di esito negativo dell'esame condotto, le clausole dovrebbero essere analizzate a fronte dell'elenco previsto dall'art. 33, comma 2, cod. cons., dando atto della eventuale non sussumibilità delle pattuizioni negoziali rispetto ad alcuna delle fattispecie individuate dalla disposizione.

Nel caso in cui tale analisi dovesse dare risultato positivo, il giudice del monitorio potrebbe motivare facendo riferimento all'art. 34, comma 3, cod. cons., ossia rilevando il carattere della clausole di mera riproduzione di disposizioni di legge o convenzioni internazionali, ovvero all'art. 34, comma 4, cod. cons., ossia richiamando quanto provato dal professionista in ordine alla trattativa individuale intercorsa con il consumatore [63], ovvero all'art. 33, comma 1, cod. cons., ossia aderendo motivatamente a quanto dedotto dal professionista per dimostrare la non sussistenza di un significativo squilibrio di diritti ed obblighi derivanti dalla clausola presuntivamente vessatoria.

[63] Nell'ipotesi in cui il professionista non depositi al momento del ricorso la documentazione comprovante la stipulazione della clausola a seguito di una trattativa individuale intercorsa con il consumatore, si ritiene possibile per il giudice utilizzare lo strumento dell'invito del creditore a provvedere alla prova mediante integrazione documentale, come previsto dall'art. 640 cod. proc. civ.



Infine, il decreto ingiuntivo dovrebbe rilevare che le clausole individuate, non riconducibili alle ipotesi previste dal legislatore, non risultino comunque idonee a determinare un significativo squilibrio di diritti ed obblighi in pregiudizio del consumatore.

Il decreto ingiuntivo che dia atto sinteticamente dell'analisi condotta dal giudice per escludere l'esistenza di vessatorietà delle clausole contrattuali non potrebbe esporsi al fenomeno della cedevolezza del giudicato implicito. Pertanto, l'adozione di modelli di decreto ingiuntivo, specificamente strutturati rispetto ai contratti del consumatore, costituisce un primo strumento per garantire la stabilità del giudicato civile.

Tuttavia, l'adozione di sintetiche motivazioni dei decreti ingiuntivi riguardanti i consumatori è una prassi suscettibile di essere adottata per il futuro. Invece, con riguardo ai decreti ingiuntivi già emessi e non opposti tempestivamente dal debitore, risulta necessario individuare una diversa via per restringere gli effetti applicativi della sentenza in esame.

A tal riguardo, dalla lettura della sentenza emergono plurimi passaggi che permettono di dubitare circa l'esistenza di un automatismo tra la riscontrata mancanza di motivazione del decreto ingiuntivo in ordine alla non vessatorietà delle clausole contrattuali e il superamento del giudicato implicito.

Anzitutto, deve essere ricordato che la stabilità del giudicato civile risulta intrinsecamente correlata con il principio di autonomia processuale dell'ordinamento interno, suscettibile di deroga soltanto in ipotesi di non effettività della tutela di posizioni sostanziali presidiate dall'ordinamento unionale.

Coerentemente, la sentenza ha rilevato che "*una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione [...] può privare* (ma non necessariamente priva) *del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali*" [64].

Pertanto, basandosi sulla lettera della sentenza, la Corte di Giustizia non ha ritenuto che la disciplina interna preveda in ogni caso una tutela non effettiva del consumatore, in quanto risulta possibile, ma non certo o automatico, che la formazione di un giudicato implicito sulla validità delle clausole del contratto privi di contenuto l'obbligo del giudice di procedere ad un esame officioso del carattere vessatorio delle previsioni contrattuali.

Allora, la non effettività della tutela del consumatore, con il conseguente riconoscimento al giudice dell'esecuzione del potere di analizzare nel merito la pretesa del professionista, non potrebbe essere dedotta in modo automatico in relazione ad ogni ipotesi di giudicato implicito derivante da decreto ingiuntivo.

Invece, acquisirebbe rilievo l'inciso della sentenza per cui occorrerebbe condurre tale giudizio "*tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori*".

Pertanto, emerge la necessità di un esame in ordine alla concreta verificazione di un pregiudizio all'interesse pubblico sotteso alla tutela dei consumatori, conseguente al mancato esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali, desumibile dal riscontro di un giudicato implicito privo di motivazione in ordine alla non vessatorietà delle previsioni negoziali.

La necessità di tale accertamento risulta confermata dal successivo passaggio della sentenza, per cui "*ne*

[64] Espressamente, la sentenza ha affermato che "*una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali*".



consegue che, in un caso del genere (ma non sempre)*, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto*" [65].

Anche questo passaggio argomentativo conferma che il superamento del giudicato implicito non sia insito nella sola circostanza data dalla mancanza di motivazione, verificandosi soltanto nel caso appena indicato dalla stessa sentenza, relativo alla totale pretermissione dell'esame officioso del giudice sulla vessatorietà delle clausole contrattuali e al conseguente pregiudizio per la tutela del consumatore.

Quindi, da tale interpretazione della sentenza, emerge che per derogare alla stabilità del giudicato implicito occorrerebbe un duplice accertamento.

In primo luogo, dalla mancanza di motivazione dovrebbe desumersi il mancato esame da parte del giudice in ordine alla vessatorietà delle clausole, accertamento officioso che invece potrebbe emergere anche da un passaggio argomentativo estremamente sintetico del provvedimento.

In secondo luogo, il mancato utilizzo del potere officioso di rilevazione delle clausole abusive dovrebbe tradursi, nel caso concreto, in un pregiudizio per la tutela del consumatore, che potrebbe invece ritenersi conseguente della mera inerzia di quest'ultimo.

Conseguentemente, in sede di opposizione all'esecuzione, il giudice non dovrebbe in ogni caso procedere ad un esame della vessatorietà delle clausole del contratto, nell'ambito di un giudizio che verrebbe ad avere ad oggetto il merito della pretesa creditoria, continuando di regola ad essere vincolato dal giudicato implicito derivante dalla mancata opposizione a decreto ingiuntivo.

A tale regola si potrebbe derogare esclusivamente a seguito del positivo riscontro da parte del giudice dell'opposizione all'esecuzione di due elementi, il primo dato dall'accertamento per cui l'assenza di motivazione del decreto ingiuntivo sia tale da non poter in alcun modo affermare il compimento da parte del giudice del procedimento monitorio del sindacato officioso sulla vessatorietà delle clausole contrattuali, il secondo costituito dall'accertamento per cui tale omissione sia stata causa determinante di un pregiudizio per la tutela del consumatore, non addebitabile alla sola inerzia tenuta dal debitore nel proporre opposizione a decreto ingiuntivo.

Una simile interpretazione ridurrebbe l'ambito applicativo del principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia, in modo da assegnare alla cedevolezza del giudicato civile carattere eccezionale e da salvaguardare il principio di autonomia processuale dell'ordinamento interno.

Laddove una simile interpretazione non si ritenesse praticabile, giungendosi al sistematico superamento del giudicato implicito e facendosi convergere ogni questione attinente alla vessatorietà delle clausole contrattuali alla cognizione del giudice dell'opposizione all'esecuzione, vi sarebbero forti ragioni per dubitare della costituzionalità della disciplina, sotto diversi profili.

Al riguardo, deve essere osservato che il principio di stabilità del giudicato, con le correlative esigenze di certezza dei rapporti giuridici, è strettamente connesso con il diritto di azione e con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell'ambito di un giusto processo, di cui agli artt. 24 e 111 Cost. [66].

---

[65] Immediatamente dopo il passaggio precedentemente richiamato, la sentenza ha rilevato che *"ne consegue che, in un caso del genere, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione*".

[66] In questo senso, C. CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 395 ss. Tale posizione è stata successivamente condivisa da G. SERGES, *Il valore del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, 2819 ss.; per cui la ragione posta alla base dell'art. 111, comma 7, Cost. consisterebbe nel garantire l'effetto tipico della giurisdizione, dato dall'autorità stabile dell'accertamento contenuto in sentenza, ossia il giudicato in senso sostanziale.



Tali principi risulterebbero evidentemente vulnerati nel caso in cui si riconoscesse ingresso nell'ordinamento interno al principio di diritto che nega la stabilità al giudicato civile implicito in ogni ipotesi di decreto ingiuntivo non motivato riguardo alla non vessatorietà delle clausole contrattuali.

Anche muovendo dalla premessa per cui il principio di stabilità del giudicato debba essere contemperato alla luce del bilanciamento con altri valori costituzionali, in ogni caso non si ravvisa alcuna ragione di bilanciamento nell'affermazione del principio di diritto in esame, che anteporrebbe incondizionatamente la tutela del consumatore ad ogni ragione di certezza dei rapporti giuridici correlata alla stabilità del giudicato.

Inoltre, la predisposizione di tale processo speciale relativamente alla figura del consumatore porrebbe delicati problemi di parità di trattamento giuridico rispetto a posizioni soggettive parimenti meritevoli di tutela, alla luce dell'art. 3 Cost.

A tal fine, a mero titolo esemplificativo, vengono in rilievo le figure dell'impresa posta in rapporto di dipendenza economica, del conduttore nei contratti di locazione di immobile ad uso abitativo, dell'investitore nei rapporti di intermediazione finanziaria.

Invero, risulterebbe difficile comprendere la ragione per cui un simile processo speciale non debba essere esteso anche a tali ipotesi di contraenti deboli, la cui tutela non può intendersi subvalente rispetto alla protezione accordata al consumatore.

Pertanto, ove un'interpretazione adeguatrice del principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia non si ritenesse praticabile, vi sarebbero forti ragioni per ritenere auspicabile un intervento della Corte Costituzionale, nella prospettiva del dialogo tra Corti [67] e della riaffermazione del principio di autonomia processuale dell'ordinamento interno.

Dunque, la relazione caotica tra sistemi innescata dalla pronuncia in esame necessita di un intervento ordinatore, che può provenire dalla prassi giurisprudenziale interna di adottare sintetiche motivazioni dei decreti ingiuntivi, ovvero dall'interpretazione restrittiva diretta a circoscrivere l'applicabilità del principio di

---

Per la ricostruzione che ravvisa nel giudicato sostanziale il nucleo della tutela giurisdizionale, elemento necessario e imprescindibile della stessa, si veda E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi del diritto*, 1957, II, 34 ss.

Per la tesi contraria, è stato sostenuto che la cosa giudicata non sia elemento essenziale della giurisdizione, cosicché il legislatore potrebbe introdurre modelli processuali che prevedano l'erogazione di una tutela non necessariamente assistita dal giudicato. In questo senso, V. DENTI, *Commento all'art. 111 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, 1987, 27 ss.; A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pagg. 393 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2002; R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, 2009.

Infine, deve essere ricordato che l'art. 104 del progetto di Costituzione, non approvato, prevedeva che "*le sentenze non più soggette ad impugnazione di qualsiasi specie non possono essere annullate o modificate neppure per atto legislativo, salvo i casi di legge penale abrogativa o di amnistia, grazia ed indulto*". Si tratta di una disposizione che testimoniava l'avvertita esigenza di una specifica garanzia per il giudicato, poi non realizzatasi "*per il dubbio se la disciplina costituzionale dovesse ricomprendere tutti i valori ispiratori dell'ordinamento o solo quelli più facilmente vulnerabili dal legislatore ordinario (e tale non sembrava il giudicato)*", in questo senso, C. CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 429.

Per la ricostruzione di tali orientamenti, U. COREA, *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee,* in *Judicium,* 2017, 1, pagg. 37 ss., il quale, ricostruito il fondamento costituzionale del principio di tutela del giudicato, rileva che "*il problema in tal modo si sposterebbe alla individuazione dei limiti alla intangibilità del giudicato, posto che come le altre garanzie costituzionali, la protezione del giudicato civile non è una monade, ma è esposta anche nell'esperienza giuridica italiana al confronto e al bilanciamento con altri valori costituzionali*", richiamando R. CAPONI, *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri,* in *Giur. It.,* 2009, 2827 ss.

[67] Sul dialogo tra Corti, L. TOMASI, *Il dialogo tra Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il trattato di Lisbona*, in M.C. BARUFFI (a cura di) *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008, 149-182; COSIO, FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, 2012; R. CAPONI, *Dialogo tra corti nazionali e corti internazionali*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, 500 ss.



diritto analizzato soltanto a casi eccezionali, ovvero ancora da un intervento della giurisprudenza costituzionale. Si tratta di vie distinte, accomunate da un obiettivo comune, la ricerca di sintropia [68].

[68] Con il termine sintropia si indicano quei fenomeni che danno origine a strutture tendenti all'ordine, come gli esseri viventi, opponendosi alla tendenza naturale al disordine, ossia all'entropia. Il termine sintropia è stato introdotto da L. FANTAPPIÈ, *Principi di una teoria unitaria del mondo fisico e biologico,* 1944.

Un concetto similare è stato elaborato in relazione alla nozione di neghentropia. La parola neghentropia (dall'inglese *negative entropy,* ossia entropia negativa), venne utilizzata da E. SCHRODINGER, *Cosa è la vita?,* 1943.

JUS CIVILE



GIANLUCA RIOLFO

Ricercatore di Diritto commerciale – Università degli Studi di Verona

LA RIFORMA DELL'IMPRESA SOCIALE: ASPETTI CENTRALI E PROFILI PROBLEMATICI DELLA DISCIPLINA ITALIANA ED IL CONTESTO EUROPEO DI RIFERIMENTO

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. La nozione di impresa sociale (e, correlativamente, la nozione di "attività d'impresa di interesse generale"). – 3. La regola generale dell'assenza di lucro e la sua possibile deroga in concreto. Il finanziamento dell'impresa sociale. – 4. Assetti proprietari, governance e coinvolgimento di lavoratori, utenti ed altri interessati. Un'occasione persa. – 5. Alcune riflessioni in chiusura: il sottile filo rosso che lega società benefit, imprese sociali e CSR nell'ambito del rinnovato contesto europeo di riferimento.*

1. – Il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 (rubricato «Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'art. 2, comma 2, lett. *c)* della l. 6 giugno 2016, n. 106») regolamenta l'impresa sociale attraverso l'abrogazione espressa della disciplina precedente contenuta nel d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 [1].

Rispetto alla vecchia legge [2] il nuovo testo appare riformulato in maniera più accurata, implementato con una serie di previsioni (prima assenti) che vengono ad incidere, in particolar modo, su aspetti che la dottrina aveva considerato "critici" e mancanti di espressa regolamentazione nella disciplina preesistente [3].

Non va dimenticato come l'impresa sociale, a prescindere dalla forma organizzativa che andrà ad assumere, è comunque "ente del terzo settore" e, in quanto tale, viene disciplinata anche dal Codice del Terzo Settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117). Pertanto le fonti di regolamentazione sono, nell'ordine: il d.lgs. n. 112/2017, il d.lgs. n. 117/2017 [4], solamente per quelle norme che siano compatibili con la disciplina specifica dell'impresa sociale [5] e, in ogni caso (laddove manchino espresse disposizioni nei precedenti testi), le regole

[1] Si veda l'art. 19, titolato «Abrogazioni». Oggi tutti i riferimenti al d.lgs. n. 155/2006 devono intendersi riferiti al nuovo d.lgs. n. 112/2017.

[2] Seppur nel titolo del provvedimento si parla di "revisione", il legislatore del 2017 riscrive quasi del tutto la disciplina dell'impresa sociale. Pertanto, più che di revisione, sarebbe corretto parlare di integrale "riformulazione".

[3] Nella sostanza si deroga – nei modi che si avrà occasione di descrivere brevemente in seguito – al divieto assoluto di remunerazione del capitale investito (nel caso in cui l'impresa sociale abbia la forma organizzativa propria delle società lucrative); si introducono alcune agevolazioni fiscali; si interviene sulla *governance* interna al fine di realizzare il coinvolgimento di lavoratori, beneficiari, utenti ed altri soggetti interessati all'attività dell'impresa (in forme diversificate da individuare negli statuti o nei regolamenti aziendali).

[4] Come chiaramente detto nel comma 5 dell'art. 1, del d.lgs. n. 112/2017, "alle imprese sociali si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni del presente decreto, le norme del codice del Terzo settore di cui all'art. 1, comma 2, lett. *b)*, della l. 6 giugno 2016, n. 106".

[5] Si noti come, nello stesso codice del Terzo settore vi sono disposizioni espressamente dichiarate non applicabili alle imprese so-



codicistiche che disciplinano il tipo di ente la cui forma sia stata adottata per esercitare la suddetta impresa sociale [6].

Nel contesto europeo di riferimento, sin dal 2011 la Commissione – con la Comunicazione «Iniziativa per l'imprenditoria sociale Costruire un ecosistema per promuovere le imprese sociali al centro dell'economia e dell'innovazione sociale» [7] – ha manifestato l'intenzione di porre l'imprenditoria sociale tra i temi di rilievo della propria agenda. Da allora ad oggi però le iniziative sono state relative e – comunque – di scarso impatto [8]. Ma nel dicembre del 2021 la stessa Commissione ha presentato un «Piano d'azione europeo per l'economia sociale» volto a sviluppare il potenziale di crescita di imprese sociali, cooperative, fondazioni e associazioni non profit e aumentarne il contributo alle transizioni verde e digitale. Il Piano prende le mosse proprio dalla Comunicazione del 2011 e si propone, tra le altre cose, di dare vita ad un contesto giuridico uniforme entro cui inquadrare le diverse forme di imprese in senso lato sociali che si ritrovano nei diversi ordinamenti.

Gli effetti di questo nuovo piano di azione si vedranno nei prossimi anni ma, indubbiamente, l'inquadramento giuridico di queste tipologie di imprese costituisce un obiettivo di assoluto rilievo. Come avremo modo di sottolineare più avanti sarebbe necessario fornire una nozione nuova di impresa per quelle sociali [9], che si discosti dall'idea tradizionale per mettere in lice – e valorizzare – le particolarità dell'imprenditoria sociale.

Fatte queste premesse, di seguito si indicano i profili di interesse della disciplina italiana che costituiscono delle novità (e che presentano indubbiamente delle possibili criticità) su cui si intende soffermarsi.

a) la nozione e qualifica di impresa sociale (e, correlativamente, la nozione di "attività d'impresa d'interesse generale");

b) l'assenza di scopo di lucro e sua parziale deroga (nonché la possibilità di ricorrere a strumenti di finanziamento ordinari);

c) gli assetti proprietari, la *governance* interna dell'ente e il coinvolgimento di lavoratori, utenti ed altri soggetti interessati.

Su ciascuno di questi aspetti si cercherà di fornire alcuni spunti per una riflessione che, nell'ultimo paragrafo, vorrebbe essere di maggior respiro: come si inquadra la fattispecie dell'impresa sociale in un più ampio contesto (internazionale ma soprattutto europeo) in cui il tema della "sostenibilità sociale ed ambientale" dell'impresa è diventato centrale? Inoltre può individuarsi un qualche nesso tra l'emergere di nuove forme di impresa (oltre a quella "sociale" e a quella "sostenibile"), quale il modello della società benefit, e l'evidente arretramento dello Stato come fornitore di servizi di interesse generale?

---

ciali (si veda, ad es., l'art. 71). Mentre l'art. 40 (rubricato «Rinvio»), facente parte del Titolo V («Di particolari categorie di enti del terzo settore»), Capo IV («Delle imprese sociali»), richiama la disciplina del d.lgs. n. 112/2017).

[6] Esplicito in tal senso, ancora una volta, l'art. 1, comma 5, d.lgs. n. 112 («in mancanza e per gli aspetti non disciplinati [si applicano alle imprese sociali], le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita»).

[7] COM(2011) 682 def., del 25 ottobre 2011.

[8] D'altra parte nel 2011 la Commissione, con la Comunicazione «Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese», COM(2011) 681 def., del 25 ottobre 2011 ha impresso un'accelerazione anche alle politiche di responsabilità sociale d'impresa, con un sincronismo non certo casuale.

[9] Pare significativo che la Comunicazione del 2011 riconosca come «un'impresa sociale è un attore dell'economia sociale il cui principale obiettivo non è generare utili per i suoi proprietari o azionisti, ma esercitare un impatto sociale. Essa opera sul mercato producendo beni e servizi in modo imprenditoriale e innovativo e destinando i propri utili principalmente alla realizzazione di obiettivi sociali. È gestita in modo responsabile e trasparente, in particolare coinvolgendo dipendenti, clienti e altri soggetti interessati dalle sue attività commerciali» (p.to 1, p. 2).



2. – Il previgente art. 1, d.lgs. n. 155/2006 [10], definiva l'impresa sociale come una «qualifica» che qualunque «organizzazione privata» (comprese le diverse tipologie codicistiche di società lucrative, ed escluse le cooperative) poteva assumere qualora avesse esercitato «in via stabile» e «principale» una «attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale», qualora la suddetta organizzazione privata avesse i requisiti previsti nei successivi articoli 2, 3 e 4 [11].

Il nuovo art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 112/2017, risulta modificato e più articolato. Impresa sociale, che resta una "qualifica", può essere qualunque «ente» privato, comprese le società lucrative, che (nel rispetto della relativa normativa) eserciti «in via stabile e principale» una «attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale». Risulta altresì necessario che l'ente adotti «modalità di gestione responsabili e trasparenti» e che favorisca «il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alla loro attività».

Rispetto alla versione precedente, anzitutto, sparisce quella che poteva essere considerata una vera e propria definizione di "imprenditore sociale", plasmata sulla definizione codicistica di cui all'art. 2082 cod. civ. [12] ma con l'individuazione delle particolari finalità (di interesse generale) e con il riferimento ai partico-

---

[10] Titolato «Disciplina dell'impresa sociale, a norma della l. 13 giugno 2005, n. 118», oggi abrogato.

[11] In nessun caso potevano assumere la qualifica di impresa sociale le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (vale a dire «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti i del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni ... e le Agenzie di cui al d.lgs.30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI»), nonché le organizzazioni i cui atti costitutivi avessero limitato, anche indirettamente, l'erogazione di beni e servizi in favore dei soli soci (cooperative?), associati o «partecipi».

Gli «enti ecclesiastici» e gli «enti delle confessioni religiose» aventi patti, accordi o intese con lo Stato erano soggetti alla disciplina dell'impresa sociale solamente se avessero esercitato una delle attività di "utilità sociale" elencate nell'art. 2 e, in ogni caso, qualora adottassero (nello svolgimento di tali attività) un regolamento che recepisse le norme del decreto legislativo.

[12] Come noto, *ex* art. 2082, è imprenditore «chi esercita *professionalmente* un'attività *economica organizzata* al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi». Quando l'imprenditore è "collettivo", i soci conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica *allo scopo* di dividerne gli utili (art. 2247 cod. civ.).

Secondo le previsioni dell'art 1, comma 1, d.lgs. n. 155/2006 era "impresa" sociale l'organizzazione privata che, *in via stabile e principale*, esercitava un'attività *economica organizzata* al fine della produzione o dello scambio di *beni o servizi di utilità sociale*, diretta a realizzare *finalità* di interesse generale.

Il requisito della professionalità (intesa come attività stabile e non occasionale, quindi nella sostanza attività principale), elemento caratterizzante ogni imprenditore, è tradotto con i termini ("in via stabile e principale") che sono normalmente utilizzati per esplicitare il concetto stesso secondo l'insegnamento, ad es., di Galgano (in tal senso si veda, ad es., R. COSTI, *La nozione di impresa sociale nella legge delega*, in *Impr. soc*., 2005, 74). Tradizionalmente l'opinione maggioritaria faceva rientrare sempre nella professionalità anche il requisito (ritenuto essenziale per ogni imprenditore, per essere tale) dello scopo di lucro. L'attività esercitata a fini liberali non era considerata "professionale", e quindi non era impresa (salvo poi specificarsi che è professionale – quindi impresa – quella attività che, a prescindere dagli scopi soggettivi di chi la esercita, sia astrattamente in grado di produrre un lucro). A questo punto, per l'impresa sociale, omettere ogni riferimento alla professionalità e richiamare solamente i requisiti della "stabilità" e "principalità" è funzionale all'individuazione delle finalità altruistica e non lucrativa (egoistica) dell'attività dell'impresa sociale (che è, pertanto, una forma speciale di impresa).

L'organizzazione è elemento essenziale (ed il richiamo espresso ad essa è forse superfluo) in quanto l'impresa sociale poteva essere solamente una "organizzazione" (oggi, un ente che, in quanto tale, necessariamente deve avere una organizzazione alla propria base, a differenza dell'imprenditore individuale).

Vi era infine il richiamo anche al requisito dell'economicità, tradizionalmente inteso come copertura dei costi con le entrate derivanti dalla cessione dei beni o servizi prodotti.



lari "beni o servizi di utilità sociale". Il legislatore oggi presuppone che l'attività esercitata dagli enti privati "sociali" (anche organizzati in forma societaria) sia impresa (nel senso di attività esercitata da un imprenditore) ma di interesse generale [13]. Ad ulteriore specificazione di quest'ultimo concetto, viene dichiarato come debba trattarsi di attività esercitata senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale [14].

Si noti come l'utilità sociale, prima riferita ai beni o servizi prodotti o scambiati, oggi costituisce una delle finalità (essenziali, che sostituisce il lucro) che l'impresa sociale persegue nell'esercizio della sua attività di interesse generale [15].

Sempre rispetto alla disciplina previgente, una considerevole novità è data dal fatto che oggi – oltre a quanto già visto sopra – si richiede che per essere tale l'impresa sociale debba avere una gestione responsabile e trasparente, nonché debba coinvolgere – nel modo più ampio possibile – lavoratori, utenti e altri soggetti interessati. Quest'ultimo aspetto, pur presente anche nella precedente normativa [16], non costituiva elemento definitorio della fattispecie ma solo obbligo organizzativo interno. Oggi invece il coinvolgimento di lavoratori, utenti e "altri" interessati diviene caratterizzante la stessa qualifica di impresa sociale. Le modalità di tale coinvolgimento sono poi esplicitate nel successivo articolo 11.

Per quanto riguarda la gestione "trasparente" il riferimento è, probabilmente, ad una necessaria *disclosure* di una serie di aspetti tra i quali assetti proprietari, compensi spettanti ai membri degli organi sociali, profilo morale e professionale delle persone chiamate a ricoprire ruoli di rilievo nell'impresa, obiettivi perseguiti e modalità del loro perseguimento, descrizione di eventuali criticità, modalità di utilizzo del patrimonio per il perseguimento degli obiettivi sociali, forme di coinvolgimento dei vari *stakeholders*, e così via [17].

Meno immediata è la comprensione di cosa integri una modalità di gestione "responsabile" [18]. Il primo pensiero va alla attenta valutazione dei rischi imprenditoriali, per evitare che scelte gestorie troppo azzardate

---

[13] Quale sia un'attività di impresa di interesse generale viene descritto nel successivo art. 2 del d.lgs. n. 112/2017, su cui torneremo subito.

[14] Dal che si dovrebbe poter dedurre, argomentando a contrario, che ci sono anche attività di interesse generale esercitate dai privati per uno scopo di lucro e non per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

[15] Come si vedrà subito appresso, di questo cambiamento di prospettiva vi è logica conseguenza nell'elencazione di cui all'art. 2, in cui non si fa più riferimento a tipi di beni o servizi di utilità sociale (come nel previgente art. 2, d.lgs. n. 155/2006) ma a tipi di "oggetto" dell'attività d'impresa (che, proprio per ciò, si possono considerare di interesse generale).

[16] L'art. 12 del d.lgs. n. 155/2006 trattava del coinvolgimento dei lavoratori e "dei destinatari delle attività" spiegando, nel comma 2, che cosa si intendesse per "coinvolgimento".

[17] Una parte di tali informazioni troveranno spazio nel bilancio sociale. È immaginabile poi che il bilancio "ordinario" ed i documenti che lo accompagnano (relazione degli amministratori, valutazioni dell'organo di controllo o, laddove presente, del revisore esterno) dovranno essere redatti con la massima chiarezza ed esaustività.

[18] Può essere interessante un richiamo alla disciplina delle società benefit, introdotte nel nostro ordinamento dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, commi 376 ss. Si tratta di società ordinarie (secondo i tipi codicistici, di persone, capitali ed anche cooperative) che, statutariamente, affiancano allo scopo di lucro tipico anche il perseguimento di un "beneficio comune". Tali società sono chiamate ad operare «in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse» (così l'art. 1, comma 376, l. n. 208/2015).

Non può peraltro essere omesso un riferimento al nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza (introdotto con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e poi modificato inizialmente dal d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 – c.d. «decreto correttivo», e poi ulteriormente più volte modificato, da ultimo dal decreto *insolvency* approvato dal Consiglio dei ministri del 15 giugno 2022). L'idea di una gestione "responsabile" e "prudente" pervade la nuova disciplina concorsuale al punto che, con norma entrata immediatamente in vigore (a differenza della maggior parte delle altre disposizioni la cui efficacia è stata più volte posticipata ed è – ad oggi almeno – prevista per la metà di luglio 2022), si è proceduto a modificare l'art. 2086 cod. civ. con l'introduzione di un nuovo secondo comma.

Esso prevede che «l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della



possano mettere a rischio il patrimonio dell'ente. Si può immaginare quindi che, da un lato, dovranno essere creati meccanismi interni di scelta e di valutazione e controllo di tali scelte (quindi, in sostanza, assetti adeguati [19] al tipo di impresa che si va esercitando). Dall'altra, è ipotizzabile che le modalità di gestione responsabile (o meno) attuate potranno costituire elemento per valutare il comportamento di amministratori e controllori, con una probabile maggiore severità nell'individuazione di eventuali responsabilità ad esse legate (in virtù della particolarità delle attività esercitate e degli interessi coinvolti).

Con riferimento ai soggetti che possono assumere la "qualifica" di impresa sociale, permane l'esclusione (implicita) delle persone fisiche [20] nonché quella espressa delle pubbliche amministrazioni (come individuate dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001). Compare poi una ulteriore ipotesi di soggetto a cui non è consentito assumere la qualifica di impresa sociale, vale a dire la società unipersonale il cui unico socio sia una persona fisica (art 1, comma 2) [21]. Trova conferma invece l'impossibilità di acquisire la qualifica di impresa sociale

---

crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

La rilevanza di assetti adeguati diviene quindi centrale nella gestione (almeno organizzativa) di ogni società (o ente collettivo che esercita un'attività d'impresa). Tali assetti sono funzionali a consentire, tra le altre cose, di verificare la permanenza della "continuità aziendale" e l'insorgere di eventuali sintomi di crisi. La rilevazione precoce di questi ultimi (possibile, nell'intento del legislatore, anche grazie ai c.d. meccanismi di allerta previsti negli artt. 25-*octies*, 25-*novies* e 25-*decies* del Codice della Crisi e dell'Insolvenza) dovrebbe consentire di porre rimedio tempestivo alle situazioni – fisiologiche – di possibile crisi. In definitiva, assetti e meccanismi di allerta dovrebbero consentire di realizzare una gestione, se non prudente, quanto meno responsabile, in grado di non disperdere risorse e – in definitiva – di riverberare effetti positivi sull'intero mercato (prevenendo, nel limite del possibile, crisi irreversibili che, oltre a danneggiare i creditori e i soci della singola società, possono avere ripercussioni sull'intero sistema economico).

A mio avviso la gestione responsabile prefigurata nella disciplina dell'impresa sociale può considerarsi un antecedente logico delle forme di gestione (organizzativa ed operativa) che oggi suggerisce la disciplina codicistica e del Codice della Crisi.

La domanda che ci si deve porre è se, data la natura dell'attività e gli interessi (dei potenziali beneficiari) che gravitano attorno alle imprese sociali non richiedano una gestione "maggiormente" responsabile rispetto a quella oggi imposta alle imprese lucrative.

[19] Di assetti adeguati si parla con riferimento all'organo di controllo, nell'art. 10 (richiamando le note regole di procedimentalizzazione introdotte nelle società per azioni dalla riforma del 2003 e perfezionate con le novità introdotte dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza richiamate nella nota precedente).

[20] La legge del 2006 parlava di "organizzazioni", oggi di "enti" (a mio avviso più correttamente).

[21] Accanto all'impossibilità per una società unipersonale con socio unico persona fisica di acquisire la qualifica di impresa sociale (scelta su cui potrebbe comunque sollevarsi qualche dubbio), la stessa, le amministrazioni pubbliche e «gli enti con scopo di lucro» (la terminologia lascia forse un po' a desiderare ma il senso pare chiaro: un soggetto giuridico, che svolge attività d'impresa lucrativa) non possono esercitare «attività di direzione e coordinamento o detenere, in qualsiasi forma, anche analoga, congiunta o indiretta, il controllo di un'impresa sociale ai sensi dell'art. 2359 del codice civile» (così l'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 112/2017). Su quest'ultimo aspetto, sorgono un paio di questioni: a cosa sia riferito il termine "analogo"? Si vuol fare riferimento al "controllo analogo" (tipico delle società *in-house*) oppure lo si utilizza in senso atecnico di "similare"? Il tema meriterebbe maggiore approfondimento ma una società a partecipazione pubblica (anche a controllo pubblico, quindi pure una società *in-house*) senza controllarla, potrà indubbiamente partecipare ad una impresa (societaria) sociale (in tal senso A. FICI., *L'impresa sociale: fattispecie normativa ed ipotesi applicative*, in *https://biblioteca.fondazionenotariato.it/art/impresa-sociale-fattispecie-normativa-ed-ipotesi-applicative.html*: «l'impresa sociale potrebbe innanzitutto essere utilizzata dalle pubbliche amministrazioni per realizzare forme innovative di *welfare* in *partnership* con enti privati del Terzo settore. Una di queste potrebbe essere la creazione di società miste pubblico-privato con la qualifica di "impresa sociale", cui affidare la gestione di servizi sociali. Simile scelta potrebbe interessare tanto le amministrazioni comunali quanto le aziende pubbliche di servizi alla persona (ASP) sorte per effetto di trasformazione delle IPAB. La legge, infatti, impedisce sì alle amministrazioni pubbliche di assumere la qualifica di impresa sociale (art. 1, comma 2) e di controllare un'impresa sociale (art. 4, comma 3), ma non impedisce loro di partecipare ad un'impresa sociale. Nella misura in cui, pertanto, si rispetti la disciplina sulle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175 del 2016), l'ente pubblico interessato potrebbe immaginare di affidare la gestione dei servizi sociali a società imprese sociali che abbia contribuito esso stesso a costituire assieme ad uno o più soci privati selezionati secondo la normativa vigente. Questa società mista, per poter assumere la qualifica di impresa sociale, dovrebbe ovviamente non essere controllata dal socio pubblico, bensì dal socio privato, che a sua volta potrebbe essere un ente senza scopo di lucro, un ente con scopo mutualistico oppure un ente del Terzo settore (inclusa una impresa sociale o una cooperativa sociale), ma non già un ente con scopo di lucro, perché a quest'ultimo il controllo di un'impresa sociale è impedito dall'art. 4, comma 3».



per gli «enti i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati» [22]. Sono infine espressamente escluse dall'applicazione della disciplina sull'impresa sociale le fondazioni bancarie [23].

Pertanto i principali tipi di "enti" che possono assumere la qualifica di impresa sociale sono associazioni (riconosciute e non), fondazioni, società lucrative, società pubbliche miste [24], cooperative sociali e loro consorzi [25].

In secondo luogo, dalla lettura complessiva dell'art. 4 (nonché delle norme codicistiche in materia) pare che una persona fisica (a questo punto anche un imprenditore) possa svolgere attività di direzione e coordinamento di un'impresa sociale. Sfugge allora il divieto per la società a socio unico quando quest'ultimo sia persona fisica.

[22] Quest'ultima previsione, che fa riferimento a forme di associazionismo "egoistico" o alla cooperazione, va letta congiuntamente alla previsione di cui al comma 4 del medesimo articolo 1, che prevede che cooperative sociali e loro consorzi «acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali», nonché con quanto previsto nell'art. 11, comma 5, che dichiara non applicabile l'art 11 alle «imprese sociali costituite nella forma di società cooperativa a mutualità prevalente» (di fatto in qualche modo rendendo esplicito come la restante normativa valga anche per queste ultime, se assumono la qualifica di impresa sociale).

[23] Art. 1, comma 7, d.lgs. n. 112/2017.

Per quanto riguarda gli "enti religiosi civilmente riconosciuti" si ribadisce – nella sostanza – la previsione di cui al vecchio art. 1, d.lgs. n. 155/2006.

[24] Premesso quanto detto poco sopra, in nota 21, che una società mista, pubblico-privata, possa assumere la qualifica di impresa sociale lo si può ricavare dall'art. 1, comma 6, d.lgs. n. 112/2017, a mente del quale «le disposizioni del presente decreto si applicano in quanto compatibili con il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175» (Testo Unico delle società a partecipazione pubblica). Data l'ampiezza delle attività di interesse generale che possono essere esercitate da un'impresa sociale non è da escludere che quest'ultima possa essere anche società mista, a patto che: *a)* l'attività da svolgere sia compatibile con le finalità di interesse pubblico che devono presiedere alla costituzione di una società "pubblica" (*ex* art. 4, d.lgs. n. 175/2016); *b)* che l'impresa sociale non risulti controllata da uno degli enti pubblici di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 o da enti con scopo di lucro (il dubbio è se, tra questi ultimi, si possano annoverare gli enti pubblici economici: in caso di risposta positiva un ente pubblico economico non potrà essere socio di controllo di una impresa sociale; in ogni caso, non potrà esso stesso qualificarsi impresa sociale laddove sia – come normalmente avviene – controllato da un ente pubblico non economico). Le società a controllo pubblico (e, probabilmente le società *in-house*) potranno partecipare ad un'impresa sociale (con soci privati) senza poterne esercitare però il controllo (poiché lo stesso sarebbe, indirettamente, un controllo esercitato dall'ente pubblico "proprietario" della società pubblica).

[25] Si tenga presente che l'impresa sociale è comunque inserita tra gli enti del terzo settore e soggiace, quando compatibili e quando non sia espressamente escluso dalle norme stesse, alle previsioni del Codice del Terzo settore. L'art. 4 del Codice elenca le tipologie "enti" del terzo settore. Non possono essere tali (al di là degli enti espressamente esclusi dal comma 2) tutte quelle organizzazioni che perseguano uno scopo di lucro. Solo acquisendo la qualifica di impresa sociale l'ente privato che, perseguendo finalità "civiche, solidaristiche e di utilità sociale", svolga un'attività di produzione o scambio di beni e servizi potrà perseguire un "lucro limitato" (nei termini che illustreremo tra breve). In tal modo, le società lucrative "sociali" diventano enti del terzo settore; le cooperative sociali sono enti del terzo settore (acquisendo di diritto la qualifica di impresa sociale); le associazioni e fondazioni possono essere enti del terzo settore (se non perseguono obiettivi egoistici) oppure imprese sociali (in tal modo possono svolgere un'attività d'impresa). Il fatto che un ente a finalità ideali possa anche svolgere un'attività d'impresa per il raggiungimento dei suddetti fini, anche al di fuori del terzo settore, è ormai un dato acquisito (in tal senso la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di legittimità) che trova conferma proprio nella nuova disciplina contenuta nel Codice del terzo settore. Numerosi sono infatti i riferimenti ad enti (del terzo settore) che «esercitano la propria attività (...) in forma di impresa commerciale» (ad es. artt. 11 e 13 del Codice; oppure, a contrario, gli artt. 77 e 79 del Codice dove si disciplinano aspetti relativi ad enti «non commerciali» o che svolgono «attività non commerciale») e che non sono "imprese sociali".

Infine, possiamo domandarci se un ente non societario (quindi, fondamentalmente, una associazione – riconosciuta e non – e una fondazione) possa dar vita ad un'impresa sociale pur non essendo esso un "ente del terzo settore". Se la risposta fosse positiva (e, in base ad una prima superficiale analisi, potrebbe esserlo) ci troveremo ad avere imprese sociali che sono regolamentate dalla disciplina organizzativa di associazioni e fondazioni di cui al Codice del Terzo settore ed altre che invece vengono regolamentate dalla disciplina codicistica di riferimento. Ciò può comportare delle notevoli differenze (pur non potendo approfondire le novità introdotte dal Codice del Terzo settore in tema di associazioni e fondazioni "del terzo settore", queste si avvicinano molto ad una regolamentazione della *governance* che è propria delle società).

Un'ultima annotazione riferita alle ONLUS: possono assumere la qualifica di "impresa sociale"? Dalla lettura congiunta delle previsioni di cui all'art. 89, comma 7, e 82, comma 1, del Codice del Terso settore, parrebbe evincersi che la disciplina normativa



Il legislatore della riforma, introduce il concetto di «attività d'impresa di interesse generale» [26] (qualificante l'impresa sociale), concetto che viene esplicitato nell'art. 2 del d.lgs. n. 112/2017. Per quanto detto sopra, il nuovo articolo 2 si differenzia dall'omologo di cui al d.lgs. n. 155/2006, che era riferito alla definizione di «utilità sociale» ed elencava i «beni o servizi di utilità sociale» (cioè quelli «prodotti o scambiati» nei settori di cui all'elenco stesso).

Abbiamo detto come l'utilità sociale, oggi, diventa una delle finalità da perseguire attraverso l'attività d'impresa "di interesse generale". Questa costituisce il nuovo nucleo essenziale dell'impresa sociale e su di essa si appunta l'attenzione del legislatore del 2017.

L'*incipit* dell'articolo ribadisce nella sostanza quanto già affermato nel primo comma dell'art. 1, cioè che l'impresa sociale esercita in via stabile e principale *una o più* attività d'impresa di interesse generale per perseguire finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Ciò, da un lato, conferisce una particolare solennità al carattere qualificante la fattispecie in oggetto. D'altra parte il legislatore ci suggerisce come l'impresa sociale possa anche esercitare una o più attività di interesse generale.

Queste ultime sono le attività di impresa che hanno ad oggetto la lunga elencazione di cui alle lett. da a) a v) [27]. Al fine di non appesantire eccessivamente la trattazione si rimanda alla lettura dell'articolo e si segnalano solamente quelle attività che non comparivano nel previgente art. 2, d.lgs. n. 155/2006, vale a dire:

– interventi, servizi e prestazioni di cui alle l. n. 104/1992 [28] e n. 112/2016 [29] (in materia di soggetti disabili [30]);

– attività culturali di interesse sociale con finalità educativa [31];

– tutti gli interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione «accorta e razionale» delle risorse naturali [32];

– attività prima non previste quali ricerca scientifica di particolare interesse sociale (lett. *h)*); organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale (lett. *i)*) [33]; radiodiffusione sonora a carattere comunitario (lett. *j)*) [34]; organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse socia-

---

delle ONLUS (avente ad oggetto fondamentalmente agevolazioni di natura fiscale) sia applicabile agli enti del terzo settore, "comprese le cooperative sociali ed escluse le imprese sociali costituite in forma di società". Quindi, detto altrimenti, una impresa sociale non avente la forma societaria potrà vedersi applicata la disciplina propria delle ONLUS (in quanto compatibile).

[26] Non casualmente il termine è rinvenibile anche nell'art. 118 Cost. («Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»).

[27] Precisa la norma, «se svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio». A significare che, in ogni caso, l'impresa sociale che operi in uno dei settori elencati e svolga una delle particolari attività indicate dovrà comunque rispettare le specifiche discipline di settore.

[28] «Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate».

[29] «Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare».

[30] Aggiunto, nella lett. *a)*, alla voce servizi sociali.

[31] Aggiunto, nella lett. *d)*, delle attività educative.

[32] Si tratta della ri-definizione (ed ampliamento) della lett. *e)*, relativa alla tutela dell'ambiente. Si può ritenere che l'impresa sociale possa pertanto avere un ruolo importante nella c.d. "*circular economy*" e nella sua implementazione, che costituisce uno dei più importanti obiettivi che si pone di raggiungere nei prossimi anni l'Unione Europea.

[33] In esse la norma ricomprende attività editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato.

[34] Di cui all'art. 16, comma 5, l. 6 agosto 1990, n. 223 (riferito alla radiodiffusione sonora caratterizzata dall'assenza dello scopo di lucro ed esercitata da fondazioni, associazioni riconosciute e non riconosciute che siano espressione di particolari istanze culturali, etniche, politiche e religiose, nonché società cooperative costituite ai sensi dell'articolo 2511 del Codice civile, che abbiano per oggetto sociale la realizzazione di un servizio di radiodiffusione sonora a carattere culturale, etnico, politico e religioso, e che prevedano nello statuto le clausole di cui alle lettere a), b), e c), dell'articolo 26 del d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, ratificato, con modificazioni, della l. 2 aprile 1951, n. 302).



le, culturale o religioso (lett. *k)*)[35]; attività di prevenzione del bullismo e di contrasto della povertà educativa (lett. *l)*)[36]; attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione nell'ambito o a favore di filiere di commercio equo e solidale[37] (lett. *o)*); servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori molto svantaggiati e persone svantaggiate o con disabilità (lett. *p)*); alloggio sociale e ogni altra attività di carattere residenziale temporaneo volta a soddisfare bisogni sociali, sanitari, culturali, formativi o lavorativi (lett. *q)*)[38]; accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti (lett. *r)*); microcredito (lett. *s)*); agricoltura sociale (lett. *t)*)[39]; organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche (lett. *u)*); riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata (lett. *v)*)[40].

Si nota quindi il deciso ampliamento delle tipologie di attività[41] che, in quanto di interesse generale, possono essere esercitate dall'impresa sociale la quale può fare decisamente "molto" di quanto sino a poco tempo fa era chiamato a fare lo Stato (sociale)[42].

Ma le previsioni in tema non si esauriscono qui. Infatti, da un lato si prevede espressamente la possibilità di aggiornare, periodicamente, la lista delle attività di interesse generale (attraverso decreto del Presidente del Consiglio dei ministri; art. 2, comma 2).

Poi si conferma l'interpretazione del concetto di "principalità" che, in una con quello di stabilità[43], caratterizza l'impresa sociale. Come nella disciplina previgente, il comma 3 ritiene svolta in via principale l'attività d'impresa (di interesse generale) quando i relativi ricavi sono «superiori al settanta per cento dei ricavi complessivi dell'impresa sociale». La definizione dei criteri di computo è demandata ad un apposito decreto ministeriale poiché, data la formulazione della norma, non pareva potersi ritenere ancora applicabile il "vecchio" D.M. 24 gennaio 2008. In data 22 giugno 2021 è stato quindi emanato un apposito decreto del Ministero dello sviluppo economico in cui sono stati fissati (art. 2) i «criteri di computo dei ricavi dell'impresa

---

[35] Viene meno il previgente richiamo al "turismo sociale" di cui all'art. 7, comma 10, l. n. 135/2001, realizzandosi di fatto un ampliamento della categoria di attività ammesse.

[36] Si amplia in tal senso la previsione della precedente lettera omologa, relativa alla formazione extrascolastica.

[37] Il legislatore si preoccupa di definire che cosa si intenda per commercio equo e solidale.

[38] Potrebbe essere interessante approfondire come si coordini questa previsione con quella, relativa alle agevolazioni di natura fiscale, di cui all'art 82, commi 4 e 6, del Codice del Terzo settore (che, in parte, non paiono applicabili alle imprese sociali).

[39] Per tale intendendosi quella definita nell'art. 2 della l. 18 agosto 2015, n. 141. Si noti, senza poter approfondire altre questioni, come l'imprenditore agricolo sociale (di cui alla legge appena citata) non si sovrappone e confonde con l'impresa sociale in campo agricolo, se non altro per il fatto che il primo è imprenditore vero e proprio (*ex* art. 2135 cod. civ.) che, in via di connessione (art. 1, comma 3, della legge) svolge "anche" una attività di natura sociale (quelle indicate nel comma 1). Proprio per tale ragione l'imprenditore agricolo sociale può anche essere persona fisica. In tema si rinvia a G. RIOLFO, *L'impresa agricola "sociale" e l'impresa sociale "in agricoltura": analogie e punti di contatto tra due fattispecie sostanzialmente diverse*, in *Dir. agr.*, 1/2019, 39 ss.

[40] Si vedano anche le previsioni di cui al comma 3, dell'art. 71, Codice del Terzo settore.

[41] Anche il Codice del Terzo settore contiene una elencazione delle "attività di interesse generale" che possono essere esercitate dagli enti del terzo settore, «diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali». La maggior parte delle attività sono esattamente le stesse (manca il microcredito mentre vi sono ulteriori attività non presenti nella disciplina dell'impresa sociale: si veda l'art. 5, comma 1, lett. da *u)* a *y)*).

[42] La dottrina economica da anni sostiene come il terzo settore, e l'impresa sociale in particolare, in un futuro non troppo lontano dovrebbe essere destinata a sostituirsi allo Stato nella produzione o scambio di beni di natura sociale. Di qui l'importanza fondamentale del compiuto sviluppo di questa tipologia di impresa.

[43] Da intendersi come non occasionalità dell'attività esercitata (che, nella definizione di imprenditore, rientra nel requisito della professionalità).



sociale» [44]. A di là del permanere dei dubbi, già sollevati in passato dalla dottrina [45], in merito all'efficacia di tale criterio nell'individuare l'attività prevalente, è evidente come l'impresa sociale possa svolgere "anche" un'attività d'impresa vera e propria accanto a quella di interesse generale (che deve essere prevalente ma non esclusiva).

Infine si conferma la previsione per cui, a prescindere dall'attività esercitata (quindi, «indipendentemente dal suo oggetto» [46], che potrà non rientrare una delle lettere di cui al comma 1), è considerata attività di interesse generale l'impresa che operi – pur sempre per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale [47] – avendo una parte dei dipendenti che sono lavoratori molto svantaggiati o persone svantaggiate o con disabilità, persone beneficiarie di protezione internazionale (come definite dal d.lgs. n. 251/2007) e persone senza fissa dimora (iscritte nel registro previsto dall'art. 2, comma 4, l. n. 1228/1954) che, per le condizioni di povertà in cui versano, non riescano a reperire e mantenere in autonomia una abitazione [48].

In definitiva, si nota come vi sia stato un deciso ampliamento degli ambiti di intervento delle imprese sociali. Oggi più di un tempo occorre domandarsi se, ed in quali termini, si possano porre questioni di tutela della concorrenza tra imprese del terzo settore e tra imprese ordinarie ed imprese del terzo settore [49].

---

[44] Si tratta, appunto, del d.m. 22 giugno 2021, «Computo dei ricavi dell'impresa sociale in attuazione dell'articolo 2, comma 3, del d.lgs.3 luglio 2017, n. 112. (21A05117)», pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 203 del 25 agosto 2021.

In particolare, l'art. 2 stabilisce: «Ai fini del computo della percentuale di cui all'art. 2, comma 3, del d.lgs.3 luglio 2017, n. 112, sono considerati al numeratore del rapporto, per ciascun anno di esercizio, esclusivamente i ricavi direttamente generati dal complesso delle attività d'impresa di interesse generale, come definite dall'art. 2, comma 1, del medesimo d.lgs.3 luglio 2017, n. 112. Ai fini del computo della percentuale di cui al comma 1, non sono considerati né al numeratore né al denominatore del rapporto i ricavi relativi a: a) proventi da rendite finanziarie o immobiliari; b) plusvalenze di tipo finanziario o patrimoniale; c) sopravvenienze attive; d) contratti o convenzioni con società' o enti controllati dall'impresa sociale o controllanti la medesima. Nell'ipotesi in cui i ricavi non risultino chiaramente attribuibili alle attività d'impresa di interesse generale ovvero alle attività da queste diverse, l'attribuzione degli importi è effettuata in base alla media annua del numero di lavoratori impiegati in ciascuna delle due categorie di attività, calcolati per teste».

[45] Si vedano alcuni riferimenti, per es., in R. MENDOLA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario al decreto sull'impresa sociale*, a cura di A. FICI, D. GALLETTI, Giappichelli, Torino, 2007, 36; nonché D. GALLETTI, *Commento all'art. 1*, *ivi*, 5 ss.

[46] Secondo la formulazione dell'art. 2, comma 4, d.lgs. n. 112/2017.

[47] Questa disposizione dimostra come i concetti di "attività d'impresa di interesse generale" e di "finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" siano diversi e non necessariamente sovrapponibili. Nel caso di specie abbiamo un'attività che non è di interesse generale (perché non rientra nell'elencazione della legge) ma che viene però esercitata per una delle finalità dette. La vera questione è: al di là di espresse previsioni normative, possiamo avere un'impresa sociale in cui manchi uno dei due caratteri (cioè l'interesse generale o le finalità "sociali")? Nell'ambito di una delle attività di interesse generale potrebbe operare anche un'impresa che sociale non è (non perseguendo una delle finalità sociali indicate ma il lucro), che lo dovrà poter fare in regime di concorrenza con le imprese sociali vere e proprie. D'altra parte, nessuno impedisce ad una impresa che abbia finalità "sociali" di operare in un settore non qualificato (dalla legge) come di interesse generale e di farlo non per perseguire un lucro. Ma se tale argomentare fosse corretto dovremmo concludere che impresa sociale (in senso proprio) è solo quella in cui entrambi i requisiti sono presenti.

Un'altra eccezione, prevista però dal legislatore, potrebbe essere costituita dalle attività di cui alla lett. *m)*, dell'art. 2: riprendendo la previsione già vigente si considerano di interesse generale i «servizi strumentali alle imprese sociali o ad altri enti del terzo settore». Tali servizi, a mio avviso, non necessariamente devono essere svolti per finalità "sociali", potendo essere posti in essere per meri fini di lucro. Probabilmente per evitare ciò il legislatore richiede allora che tali servizi siano «resi da enti composti in misura non inferiore al settanta per cento da imprese sociali o da altri enti del terzo settore».

[48] Così il comma 4 dell'art. 1. Il comma 5 specifica poi come al fine del computo dei lavoratori di cui al comma 4 il numero delle persone assunte, rientranti nelle dette categorie, non possa essere «inferiore al trenta per cento dei lavoratori» complessivamente impiegati. Nella specie poi si specifica ancora come i lavoratori «molto svantaggiati» (come descritti nell'art. 2, n. 99*)*, Reg. UE n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014) non possano "contare" per più di un terzo e «per più di ventiquattro mesi dall'assunzione» (quest'ultimo inciso è stato aggiunto dall'art. 2 del d.lgs. 20 luglio 2018, n. 95, Disposizioni integrative e correttive del d.lgs.3 luglio 2017, n. 112, recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, della l. 6 giugno 2016, n. 106).

La situazione di questi lavoratori "deve essere attestata" secondo quanto previsto dalla normativa vigente.

[49] Oltre a quanto già osservato in una precedente nota, si deve considerare come il Codice degli Appalti (d.lgs. n. 50/2016) preve-



3. – Un secondo aspetto di reale novità è la parziale deroga al divieto assoluto, prima invece granitico, di perseguire un parziale lucro anche nell'impresa sociale.

Il nuovo art. 3, comma 1, conferma che gli utili eventuali e gli avanzi di gestione sono destinati «all'attività statutaria o ad incremento del patrimonio», ciò salvo l'eccezione di cui al comma 3 (su cui torneremo subito appresso).

Al fine di realizzare tale obiettivo la legge vieta la distribuzione (diretta o indiretta) dei suddetti utili ed avanzi di gestione, di fondi e riserve in qualunque modo denominate, a fondatori [50], soci o associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali [51]. Tale divieto vale anche nel caso di recesso, esclusione o, con riferimento agli eredi del soggetto defunto, morte: quindi ogni ipotesi di scioglimento del singolo vincolo sociale (o meglio, associativo) non attribuisce il diritto al rimborso delle somme conferite.

Con riferimento alle ipotesi di scioglimento anticipato del singolo rapporto sociale la legge, per le imprese sociali che abbiano la forma di uno dei tipi di società lucrative, ammette che la possibilità di rimborsare al socio «il capitale effettivamente versato ed eventualmente rivalutato [52] o aumentato» nei limiti previsti dal successivo comma 3 [53].

Quest'ultimo comma 3 diviene quindi centrale per comprendere in quale modo si ammette la realizzazione di un parziale fine di lucro (soggettivo) nelle imprese sociali a forma societaria. Ecco allora che in quest'ultima tipologia è possibile decidere (comma 3. lett. *a)*) di destinare «una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti» [54] per:

---

da una sezione speciale per l'affidamento di appalti nei settori c.d. "speciali" (si tratta del Titolo VI, Capo I, Sezione IV, Capo II – servizi sociali – e Capo III – settore dei beni culturali). Ciò evidenzia come si tratti di settori in cui l'evidenza pubblica è necessaria, a tutela della concorrenza. Inoltre, pur non essendo questa la sede per poter approfondire la tematica, è possibile che la PA possa riservare il diritto di partecipare a procedure di aggiudicazione di particolari servizi sanitari, sociali e culturali (ivi compresi i servizi sportivi) a organizzazioni che abbiano «come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione» di detti servizi; i cui profitti siano «reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative»; «le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione» devono basarsi «su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati» (art. 143, commi 1 e 2, Codice Appalti). Pare abbastanza esplicito il riferimento all'impresa sociale (o quanto meno ad enti del terzo settore).

[50] Categoria non presente nel previgente art. 3, comma 2, d.lgs. n. 155/2006, ma ricavabile comunque dalla categoria dei "soci". Certo oggi la previsione chiarisce meglio l'ambito soggettivo del divieto.

[51] Tali previsioni trovano corrispondenza nel disposto dell'art. 8, comma 2, Codice del Terzo settore.

Si noti che l'art. 3 del d.lgs. n. 95/2018 (il Correttivo richiamato nelle note precedenti) ha aggiunto un comma 2-*bis* all'art. del d.lgs. n. 112/2017 a mente del quale «Ai fini di cui ai commi 1 e 2, non si considera distribuzione, neanche indiretta, di utili ed avanzi di gestione la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale di cui all'articolo 2, effettuata ai sensi dell'art. 2545-*sexies* del codice civile e nel rispetto di condizioni e limiti stabiliti dalla legge o dallo statuto, da imprese sociali costituite in forma di società cooperativa, a condizione che lo statuto o l'atto costitutivo indichi i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica».

[52] Ad essere sinceri sfugge, salvo più approfondite riflessioni, a cosa possa riferirsi il legislatore quando parla di «capitale rivalutato». Come si dirà appresso nel testo, la quota di utile o di avanzo di gestione per così dire "disponibile", se non viene distribuita, può essere utilizzata per un aumento gratuito di capitale. Il che non pare costituire una "rivalutazione", che tecnicamente costituisce cosa ben diversa (in materia di società di capitali si ammette la rivalutazione di alcuni asset aziendali ed il maggior valore dichiarato a bilancio consente di costituire una "riserva di rivalutazione", disponibile, a cui eventualmente poter ricorrere per copertura di perdite o per aumentare il capitale gratuitamente).

[53] Rispetto a quanto avviene, ad esempio, nelle cooperative (art. 2535 cod. civ.) il socio non pare aver diritto alla restituzione di eventuali altre somme versate (come il sovraprezzo).

[54] A prima vista la precisazione secondo cui si devono detrarre, dalla quota di utili o avanzi di gestione, le perdite pregresse pare



1) l'aumento gratuito del capitale (sottoscritto e versato dai soci [55]). Tale aumento gratuito non può essere superiore alla variazione «dell'indice nazionale generale annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati», calcolato dall'ISTAT. Si noti come tale variazione percentuale, che costituisce un limite all'aumento gratuito, è quella che si è avuta nell'esercizio sociale in cui sono «sono stati prodotti» gli utili o gli avanzi di gestione che vengono utilizzati (non quello in cui si decide di utilizzare tali fondi per aumentare il capitale) [56];

2) la distribuzione di utili ai soci, da realizzarsi attraverso la distribuzione di somme di denaro (in proporzione alle quote o azioni già detenute [57]), oppure mediante aumento gratuito di capitale [58] o, ancora, attraverso l'emissione di strumenti finanziari. Il parametro di riferimento (vale a dire il limite massimo per realizzare tale distribuzione) è esattamente quello già previsto dal codice civile in relazione alle cooperative a mutualità prevalente (art. 2514, comma 1, lett. *a)*): posto sempre che si possono utilizzare meno del 50% degli utili o avanzi di gestione, la «distribuzione» [59] non può superare l'interesse «massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato».

Secondo la lett. *b)* del comma 3, è poi possibile (a mio avviso per ogni impresa sociale, quindi anche per quelle costituite in forma societaria di cui alla lett. *a)*) utilizzare meno della metà degli utili o degli avanzi di gestione per «erogazioni gratuite in favore di enti del Terzo settore diversi dalle imprese sociali, che non siano fondatori, associati, soci dell'impresa sociale o società da queste controllate». Tali erogazioni devono essere finalizzate a finanziare la «promozione di specifici progetti di utilità sociale». Questa ipotesi non costituisce l'esplicitazione di una forma di lucratività attenuata; ricorda un po' la c.d. "mutualità esterna" che può essere perseguita dalle cooperative e che, in riferimento alle imprese sociali, può voler significare un ulteriore ampliamento delle possibili aree di intervento dell'ente [60].

---

avere poco senso. La disciplina codicistica delle società (almeno per quelle di capitali) pare chiara nell'imporre ai redattori del bilancio di indicare (nello stato patrimoniale, alla voce "passivo", lett. A), art. 2424, comma 2, cod. civ.) utili o perdite "portati a nuovo". Vale a dire che l'utile ci sarà nel momento in cui l'attivo è positivo, quindi il passivo (in cui, tra le altre poste, figurano appunto le perdite degli esercizi precedenti non coperte) è inferiore. Se poi si volesse affermare che le perdite (degli esercizi precedenti) sono quelle che hanno ridotto il capitale, non si potrebbe nemmeno procedere ad una distribuzione di utili (art. 2433, comma 3, cod. civ.).

Vero è che l'impresa sociale potrebbe essere una società di persone: in questo caso la disciplina appare meno stringente, anche se permane il divieto di distribuzione per utili che non siano stati effettivamente conseguiti o se vi siano perdite che intaccano il capitale sociale (art. 2303, cod. civ.; a contrario, rispetto a quanto previsto nell'art. 2321 cod. civ., si può ritenere che il socio che ha percepito utili non effettivamente prodotti debba restituirli).

Qualunque sia la forma organizzativa dell'impresa sociale (quindi anche ente non societario), l'art. 9 del d.lgs. n. 112/2017 impone la redazione del bilancio secondo le previsioni di cui all'art. 2423 ss. cod. civ.

[55] Si dovrebbe dedurre che, qualora il capitale sociale non sia ancora stato interamente versato, non possa procedersi ad aumento. Regola per altro già vigente per le società per azioni (art. 2438 cod. civ.) e che, nell'impresa sociale che adotti la forma societaria, pare diventare regola generale.

[56] Ad una prima analisi il meccanismo pare abbastanza macchinoso.

[57] Oppure alla partecipazione ad utili e perdite come stabilita nell'atto costitutivo (per le società di persone). Senza contare che nelle società per azioni sarà possibile creare particolari categorie di azioni (a cui possano essere legati, in maniera diversa rispetto alle azioni ordinarie, i diritti patrimoniali: art. 2348 ss., cod. civ.) oppure, nella società a responsabilità limitata, diritti particolari per alcuni soci riguardanti la distribuzione degli utili (*ex* art. 2468, comma 3, cod. civ.).

[58] Risulta poco chiaro perché si ripeta la prima parte del comma 3, lett. a): salvo che per il valore di riferimento (interesse massimo dei buoni fruttiferi postali, aumentato di due punti e mezzo), l'operazione è esattamente la stessa (utilizzo di utili o avanzi di gestione per emettere nuove azioni o quote da assegnare proporzionalmente ai già soci).

[59] Considerata tale dalla legge anche se concretamente si aumenta gratuitamente il capitale o si attribuiscono strumenti finanziari.

[60] Non solo sarà possibile perseguire una o più delle finalità di interesse generale, espressamente indicate nell'oggetto sociale della società, ma altresì altri progetti "di utilità sociale", di volta in volta individuati e ritenuti meritevoli, sulla base di una scelta discrezionale (anche se la legge non indica chi possa operare tale scelta: i soci? Gli amministratori? La prima opzione potrebbe avere più senso, trattandosi comunque di impiego di una quota di utili).



Tornando alle previsioni del comma 2, in parte conformandosi a quanto già previsto del previgente articolo 3 ma ampliandone la casistica, la legge indica le ipotesi in cui determinate operazioni o accordi costituiscono indiretta distribuzione di utili (vietata, se non nel caso e nei limiti di quanto abbiamo appena visto). Si tratta di:

– versamento di compensi individuali [61] ad amministratori, sindaci e a «chiunque» rivesta cariche sociali, che non siano «proporzionati» all'attività svolta, alle responsabilità assunte a alle specifiche competenze, o «comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni» [62] (lett. *a)*);

– versamento di retribuzioni, a lavoratori subordinati o autonomi, superiori del 40% rispetto a quelli previsti (con riferimento alle medesime qualifiche) nei «contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria» [63]. A parte il fatto che poco comprensibile appare il riferimento ai "lavoratori autonomi" per l'applicazione della percentuale di incremento, diversamente che dalla norma previgente è oggi possibile derogare alla regola di base (quindi, in altri termini, pagare di più senza ricadere nel divieto di distribuzione indiretta di utili) per «comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle» sole attività di interesse generale relative ad interventi e prestazioni sanitarie, formazione universitaria e post-universitaria nonché ricerca scientifica di particolare interesse sociale [64] (lett. *b)*);

– il riconoscimento di una "remunerazione" a strumenti finanziari diversi dalle azioni o quote [65], e a soggetti diversi da banche e intermediari finanziari autorizzati [66], superiore a due punti in più del limite massimo

---

[61] Si dovrebbe approfondire il senso che il termine "individuali" può avere nel contesto della disposizione (tendenzialmente le voci di compenso per amministratori, sindaci, dirigenti e simili, sono sempre individuali). Vuole forse dirci il legislatore che non rientrano in tale previsione altre possibili forme di remunerazione, magari variabili e legate all'andamento della società? Ma la domanda che dovremmo porci è se tali altre forme di compenso (normalmente presenti nelle società di grandi dimensioni) siano da ritenere ammissibili in questa sede.

[62] Il "vecchio" articolo 3 prevedeva che fosse distribuzione indiretta di utili corrispondere agli amministratori (nessun riferimento vi era ad «altre» cariche sociali o alla partecipazione ad altri organi) compensi maggiori rispetto a quelli percepiti da amministratori di aziende operanti negli stessi settori e alle stesse condizioni, o in settori o condizioni analoghe. L'unica deroga era costituita dalla necessità (comprovata, quindi giustificata e motivata) di avere persone aventi specifiche competenze. Anche in tal caso, l'incremento non poteva essere superiore al 20%.

Oggi, a parte la vaghezza del parametro di riferimento (la proporzionalità del compenso rispetto all'attività, alle responsabilità e alle specifiche competenze), pare che in ogni caso non si possa comunque mai superare la soglia compensi di aziende simili. Ritengo che si tratti di previsione foriera di notevoli problemi: quali imprese potranno costituire un riferimento? Solo altre imprese sociali oppure anche imprese tradizionali che (non è da escludere) operino nel Terzo settore? In ogni caso si riproporrà il dubbio, già avanzato da alcuni con riferimento alle imprese pubbliche, che il "*salary cap*" possa tenere lontano i soggetti più qualificati ed esperti (soprattutto laddove vi siano situazioni particolarmente complesse, dal punto di vista gestionale, da affrontare e risolvere).

[63] Si tratta delle previsioni di cui all'art. 51, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

[64] Salvo il problema degli autonomi (si pensi a consulenti o professionisti che possano essere ingaggiati dall'impresa sociale), che normalmente non hanno un contratto collettivo che li raggruppi, nel caso dei lavoratori subordinati il legislatore fissa una percentuale massima di scostamento (il che, pur costituendo una rigidità, potrebbe essere funzionale ad evitare favoritismi ed abusi), aprendo poi però la possibilità di derogarvi (seppur in alcuni limitati settori) attraverso un parametro vago.

[65] Per la remunerazione dei quali vale la previsione del comma 3, lett. a), seconda parte dell'articolo in commento.

[66] Per banche intermediari finanziari che sottoscrivano strumenti finanziari "diversi", la remunerazione pare libera e non condizionata da limiti, non realizzandosi quindi distribuzione indiretta di utili quando il sottoscrittore sia, appunto, una banca o un intermediario finanziario. Tale lettura parrebbe confermata anche dalla successiva lett. f), come diremo subito appresso.



relativo alla distribuzione di dividendi (lett. *c)*). Il che pare voler significare che la sottoscrizione di strumenti finanziari (anche partecipativi [67]) consente di ottenere una remunerazione della somma impiegata maggiore rispetto a quella riconoscibile ai soci a titolo di dividendo [68];

– acquisto di beni o servizi per corrispettivi «superiori al loro valore normale», salvo che non vi siano «valide ragioni economiche» che giustifichino il pagamento di un prezzo maggiore [69] (lett. *d)*);

– cessione di beni o prestazione di servizi (quindi, quelli prodotti o scambiati dall'impresa sociale) a condizioni più favorevoli «di quelle di mercato» [70] a favore di tutta una serie di soggetti che possano in qualche modo trarre da rapporti, patrimoniali o personali in essere con l'impresa stessa (ed esclusivamente in ragione di tali qualità, quindi non se si tratti di soggetti che sono "anche" beneficiari, o utenti), un indebito vantaggio rispetto ai beneficiari o utenti delle prestazioni oggetto dell'attività d'impresa [71]. Si potrà forse ritenere quindi che, ad es., un socio e utente possa beneficiare di un prezzo di favore (ma come praticato agli utenti o beneficiari in genere). Ciò salvo che «tali cessioni o prestazioni» – in favore dei soci, associati e partecipanti almeno – «non costituiscano l'oggetto dell'attività di interesse generale» di cui al precedente articolo 2 [72] (lett. *e)*);

– corresponsione di interessi passivi superiori a 4 punti rispetto al «tasso annuo di riferimento» [73], se il prestito (di ogni specie [74]) è concesso da soggetti diversi da banche o intermediari finanziari autorizzati [75] (lett. *f)*).

Si dovrà verificare se, ed in quali termini, la parziale remunerazione del capitale investito dai soci nel-

---

[67] Previsti dall'art. 2346, ultimo comma, cod. civ. Si tratta di una categoria più ampia rispetto agli strumenti finanziari emettibili da società quotate (e di cui all'art. 1, comma 2, TUF) e si può ritenere che principalmente ad essi faccia riferimento il legislatore delle imprese sociali.

[68] Anche se la questione merita maggior approfondimento, pare potersi sostenere che qualunque impresa sociale (quindi anche avente forma non societaria) possa emettere particolari strumenti finanziari. Infatti, l'art. 15, comma 8, del d.lgs. 112/2017, prevede alcune modifiche al TUF (d.lgs. n. 58/1998, in particolare agli artt. 1, comma 5-*novies*, 50-*quinquies* e 100-*ter*) in modo da consentire anche alle suddette imprese sociali di ricorrere a «portali per la raccolta di capitali» (già ammessi per le *start-up* innovative e per PMI).

[69] Ancora una volta il criterio appare vago: quale sia un prezzo/valore "normale" di un servizio è difficile da definire. Si dovrà fare riferimento agli usi o alle pratiche commerciali del settore di riferimento. Peggio ancora per quanto riguarda l'acquisto di "beni" (senza distinzione tra mobili o immobili, quanto meno): i beni potranno avere un valore di mercato, oppure un valore di acquisto storico, o altro. Quale sarà il «valore normale»?

[70] Possiamo porci una domanda: dati i particolari settori di operatività dell'impresa sociale, gli interessi e le particolari finalità perseguite, potrebbe darsi che non via sia un "mercato" in senso tecnico per i servizi resi o i beni scambiati dall'impresa? Se la risposta fosse si, diventerebbe difficile applicare la previsione in commento.

[71] La norma fa riferimento a: soci; associati o partecipanti; fondatori; componenti degli organi amministrativi e di controllo; coloro che a qualsiasi titolo operino per l'organizzazione o ne facciano parte; coloro che effettuano erogazioni liberali a favore dell'ente o ai loro parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo; società direttamente o indirettamente controllate da (o collegate con) i soggetti sopra elencati.

[72] Il riferimento potrebbe essere alle cooperative sociali, che sono di diritto impresa sociale (ma ciò è previsto dall'art. 1). Si tratta di prefigurarsi attività di interesse generale (di cui all'art. 2) che abbiano ad oggetto la prestazione di beni o servizi anche a favore dei propri soci, associati o partecipanti.

[73] Limite aggiornabile con decreto del Ministro del lavoro adottato di concerto con il Ministro dell'economia.

[74] Ma, presumibilmente, non rappresentato da strumenti finanziari in quanto regolato dalla lett. c), del comma 2, dell'articolo in commento.

[75] Non è chiaro a quale tasso annuo di riferimento pensi il legislatore. Conosciamo nel nostro ordinamento diversi parametri a cui si legano gli interessi (quanto meno bancari). Potrebbe essere che il legislatore intenda il c.d. Tasso Ufficiale di Riferimento, che è oggi determinato dalla BCE. Resta comunque il dubbio.

Si noti che laddove i prestiti siano stati concessi da banche o intermediari finanziari, come pare avvenire per la sottoscrizione di strumenti finanziari diversi da azioni o quote (lett. c)), non dovrebbero esserci limiti, non incorrendosi (mai?) in distribuzione indiretta di utili.



l'impresa sociale in forma societaria renda oggi la stessa una forma di impresa "attraente". Si dovrà anche valutare se il meccanismo prefigurato dal legislatore del 2017 consenta la "finanziabilità" della suddetta impresa sociale: si tratta di uno dei principali problemi emersi in sede di applicazione della prima disciplina (quella portata dal d.lgs. n. 155/2006). Si noti come la riforma ammetta sia la parziale remunerazione del capitale investito dai soci (a cui verrà anche restituito in caso di scioglimento del singolo rapporto sociale ma anche in caso di scioglimento volontario dell'ente o di perdita volontaria della qualifica di impresa sociale [76]) e anche la remunerazione (in misura anche maggiore) per i sottoscrittori di strumenti finanziari "diversi". Come si è avuto modo di sottolineare, da tale divieto di distribuzione "indiretta" (e a maggior ragione quella "diretta") viene esclusa la distribuzione di utili ed avanzi di gestione secondo il meccanismo dei ristorni proprio delle società cooperative, se correlati ad attività di interesse generale di cui all'articolo 2, effettuata ai sensi dell'art. 2545-*sexies* del codice civile e nel rispetto di condizioni e limiti stabiliti dalla legge o dallo statuto. La condizione per effettuare legittimamente tali forme di distribuzione è che lo statuto o l'atto costitutivo indichino i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica.

Si può pertanto ritenere che, quantomeno laddove la forma assunta sia quella della società per azioni, potranno essere emesse particolari categorie di azioni, obbligazioni ed altri strumenti finanziari a cui riconoscere, in misura diversa, un rendimento [77].

Va infine segnalato come il legislatore ammetta, per gli enti del terzo settore «dotati di personalità giuridica ed iscritti nel registro delle imprese» [78], quindi le imprese sociali ma non solo, di poter ricorrere all'istituto del patrimonio destinato ad uno specifico affare (*ex* art 2447-*bis* e ss. cod. civ.). In tal senso l'art. 10, Codice del Terzo settore.

Da un punto di vista più generale, nell'ambito del *non-profit*, lo strumento dei patrimoni destinati diventa utilizzabile da qualunque ente che abbia personalità giuridica, estendendosi dall'ambito codicistico proprio (le società per azioni) ad ogni tipo di società, alle associazioni riconosciute, alle cooperative sociali. Si dovranno attentamente approfondire le modalità e le finalità di costituzione e l'effettiva funzionalità dello strumento nell'ambito specifico del Terzo settore [79].

4. – Pare ora necessario soffermarsi, seppur brevemente, sulle questioni legate agli assetti proprietari e alla *governance* dell'impresa sociale. E ciò in particolare per comprendere con quali meccanismi si possa attuare il coinvolgimento di lavoratori, utenti, beneficiari ed altri interessati all'attività di tale impresa, che –

[76] In tal senso l'art. 12, comma 5, d.lgs. n. 112/2017.

[77] In caso di società a responsabilità limitata si potrà ricorrere ai titoli di debito di cui all'art. 2483 cod. civ. ma anche all'attribuzione ai soci di particolari diritti, sia di natura amministrativa che patrimoniale, in modo da invogliare determinati soggetti a prendere parte al progetto sociale prefigurato.

[78] Si rammenti come, *ex* art. 11, comma 2, Codice del Terzo settore, «gli enti (...) che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese». In più, «per le imprese sociali, l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese soddisfa il requisito dell'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore» (comma 3).

[79] Si noti come l'art. 2447-*bis* cod. civ., rubricato «Patrimoni destinati ad uno specifico affare», parli anche del «finanziamento destinato ad uno specifico affare» (concretamente disciplinato dall'art. 2447-*decies*, cod. civ.). Quest'ultimo, nelle imprese sociali in forma di società azionaria, qualora compatibile con la disciplina specifica dettata dal d.lgs. n. 112/2017, potrà essere utilizzato anche per il perseguimento delle finalità sociali proprie di una delle attività di interesse generale tipizzate per l'impresa sociale.

La previsione di cui all'art. 10, Codice del Terzo settore, pare invece precludere il ricorso al finanziamento destinato per le imprese sociali che abbiano forma diversa dalla spa. La questione però meriterebbe miglior approfondimento.



per lo stesso legislatore – costituisce uno degli elementi caratterizzanti l'impresa sociale stessa (si ricordi la definizione contenuta nell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 112/2017).

Se nell'impresa tradizionale uno o più imprenditori decidono di produrre o scambiare beni o servizi al fine di ottenere un guadagno da tale attività, impegnando proprie risorse ed eventualmente coinvolgendo altri soggetti investitori a cui viene riconosciuta una remunerazione del capitale conferito, nell'impresa sociale i primi interessati ai risultati dell'attività dovrebbero essere i beneficiari, gli utenti e, non ultimi i lavoratori. In sostanza, la collettività di riferimento (a seconda del tipo di bene o servizio oggetto dell'attività) necessità di trovare uno o più imprenditori che si assumano l'impegno di realizzare beni o servizi di cui quella collettività necessita, riconoscendo ad essi una minima remunerazione per l'investimento fatto in termini patrimoniali e di impegno, ma non consentendo agli stessi di essere (o diventare) i padroni dell'impresa per realizzare un interesse esclusivamente egoistico [80].

Ammesso che una prospettiva di questo tipo possa ritenersi condivisibile e, soprattutto, realizzabile, quando si considerano gli assetti proprietari e la *governance* societaria il pensiero va a forme di impresa "democratica" dove manca un socio o un gruppo di soci di comando. A forme di controllo e sanzione verso (ed anche a meccanismi che possano garantire il ricambio di) amministratori, dirigenti e membri degli organi di controllo non fedeli alla *mission* sociale prevista. Ad assetti interni che permettano a tutti i soci, almeno quando rappresentino minoranze minime, di poter far sentire la loro voce e soprattutto a meccanismi di coinvolgimento di coloro che, pur non essendo soci, sono i reali interessati ai particolari beni o servizi prodotti o scambiati dalla società.

Rispetto a quanto ci si poteva aspettare di trovare nella disciplina dell'impresa sociale manca ogni tentativo di dar vita ad una forma di "*public company*" [81]: il particolare interesse generale perseguito e le finalità sociali e solidaristiche che caratterizzano l'operare di detta impresa avrebbero potuto portare alla previsione di limiti al possesso azionario, soluzione adottata ad es. nelle cooperative [82]. Nel d.lgs. n. 112/2017 invece, l'art. 4, comma 1, ribadisce quanto già prevedeva il "vecchio" art. 4, d.lgs. 155/2006: all'attività di direzione e coordinamento di un'impresa sociale si applicano le norme codicistiche ed essa si avrà (e quindi sarà lecita)

---

[80] Con riferimento a questi temi si veda, ad es., L. FAZZI, *La governance*, in *Governo e organizzazione per l'impresa sociale*, a cura di C. BORZAGA, L. FAZZI, CAROCCI, Roma 2008, 75 ss. Pare significativa la considerazione secondo cui, nelle imprese sociali, «con il concetto di *governance* si intende (…) il modo attraverso il quale i diversi attori che hanno un potere di influenza contribuiscono alla formazione e alla realizzazione delle decisioni che perseguono finalità più ampie di quelle economiche e inglobano i temi della qualità e del valore sociale dei beni e dei servizi prodotti».

Si veda anche (seppur con riferimento alle tematiche della responsabilità sociale d'impresa) L. SACCONI, *Csr: verso un modello allargato di* corporate governance, in *Guida critica alla responsabilità sociale e al governo d'impresa*, a cura di L. SACCONI, BANCARIA, Roma, 2005, 113 ss. («la struttura di *governance* dovrebbe consentire di mettere in atto meccanismi di miglioramento della *performance* in grado di sostenere la partecipazione degli *stakeholder*. Qualora partecipino al processo di *corporate governance*, gli *stakeholder* dovrebbero avere accesso a tutta l'informazione rilevante»).

[81] Che, per quanto di difficile realizzazione, poteva rappresentare un modello di riferimento (quanto meno in termini di democraticità e limitazione del principio plutocratico) utile ad accompagnare la limitazione del fine di lucro di cui abbiamo trattato nel paragrafo precedente.

Giova ricordare come forse l'unico tentativo di realizzare in Italia una forma di *public company* (considerando a parte la disciplina delle società cooperative) si ebbe nei primi anni '90 del secolo scorso con le privatizzazioni delle società pubbliche. Azionariato diffuso, limiti al possesso azionario ed altri meccanismi furono introdotti dal legislatore ma non sortirono gli effetti sperati (per una serie di aspetti che non possono essere trattati in questa sede).

[82] Per le cooperative di maggiori dimensioni i limiti al possesso azionario, secondo parte della dottrina, si sono rivelati in realtà un ostacolo alla realizzazione di obiettivi di democraticità interna, consentendo agli amministratori di auto perpetuarsi e di divenire i veri controllori della società (aspetto da più parti evidenziato per giustificare la necessità ed indifferibilità della riforma, ad es., delle banche popolari).



quando un soggetto abbia la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti dell'organo di gestione [83]. Solamente una società unipersonale con un socio unico persona fisica, enti con scopo di lucro e pubbliche amministrazioni non possono esercitare attività di direzione e coordinamento o detenere, in qualsiasi modo, il controllo (*ex* art. 2359 cod. civ.) [84].

Allo stesso modo non si rinvengono meccanismi obbligatori di tutela delle minoranze o di altre categorie di soggetti interessati (si pensi ai possessori di strumenti finanziari, o ai lavoratori). Si farà applicazione delle disposizioni che disciplinano il particolare tipo di ente (societario o no) che costituisce forma dell'impresa sociale. Nulla vieta tuttavia ai fondatori di introdurre limiti al possesso azionario, meccanismi di tutela delle minoranze [85] o di potenziale espressione degli interessi dei vari *stakeholders* [86].

Dal punto di vista della *governance* interna gli articoli 7, 10 e 11 contengono indubbie innovazioni rispetto alle previsioni dei previgenti articoli 8, 11 e 12 ma, anche in questo caso, il legislatore ha perso l'occasione di introdurre regole maggiormente in grado di garantire l'effettivo perseguimento degli obiettivi di utilità sociale e di interesse generale.

Va notato anzitutto come, con riferimento all'organo gestorio (art. 7) non vi sia nessuna regola speciale, di fatto demandandosi all'applicazione delle regole ordinarie proprie del tipo di organizzazione adottato. In considerazione delle previsioni di cui agli articoli 26, 27 e 28 del Codice del Terzo settore [87], l'organo di gestione delle associazioni (riconosciute e non) è disciplinato attraverso l'ampio richiamo alla normativa codicistica relativa a società per azioni e a responsabilità limitata (per quanto concerne competenze, organizzazione, conflitto di interessi e responsabilità) [88]. Quest'ultima disciplina, quindi, trova estesa applicazione per quasi tutte le imprese sociali divenendo regolamentazione generale.

Nell'art. 7, d.lgs. n. 112/2017, il legislatore consente agli statuti di «riservare a soggetti esterni all'impresa sociale la nomina di componenti degli organi sociali» ma «in ogni caso» la maggioranza degli stessi va scelta dai soci o dagli associati [89]. Meglio avrebbe fatto la legge, se riteniamo valide le premesse prima formulate, ad obbligare qualunque impresa sociale ad inserire clausole vincolanti nello statuto a garanzia del potere di nomina di almeno un amministratore a beneficio di categorie di soci o associati, o di minoranze qualificate, o di utenti e beneficiari [90]. Invece solamente per quelle di maggiori dimensioni [91] (quelle che abbiano cioè supe-

[83] Tale potere di nomina può esserci per «previsioni statutarie o per qualsiasi altra ragione».

[84] Secondo le già viste previsioni di cui all'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 112/2017.

[85] Molteplici strumenti sono messi a disposizione dal diritto societario: dalle limitazioni al diritto di voto, alle particolari categorie di azioni; da meccanismi di voto di lista per la scelta dei gestori all'impugnazione delle delibere assembleari, fino all'azione di responsabilità a beneficio della minoranza. Si tratta tuttavia di meccanismi che avrebbero potuto essere resi più efficaci in quanto calati in una realtà decisamente diversa rispetto a quella dell'impresa lucrativa. Non si dimentichi che il diritto societario ha operato una scelta di campo: massima efficienza nella gestione e conduzione dell'azienda e minimo rilievo per esigenze di democraticità interna. Nell'ambito dell'impresa sociale, probabilmente, la prospettiva se non proprio rovesciata avrebbe dovuto essere quanto meno in parte rivista.

[86] Quest'ultimo aspetto è in effetti disciplinato dall'art. 11, come tra poco avremo modo di vedere.

[87] Come detto il Codice è applicabile a tutti gli enti del terzo settore (tra cui le imprese sociali, salvo il caso in vi sia espressa esclusione o incompatibilità con quanto previsto nello specifico dal d.lgs. n. 112/2017). Tra essi vi sono le associazioni (che possono anche acquisire la qualifica di "impresa sociale"), le quali vengono quindi regolate ora non più dal codice civile ma, appunto, dal Codice del Terzo settore.

[88] Stesso discorso può farsi con riferimento all'organo di controllo (artt. 29 e 30, Codice del Terso settore).

[89] Conforme l'art. 26, comma 5, Codice del Terzo settore.

[90] I commi 4 e 5 dell'art. 26, Codice del Terzo settore, pur sempre solamente come facoltà, prevedono tale possibilità.

[91] Individuate, dal legislatore della riforma del terzo settore, con il richiamo alle soglie di cui all'art. 2435-*bis*, comma 1, cod. civ. (così l'art. 11, comma 4, lett. b), d.lgs. n. 112/2017). Come noto tale disposizione riguarda le società azionarie che possono redigere il bilancio in forma abbreviata. Qualora non abbiano emesso titoli negoziati su un mercato regolamentato, sono autorizzate a redigere il bilancio in forma abbreviata (quindi, in altri termini, sono considerate di minori dimensioni) le società che non abbiano superato i



rato due dei limiti indicati nell'art. 2435-*bis*, comma 1, cod. civ., ridotti però della metà) lo statuto deve contenere la disciplina delle modalità di nomina di «almeno» un componente dell'organo di gestione e uno dell'organo di controllo da parte dei lavoratori e, solo «eventualmente», degli utenti [92].

Non si prevede nulla circa il fatto che gli amministratori debbano essere associati o soci: si potrebbe ritenere che tale requisito valga per le associazioni (*ex* art. 26, comma 2, Codice del terzo settore) e per le società di persone (sulla base della disciplina civilistica), non necessariamente invece per le società di capitali [93].

Due regole speciali, a valere a prescindere dalla forma adottata dall'impresa sociale:

– la presidenza dell'ente non è mai attribuibile a rappresentanti di società con un unico socio persona fisica, enti con scopo di lucro e amministrazioni pubbliche socie o associate;

– lo statuto deve prevedere «specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza» per poter assumere cariche sociali (la mancanza delle quali, per disciplina generale, comporterà ineleggibilità o decadenza) [94].

Sempre con riferimento agli amministratori di un'impresa del terzo settore, la particolare diligenza richiesta per svolgere tale incarico, l'assenza di conflitti di interesse, la necessità di assetti organizzativi adeguati [95], efficienti, funzionali e tali da attenuare i potenziali rischi d'impresa, sono tutti aspetti che potevano esse-

---

4.400.000 € di attivo totale (da stato patrimoniale), 8.800.000 € di ricavi da vendite o prestazioni e 50 dipendenti occupati in media durante l'esercizio.

[92] Si tratta di una delle forme di coinvolgimento di lavoratori, utenti, beneficiari e altri interessati che dovrebbe costituire tratto caratterizzante dell'impresa sociale. Ma all'evidenza, e salva la "buona volontà" dei soci al momento di formazione dell'atto costitutivo, non pare sia così.

[93] Ovviamente il problema non si pone per le fondazioni.

[94] Andrebbe approfondito il riferimento al d.lgs. n. 39/2013 («Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'art. 1, commi 49 e 50, della l. 6 novembre 2012, n. 190») contenuto nell'ultimo comma dell'art 7 in commento, ciò soprattutto per meglio comprendere (in via generale) i legami che possono instaurarsi tra il settore pubblico ed il terzo settore.

Il richiamo alla disciplina delle inconferibilità e incompatibilità di cui al sopra ricordato d.lgs. è foriero di dubbi interpretativi sol che si consideri come la disciplina riguarda la nomina degli organi di vertice in pubbliche amministrazioni, enti pubblici non territoriali, enti di diritto privato in controllo pubblico e enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione.

Abbiamo visto come le previsioni degli articoli 1, secondo comma («Non possono acquisire la qualifica di impresa sociale le società costituite da un unico socio persona fisica, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs.30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e gli enti i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati») e 4, terzo comma («Le società costituite da un unico socio persona fisica, gli enti con scopo di lucro e le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs.30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, non possono esercitare attività di direzione e coordinamento o detenere, in qualsiasi forma, anche analoga, congiunta o indiretta, il controllo di un'impresa sociale ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile») del d.lgs. n. 112/2017 impediscono ad "amministrazioni pubbliche" di acquisire la qualifica di impresa sociale o di controllare imprese sociali. Quindi buona parte delle disposizioni del d.lgs. n. 39/2013 non risulterebbero applicabili nel nostro caso. Probabilmente residuerebbero le fattispecie riferite agli «enti di diritto privato regolati o finanziati» dalla pa (vale a dire «le società e gli altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, nei confronti dei quali l'amministrazione che conferisce l'incarico: 1) svolga funzioni di regolazione dell'attività principale che comportino, anche attraverso il rilascio di autorizzazioni o concessioni, l'esercizio continuativo di poteri di vigilanza, di controllo o di certificazione; 2) abbia una partecipazione minoritaria nel capitale; 3) finanzi le attività attraverso rapporti convenzionali, quali contratti pubblici, contratti di servizio pubblico e di concessione di beni pubblici»).

Pare invece fuori discussione che, con tali previsioni, il legislatore tenda in qualche modo ad avvicinare gli amministratori di enti e società pubbliche a quelli delle imprese sociali, suggerendo che le attività (di interesse generale) svolte dalle imprese sociali abbiano comunque una valenza quasi pubblicistica anche se esercitate da imprese private.

[95] Assetti adeguati la cui rilevanza e centralità nell'organizzazione di tutti gli enti collettivi è oggi rimarcata nel nuovo art. 2086



re in qualche modo rimarcati e sottolineati. Lo si dovrà fare negli statuti o, comunque, in via interpretativa ancora una volta utilizzando le categorie societarie relative. Allo stesso modo, e sempre nell'ottica di un'impresa sociale avvicinabile alla *public company*, poteva risultare funzionale la previsione di particolari diritti di azione delle minoranze qualificate (promozione dell'azione di responsabilità o revoca dei gestori) o di beneficiari, lavoratori e utenti (si pensi, ad es., ad una forma particolare, adattata alle imprese del terzo settore, di azione di responsabilità *ex* art. 2395 cod. civ. [96]).

Tra i doveri degli amministratori, oltre a quelli "ordinari", va rimarcata la presenza di uno specifico dovere caratteristico dell'impresa sociale [97], vale a dire la redazione del bilancio sociale. Tale documento, da depositare presso il registro delle imprese e da pubblicare sul sito internet dell'impresa, va redatto secondo linee guida ministeriali [98] deve dare conto degli aspetti più caratteristici di un'impresa sociale (in particolare, la *governance* interna e gli assetti proprietari, il coinvolgimento degli *stakehoders* [99], gli obiettivi prefissati ed il livello di raggiungimento degli stessi, la natura dell'attività esercitata, le dimensioni della stessa e "la valutazione dell'impatto sociale" generato o generabile [100]).

Per quanto riguarda l'organo di controllo, l'art. 10 detta una disciplina per così dire "minima" (essendo fatte salve le «disposizioni più restrittive relative alla forma giuridica» adottata [101]), riguardante l'obbligo di nomina

---

cod. civ., come risultante dalle modifiche apportate dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche ed integrazioni). Si prevede infatti che «l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale». Disposizione che, per quanto diremo in conclusione, assume ancor maggior rilievo per le imprese sociali che esercitano attività di interesse generale ed il dissesto o la crisi delle quali potrebbe avere profonde ripercussioni per una platea molto vasta di "beneficiari" ed "utenti".

[96] Ancora una volta, negli spazi di autonomia privata lasciati dalla legge, un ruolo importante e fondamentale potrà essere assunto dagli statuti sociali o associativi.

[97] Presente in realtà anche nella disciplina delle società benefit.

[98] Adottate con il D.M. 4 luglio 2019. Nel decreto si prevede come il «bilancio sociale, attraverso i connessi obblighi di redazione e successivo deposito presso il registro unico del Terzo settore o presso il registro delle imprese, nonché di diffusione attraverso la pubblicazione sul sito istituzionale da parte degli enti del Terzo settore», costituisca «lo strumento attraverso il quale gli enti stessi possono dare attuazione ai numerosi richiami alla trasparenza, all'informazione, alla rendicontazione nei confronti degli associati, dei lavoratori e dei terzi». La finalità di rendicontazione attribuita al bilancio sociale è più volte richiamata nel provvedimento ministeriale (ad es., si ribadisce che esso «può essere definito come uno "strumento di rendicontazione delle responsabilità, dei comportamenti e dei risultati sociali, ambientali ed economici delle attività svolte da un'organizzazione. Ciò al fine di offrire un'informativa strutturata e puntuale a tutti i soggetti interessati non ottenibile a mezzo della sola informazione economica contenuta nel bilancio di esercizio". La locuzione "rendicontazione delle responsabilità dei comportamenti e dei risultati sociali ambientali ed economici" può essere sintetizzata utilizzando il termine anglosassone di "*Accountability*". Tale termine comprende e presuppone oltre ai concetti di responsabilità quelli di "trasparenza" e "*compliance*", "la prima... intesa come accesso alle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, fra cui gli indicatori gestionali e la predisposizione del bilancio e di strumenti di comunicazione volti a rendere visibili decisioni, attività e risultati... la seconda si riferisce al rispetto delle norme... sia come garanzia della legittimità dell'azione sia come adeguamento dell'azione agli standard stabiliti da leggi, regolamenti, linee guida etiche o codici di condotta"»).

[99] Si vedano le previsioni di cui all'art. 11, comma 3, d.lgs. n. 112/2017.

[100] Si vedano l'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 112/2017, l'art. 14, Codice del Terzo settore, nonché il D.M. 23 luglio 2019, con cui lo stesso Ministero delle Lavoro e delle Politiche sociali ha emanato le «Linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo settore».

[101] Indubbiamente più completa è la disciplina che regolamenta il collegio sindacale nelle società azionarie, nonché l'organo di controllo (ed i poteri di controllo dei soci) nella s.r.l.; a seguito delle previsioni di cui all'art. 30, Codice del Terzo settore, anche per le fondazioni e le associazioni "del terzo settore" (almeno per quelle di maggiori dimensioni) viene si fa rinvio a parte della regolamentazione propria del collegio sindacale di società di capitali. Paiono più carenti, da questo punto di vista, quelle imprese sociali che dovessero adottare la forma di uno dei tipi di società di persone.



di uno o più sindaci ed i requisiti che gli stessi debbono possedere (*ex* artt. 2397, comma 2, e 2399 cod. civ.). I doveri dell'organo sono quelli di cui all'art. 2403, comma 1, cod. civ., con l'aggiunta delle funzioni di monitoraggio proprio dell'organismo di vigilanza, ai sensi delle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001 [102].

Compiti "nuovi" per i sindaci sono quello di monitorare l'osservanza «delle finalità sociali da parte dell'impresa sociale, avuto particolare riguardo alle disposizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 11 e 13», nonché quello di attestare «che il bilancio sociale sia stato redatto in conformità alle linee guida» prima richiamate. Tale attività di monitoraggio dovrà trovare espressa menzione nel bilancio sociale [103].

Per poter esercitare le funzioni loro proprie i sindaci possono «in qualsiasi momento procedere ad atti di ispezione e controllo. A tal fine, essi possono chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento ai gruppi di imprese sociali, sull'andamento delle operazioni o su determinati affari» (art. 10, comma 4, d.lgs. n. 112/2017). Si noti come, anche in questo caso, il legislatore parafrasi i contenuti dell'art. 2403-*bis*, commi 1 e 2, cod. civ. [104]: è vero che si tratta di una disciplina "minima", poiché si applicheranno poi le disposizioni più stringenti legate alle particolari forme organizzative adottate ma meglio avrebbe fatto il legislatore ad estendere anche gli altri poteri e doveri che il codice attribuisce all'organo di controllo (ricevere denunce, convocare l'assemblea, convocare l'organo di amministrazione, impugnare le delibere dell'organo gestorio, partecipare alle riunioni di quest'ultimo). Ciò avrebbe reso più efficiente, in qualunque impresa sociale (a prescindere quindi dalla forma giuridica adottata) l'attività di monitoraggio e vigilanza. E ciò proprio perché la suddetta attività di controllo non può ritenersi essere svolta a beneficio solamente dei soci ma anche, e soprattutto, di utenti, lavoratori e beneficiari (che, nell'intento del legislatore, devono essere coinvolti in quanto diretti interessati all'attività dell'impresa sociale) [105].

Ancora una volta si ritorna quindi al tema del "coinvolgimento" degli *stakehoders*. Salvo quanto detto sopra con riferimento alla necessità di prevedere statutariamente meccanismi che consentano (almeno ai lavoratori) di nominare un rappresentante nell'organo di gestione e nell'organo di controllo, l'art. 11 prevede genericamente che «nei regolamenti aziendali o negli statuti» debbano essere «previste adeguate forme di coinvolgimento dei lavoratori e degli utenti e di altri soggetti direttamente interessati» all'attività dell'impresa sociale. Al di là delle difficoltà di individuazione dell'adeguatezza delle forme di coinvolgimento [106], il legislatore si premura di specificare (comma 2) che «per coinvolgimento deve intendersi un meccanismo di consultazione o di partecipazione mediante il quale lavoratori, utenti e altri soggetti direttamente interessati (...) siano posti in grado di esercitare un influenza sulle decisioni dell'impresa sociale, con particolare riferimento alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni o dei servizi».

Si tratta di una disposizione all'evidenza programmatica, di principio, di non immediata applicazione, ma che suggerisce ciò che poi dovrà trovare concreta esplicitazione nel singolo statuto [107]. Un meccanismo sicu-

---

[102] La normativa che introduce la responsabilità penale delle persone giuridiche e che disciplina la predisposizione di modelli di prevenzione dei reati, procedimentalizzando l'attività di controllo ed il monitoraggio dei rischi relativi.

[103] Quindi, oltre alla classica relazione da allegare al bilancio, i sindaci saranno tenuti a redigere e rendere disponibile una apposta relazione (che può costituire anche una sezione a sé stante del bilancio sociale) con riferimento alle finalità di utilità sociale perseguite o in corso di perseguimento. Contenuti molto simili si ritrovano nell'art. 30, Codice del Terzo settore.

[104] Tali regole, parallelamente, valgono per gli enti del terzo settore *ex* art. 30, Codice del Terzo settore.

[105] Si segnala solamente, senza approfondire i vari aspetti, come l'art. 10, comma 5, si occupi della revisione contabile.

[106] Se noi potessimo considerare tali forme di coinvolgimento come parte degli assetti organizzativi ed amministrativi, l'organo di gestione diverrebbe garante della loro adeguatezza (parametrata sulla natura dell'attività, sulle dimensioni, sull'oggetto specifico dell'impresa, e così via) e l'organo di controllo sarebbe chiamato a vigilare sul loro concreto funzionamento. Ed i membri di entrambi gli organi risponderebbero per non aver diligentemente dato vita a tali assetti, nonché per mancanza di monitoraggio e vigilanza su di essi.

[107] Proprio a tal fine, il comma 3 dell'art. 11 specifica come "le modalità di coinvolgimento devono essere individuate dall'im-



ramente percorribile sarebbe quello di dar vita a comitati interni (all'organo di gestione o di controllo), rappresentativi dei diversi interessi, a cui attribuire pareri obbligatori ma non vincolanti [108], ma le soluzioni possono essere le più varie. Ancora una volta però, i suddetti meccanismi dovrebbero farsi rientrare negli assetti adeguati di una impresa sociale, con ogni conseguenza derivante da ciò. Si potrebbe fondatamente sostenere che la "socialità" dell'impresa sociale debba trovare realizzazione, oltre che nella tipologia di attività esercitata, anche nelle peculiari forme organizzative in qualche modo tratteggiate dal legislatore.

Si tenga poi conto del fatto che, «in ogni caso», gli statuti «devono» prevedere «i casi e le modalità della partecipazione dei lavoratori e degli utenti, anche tramite loro rappresentanti, all'assemblea degli associati o dei soci» [109]. Anche per realizzare tale coinvolgimento gli statuti dovranno immaginare meccanismi particolari, che per altro sono già presenti nella disciplina delle società azionarie (si pensi agli strumenti finanziari partecipativi di cui agli articoli 2346, ultimo comma, o – per i lavoratori in specifico – 2349, ultimo comma, cod. civ.). Il discorso merita per altro ben altro approfondimento.

A chiosa delle considerazioni sopra riportate va richiamato il D.M. 7 settembre 2021 («Adozione delle linee guida per l'individuazione delle modalità di coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e degli altri soggetti direttamente interessati alle attività' dell'impresa sociale (21A05746)») [110] con cui il Ministero del lavoro – in adempimento alle previsioni di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 112/2017 – fornisce quelli che potremmo definire dei suggerimenti [111] per attuare il coinvolgimento all'interno dell'impresa sociale di lavoratori, utenti e beneficiari.

Le linee guida sono funzionali, secondo il ministero, a costituire «il quadro generale in materia di coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti direttamente interessati alle attività delle imprese sociali» (§ 1, pt. 1, Allegato 1 al decreto), considerando anche il fatto che – rispetto alla previgente disciplina dell'impresa sociale – la nuova normativa avrebbe aumentato «il livello minimo di coinvolgimento dei lavoratori e degli *stakeholders*, in coerenza con la logica partecipativa sottostante alla *governance* dell'impresa sociale, che, anche a livello europeo, viene considerata una delle principali caratteristiche distintive delle organizzazioni dell'economia sociale» (§ 1, pt. 2, Allegato 1 al decreto).

Che le forme di coinvolgimento dei soggetti richiamati nella legge costituiscano elementi dell'organizzazione societaria è confermato dal fatto che decreto in commento valuti opportuno il trasferimento «dall'atto costitutivo allo statuto» delle eventuali modalità per realizzare il suddetto coinvolgimento. Tale «scelta del legislatore del 2017 obbedisce a ragioni di forma e di sostanza: sotto il primo profilo, lo statuto, in quanto atto destinato a contenere le norme sull'organizzazione e sul funzionamento dell'impresa sociale, rappresenta uno strumento maggiormente appropriato ai fini della specificazione delle forme e modalità di coinvolgimento in parola rispetto all'atto costitutivo, espressione, quest'ultimo, della volontà degli associati o dei soci di dar vita ad un'impresa sociale» (ancora § 1, pt. 2).

Prima di fissare le «modalità di coinvolgimento», il decreto ha cura di precisare come esse «devono co-

---

presa sociale tenendo conto, tra gli altri elementi, dei contratti collettivi (...), della natura dell'attività esercitata, delle categorie di soggetti da coinvolgere e delle dimensioni dell'impresa sociale".

[108] Dove il parere non venisse seguito, l'organo di gestione dovrebbe essere chiamato a motivare le ragioni, in una sorta di meccanismo di *comply or explain*.

[109] L'articolo 11 in commento non si applica, per espressa previsione del comma 5, alle imprese sociali che adottino la forma della cooperativa a mutualità prevalente (e agli enti religiosi).

[110] Pubblicato in GU Serie Generale n.237 del 4 ottobre 2021.

[111] Come si evince dal § 1, pt. 2, Allegato 1 al decreto, «la disciplina contenuta nelle presenti linee guida individua esclusivamente il contenuto minimo della regolazione delle forme di coinvolgimento».



munque garantire l'efficacia delle iniziative adottate, attraverso il contemperamento degli interessi dell'impresa sociale con quelli dei lavoratori, degli utenti e degli eventuali *stakeholders*», salvi in ogni caso gli «obblighi informativi previsti dalla normativa vigente» (ad. es., quelli del datore di lavoro in tema di sicurezza, o quelli nei confronti dei consumatori).

Salvo esistano delle prassi più favorevoli, il coinvolgimento di lavoratori, utenti e terzi interessati si basa fondamentalmente su "oneri" [112] informativi e comunicativi [113]: quindi, anzitutto, un "coinvolgimento passivo", anche se – prosegue il decreto – deve permettere «ai lavoratori, alle rappresentanze sindacali, nonché eventualmente alle rappresentanze [114] degli utenti e di altri soggetti direttamente interessati alle attività (intendendosi per tali i soggetti portatori di un interesse concreto, anche diffuso, i volontari operanti nell'impresa, gli *stakeholders*, i soggetti rappresentativi di interessi anche diffusi ma puntualmente individuati) – queste ultime necessariamente costituite e operanti attraverso forme individuate dai regolamenti o statuti sociali – di procedere ad un esame adeguato delle informazioni fornite e formulare, sempre con modalità individuate dai regolamenti o statuti sociali, eventuali pareri non vincolanti da fornire all'organo amministrativo» (§ 2, a*)*) [115].

Di maggior efficacia dovrebbe essere invece la «consultazione», le cui modalità «devono essere espressamente previste dallo statuto dell'impresa sociale, oppure, ove esso ne faccia rinvio, dai regolamenti aziendali» (§ 2, b*)*). Essa si sostanzia non solo nell'interlocuzione con le rappresentanze die vari soggetti interessati ma anche realizzata con modalità «più estese, anche a carattere periodico (ad esempio con cadenza annuale), come quelle telematiche (consultazione *on-line* degli utenti)» [116]. I caratteri che il decreto attribuisce alla consultazione sono quelli della «regolarità, intesa come stabilità della stessa nel tempo, e dell'effettività, intesa come concreta idoneità (…) a promuovere la partecipazione dei lavoratori e degli utenti». Per realizzarla si indicano, quali possibili soluzioni, «la costituzione di comitati, ovvero la costituzione di assemblee speciali rappresentative dei lavoratori o degli utenti, oppure l'adozione di ulteriori procedure che, nel rispetto dei canoni (…) descritti, garantiscono il coinvolgimento attivo dei lavoratori e degli utenti» [117].

---

[112] Che possono diventare "obblighi" laddove via sia tale espressa menzione nella normativa di riferimento.

[113] Secondo quanto previsto nel § 2, pt. 2, Allegato 1 al decreto, si ritiene mezzo idoneo di coinvolgimento la «messa a disposizione, con cadenza almeno annuale, ovvero ogni qualvolta si verifichino eventi tali da determinare variazioni qualitative e/o quantitative rilevanti, di informazioni sull'andamento effettivo e prevedibile dell'attività dell'impresa, sulla natura e qualità dei beni o servizi erogati, sulla situazione economica ed occupazionale dell'impresa stessa, sulle eventuali criticità segnalate dall'organo di controllo interno, su ogni altra decisione aziendale suscettibile di comportare rilevanti cambiamenti in relazione all'organizzazione del lavoro, alle condizioni di lavoro, ai contratti di lavoro e ai profili relativi alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, nonché su decisioni destinate a comportare rilevanti cambiamenti per gli utenti e gli altri soggetti interessati». Peraltro, nella lettura complessiva delle linee guida per la redazione del bilancio sociale (D.M. 4 luglio 2019) le informazioni sopra enunciate parrebbero essere già comprese proprio nel bilancio sociale (anche se è pur vero che la portata di quest'ultimo è indubbiamente maggiore).

[114] Si noti come il decreto pare ritenere che la partecipazione – soprattutto – di utenti e terzi interessati possa avvenire attraverso soggetti rappresentativi delle due "categorie", non individualmente.

[115] Inoltre il decreto precisa che tra «le informazioni da rendere disponibili devono essere ricomprese le risultanze dell'attività di monitoraggio dell'organismo di controllo di cui all'art. 10, comma 3, del d.lgs.n. 112/2017, nonché gli esiti dell'attività di vigilanza di cui all'art. 15 del medesimo decreto legislativo». In ogni caso il «contenuto minimo» delle informazioni potrà anche «essere opportunamente differenziato sulla base delle caratteristiche e degli interessi dei gruppi di riferimento delle rappresentanze destinatarie» (così, ad es., ai lavoratori sarà destinata l'informativa su condizioni di lavoro, *welfare* aziendale e simili, mentre agli utenti e ai titolari di interessi diffusi quella sulla qualità e sull'innovazione «migliorativa» dei beni e servizi dell'azienda).

[116] In tal caso «i risultati sono condivisi con le rappresentanze delle categorie consultate anche al fine di acquisire proposte da sottoporre alla valutazione dell'impresa».

[117] Le modalità suggerite sono solo alcune delle possibili declinazioni organizzative statutarie potenzialmente utilizzabili dalle imprese sociali.



I compiti attribuiti a tali articolazioni organizzative interne, secondo il decreto, dovrebbero essere: l'espressione di «pareri sulle materie oggetto di informazione», la nomina di «un rappresentante ai fini della partecipazione all'organo assembleare dell'impresa sociale» (laddove previsto dalla legge), nonché la nomina di «un rappresentante nell'organo di amministrazione e nell'organo di controllo, qualora ricorrano i presupposti» di legge. In tali ambiti «i rappresentanti dei lavoratori e i rappresentanti degli utenti e degli altri soggetti individuati come direttamente interessati, con riferimento alle specifiche tematiche di rispettivo interesse, dovranno poter formulare, secondo le modalità previste dagli statuti o dai regolamenti, proposte o pareri non vincolanti da far pervenire all'organo di amministrazione dell'impresa sociale» [118].

Pur non essendo vincolanti i pareri espressi, l'organo di gestione dovrà essere chiamato a «fornire adeguata motivazione, per iscritto, dell'eventuale mancata adesione ai pareri formulati» (una sorta di *comply or explain* interno). Su tali basi si può immaginare il sorgere di eventuali responsabilità in capo agli amministratori o facoltà di revoca motivata.

Oltre all'informazione e alla consultazione, appena descritte, il decreto prevede che gli statuti o i regolamenti debbano prevedere un terzo meccanismo, detto della «partecipazione» (§ 2, e*)*), vale a dire «la possibilità per i rappresentanti dei lavoratori, degli utenti e degli altri soggetti interessati, (…) almeno uno per ciascuna categoria, di prendere parte alle assemblee ordinarie e straordinarie dei soci o degli associati dell'impresa, senza diritto di voto [119]. Gli stessi potranno, secondo le modalità previste dagli statuti o dai regolamenti, richiedere la parola nelle assemblee ordinarie; devono essere consultati in quelle straordinarie sui punti dell'ordine del giorno riguardanti le questioni» eccezionali e che incidano «notevolmente» sui diritti delle varie categorie di interessati che giustificano, secondo le previsioni della lett. c) del decreto stesso, l'obbligo di consultazione "straordinario" di cui si è detto poco sopra [120].

Le ultime previsioni del decreto (titolate «Tutela dei diritti», § 3) definiscono i compiti di monitoraggio – in capo all'organo di controllo societario – dell'effettivo rispetto delle previsioni in ordine al coinvolgimento dei vari soggetti indicati dalla legge. Non solo, sempre l'organo di controllo è chiamato a dare conto di tale attività nell'ambito del bilancio sociale (come specificato anche nel decreto ministeriale 4 luglio 2019, linee guida per la redazione del bilancio sociale, e in particolare al paragrafo 6, punti 3 e 8). Da ciò si deve evincere che sorgano particolari responsabilità in capo all'organo di controllo, tipiche solamente dell'impresa sociale [121].

Sono tuttavia fatti salvi eventuali controlli esterni, se previsti dalla legislazione di settore (ad es., Ispetto-

---

[118] Per altro, in presenza di fatti di notevole importanza ed eccezionali (individuati dal decreto in «delocalizzazione, trasferimento, chiusura di sedi o di unità produttive, licenziamenti collettivi, nonché in caso di rilevanti modifiche statutarie riguardanti variazioni delle attività di interesse generale previste statutariamente, modifiche sulla facoltà di distribuzione degli utili (…), la rinuncia alla qualifica di impresa sociale o modifiche delle modalità di coinvolgimento di lavoratori o utenti precedentemente previste») gli amministratori, a prescindere dalla periodicità della consultazione fissata nello statuto o nei regolamenti, è tenuto a richiedere un «parere obbligatorio, ma non vincolante dei rappresentanti» della varie categorie di soggetti indicati nel decreto (§ 2, c*)*).

[119] Il che potrebbe creare qualche problema (da risolvere statutariamente o con apposito regolamento interno) in quei casi in cui una vera e propria assemblea non ci sia (si pensi al caso delle società di persone oppure, nelle s.r.l., dove è possibile prevedere la forma della consultazione scritta al posto dell'assemblea vera e propria – con alcune limitate eccezioni *ex* art. 2479, terzo comma, cod. civ.).

[120] Con una previsione forse superflua il decreto specifica come, per le società richiamate nell'art. 11, comma 4, lettera b) del d.lgs. n. 112/2017, oltre ai meccanismi di informazione, consultazione e partecipazione visti, sia «necessario prevedere altresì la nomina, da parte dei lavoratori, di almeno un componente sia dell'organo direttivo che dell'organo di controllo. Nei medesimi casi, gli statuti possono prevedere che un componente dell'organo di amministrazione e/o di quello di controllo sia nominato da parte degli utenti; in questo caso possono individuare altresì eventuali specifici requisiti o attribuire allo stesso specifiche funzioni» (§ 2, pt. 3, Allegato 1 al decreto).

[121] E salvo il dubbio, già evidenziato, di cosa accada laddove la forma organizzativa (il tipo societario adottato) non prevedano un organo di controllo oppure lo stesso non sia obbligatorio.



rati territoriali del lavoro e altre amministrazioni pubbliche competenti, oppure soggetti deputati alla vigilanza sulle cooperative).

In chiusura, due riflessioni: anzitutto, la rilevanza di adeguati assetti organizzativi ed amministrativi è evidente. Solo una determinata conformazione di tali assetti appare idonea a rendere effettivamente "sociale" l'impresa. Non seguire le previsioni di legge e le linee guida nel confezionare tali assetti potrebbe essere fonte di responsabilità (oltre che di perdita della qualifica di "impresa sociale"). Tuttavia, chi potrebbe essere chiamato a rispondere? Non è così scontato che i responsabili siano gli amministratori: essi, nella logica codicistica generale, sono esclusivamente responsabili per la predisposizione di assetti adeguati. Ma nel caso dell'impresa sociale, i vari meccanismi di partecipazione – come visto – vanno inseriti nello statuto o in regolamenti. Nel primo caso allora la competenza (e la relativa responsabilità) parrebbe in capo ai soci, i quali dovrebbero essere vincolati nell'organizzare la loro imprese dal rispetto delle disposizioni del d.lgs. n. 112/2017 e delle linee guida ministeriali. Nel caso invece i meccanismi di partecipazione siano previsti in regolamenti, si dovrà capire quale organo societario sia chiamato a predisporre tali regolamenti (dato che il legislatore non lo precisa). Avendo natura organizzativa, potrebbe ritenersi competenza degli amministratori predisporre ed adottare i suddetti regolamenti, di tal ché si rientrerebbe in quella competenza "esclusiva" nella gestione organizzativa che, in via generale, è attribuita all'organo gestorio.

In secondo luogo, forse avrebbe potuto il nostro legislatore rendere il terzo settore, e l'impresa sociale in particolare, laboratorio per tentare l'implementazione di un modello organizzativo (previsto nel codice civile ma relativamente poco usato nelle imprese italiane lucrative): il sistema dualistico di stampo tedesco (artt. 2409-*octies* e ss., cod. civ.).

Proprio le particolarità che caratterizzano l'impresa sociale, la presenza di interessi esterni di cui si debba tener conto, l'utilità di una proprietà non concentrata e la conseguente necessità di maggior attenzione e monitoraggio sull'attività dei gestori, potevano suggerire al legislatore l'introduzione del modello dualistico (o comunque di meccanismi che in parte ne replichino gli elementi caratterizzanti [122]). Il consiglio di sorveglianza, titolato a nominare e revocare i gestori, a vigilare sul loro operato e a poter (eventualmente) anche esprimere indirizzi generali, nonché ad approvare il bilancio, potrebbe rivelarsi il "contenitore" entro cui far incontrare (ed anche scontrare) i diversi interessi coinvolti al fine di elaborarne una "sintesi" da tradurre poi in gestione operativa. L'assemblea verrebbe sì svuotata in buona parte delle proprie prerogative ma, laddove i diversi interessi (di soci e *stakeholders*) fossero adeguatamente rappresentati, a beneficio di un organo composto da soggetti chiamati a rispondere e obbligati ad agire professionalmente del loro operato.

Il modello dualistico è modello "a geometria variabile", ampiamente strutturabile a livello statutario. L'impresa sociale potrebbe costituire banco di prova dell'efficacia dello stesso in un ambiente diverso da quello in cui è nato e si è sviluppato (il sistema tedesco), con l'opportunità di inserire forme più o meno intense di cogestione, rimaste invece escluse nella disciplina codicistica delle società lucrative ma, forse, più accettabili per una impresa "speciale" come dovrebbe essere quella "sociale".

[122] È da ritenersi ammissibile che statutariamente il modello (oppure meccanismi che ne possano replicare il funzionamento pur senza che sia qualificabile con "sistema dualistico") possa essere adottato.



5. – Può essere utile tentare in fine una sintesi dei vari aspetti sui cui si è discusso ma da una prospettiva più ampia, tale da abbracciare i diversi modelli di impresa che si sono affermati di recente o il cui sviluppo è ancora in corso.

Pare fuori discussione che il mondo dell'impresa sia scosso, oggi, nelle sue fondamenta. Si sta affermando prepotentemente l'idea che la massimizzazione del profitto non possa (e non debba) più costituire l'unico obiettivo da perseguire nella gestione.

Quella che fino a pochi anni fa rappresentava una scelta imprenditoriale volontaria e non imposta da regole giuridiche, funzionale tutto sommato ad intercettare una nuova sensibilità dei consumatori – facente leva su aspetti per così dire "reputazionali" –, vale a dire la responsabilità sociale d'impresa [123], recentemente si è evoluta nell'idea della necessaria "sostenibilità" ambientale e sociale dell'attività di ogni impresa.

Anzitutto si è dato rilievo ai c.d. fattori *ESG* [124] che devono essere presi in considerazione dagli investitori (istituzionali) nell'orientare le loro scelte di investimento In sostanza nel 2018, l'UE ha adottato il "Piano d'Azione per il finanziamento di una crescita sostenibile" che prevede tre obiettivi principali: orientare i capitali privati verso investimenti sostenibili; integrare la sostenibilità nella gestione dei rischi; promuovere la trasparenza sui temi *ESG* in una prospettiva di lungo periodo.

Per conseguire gli obiettivi del Piano, sono stati identificate dieci azioni che si vogliono tradurre nella revisione progressiva delle principali normative che disciplinano i servizi finanziari, includendo – tra gli altri – la creazione di un sistema unificato di classificazione delle attività finanziarie sostenibili sotto il profilo *ESG* (ambientale, sociale e di *governance*), la creazione di indici di riferimento per la misurazione delle performance di portafogli o di altri *asset* finanziari, soprattutto in merito alla capacità di ridurre le emissioni di CO2, l'inclusione dei fattori *ESG* nei processi di investimento, consulenza e distribuzione, con la definizione di obblighi di comunicazione più stringenti verso il mercato e verso i clienti finali.

Con riferimento a tale ultimo obiettivo è stato emanato il Regolamento UE n. 2020/852 del 18 giugno 2020, che ha introdotto la c.d. "Tassonomia delle attività finanziarie sostenibili", con l'obiettivo di ridurre il rischio di pratiche scorrette (es. *greenwashing*) [125] ma soprattutto Regolamento UE 2019/2088 del 27 novem-

---

[123] Che l'adesione a pratiche di responsabilità sociale d'impresa, almeno sino ad alcuni anni fa, fosse volontaria e motivata principalmente dall'intento di migliorare i profitti dell'impresa, magari nel lungo periodo, mi pare non sia in dubbio. Tra i tanti contributi in tema si veda M. LIBERTINI, I*mpresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 19 (l'a. richiama la definizione che fu data nei primi anni 2000 dalla stessa Commissione europea).

Il primo tentativo di vincolare le imprese (di grandi dimensioni) al rispetto dei diritti umani, dell'ambiente e, più in generale, ad adottare comportamenti eticamente responsabili, può considerarsi la Direttiva sulle comunicazioni di carattere non finanziario 2014/95/UE del 22 ottobre 2014 (recepita nell'ordinamento italiano attraverso il d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254). Attraverso il meccanismo c.d. di *complay or explain* le società ed i gruppi di grandi dimensioni devono rende conto delle modalità in cui vengono affrontati (e risolti gli eventuali problemi riscontrati) i temi ambientali, sociali e attinenti il personale, il rispetto dei diritti umani ed il contrasto della corruzione attiva e passiva. Le imprese tenute alla dichiarazione devono dunque descrivere il modello aziendale di gestione e organizzazione delle attività in merito agli ambiti di cui sopra. Devono inoltre indicare le politiche praticate (comprese quelle di dovuta diligenza) e i risultati conseguiti nei vari ambiti tramite indicatori fondamenti di *performance* di carattere non finanziario. Devono esporre i rischi generati e subiti nei vari ambiti di riferimento per le attività dirette, per i prodotti, per le politiche commerciali e, se rilevanti, per i rapporti di fornitura e subappalto.

Sono inoltre richiesti specifici riferimenti all'impiego delle risorse energetiche, l'impatto sull'ambiente, sulla salute e la sicurezza, o altri fattori di rischio sia ambientale che sanitario. È prevista anche una rendicontazione sugli aspetti sociali e la gestione del personale, le modalità di attuazione del dialogo tra le parti sociali e del rispetto dei diritti umani. Infine devono essere resi noti gli strumenti adottati per la lotta alla corruzione sia attiva che passiva.

Non vi sono però obblighi circa l'adozione di particolari politiche imprenditoriali nei settori indicati: la direttiva (e la legge italiana) si limitano a prescrivere l'obbligo di motivare le ragioni della mancata adozione.

[124] Acronimo anglosassone che esprime i concetti di *Environmental*, *Social* and *Governance*.

[125] Non è questa la sede per poter approfondire una tematica di tale complessità. Basta ricordare come tale Regolamento definisca



bre 2019, entrato in vigore nel marzo dello scorso anno e che impone agli investitori istituzionali e ai consulenti finanziari di divulgare il loro approccio all'integrazione dei criteri *ESG*, secondo schemi prestabiliti, e di migliorare il livello di informazione sui prodotti finanziari.

Ancora più rilevante appare la recentissima risoluzione "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese. Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese (2020/2129(INL))" con cui si propone, tra le altre cose, di adottare una direttiva specifica in tema di responsabilità sociale delle imprese.

Ciò in considerazione del fatto che "le norme volontarie in materia di dovere di diligenza" hanno "limitazioni e non [hanno] compiuto progressi significativi nella prevenzione dei danni ambientali e dei diritti umani e nell'accesso alla giustizia"; pertanto "l'Unione dovrebbe adottare con urgenza requisiti vincolanti affinché le imprese individuino, valutino, prevengano, facciano cessare, attenuino, monitorino, comunichino, contabilizzino, affrontino e correggano gli impatti negativi potenziali e/o effettivi sui diritti umani, sull'ambiente e sulla buona *governance* nella loro catena del valore". Ciò "sarebbe vantaggioso per i portatori di interessi e per le imprese in termini di armonizzazione, certezza del diritto, parità di condizioni e attenuazione degli iniqui vantaggi competitivi dei paesi terzi derivanti da norme di protezione meno rigorose, nonché dal dumping sociale e ambientale nel commercio internazionale" [126].

Tale risoluzione ha trovato seguito in una proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio «relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937», del 23 febbraio 2022, n. COM(2022) 71 Def. Pur con significativi cambiamenti rispetto alla sopra richiamata raccomandazione, la proposta mira a rendere obbligatoria (quanto meno per le grandi imprese) l'adozione di meccanismi interni di *risk management* ambientale e sociale funzionali a prevenire (nell'intera catena di valore, ricomprendendosi in essa i fornitori, le imprese collegate, i produttori locali, e così via) il prodursi di esternalità ed impatti negativi per l'ambiente, le comunità locali e – più in generale – i diritti umani. In altre parole, le imprese di maggiori dimensioni dovranno dotarsi (sempre se questo sarà il testo finale della proposta di direttiva) di assetti adeguati a prevenire il rischio ambientale e a porvi rimedio laddove, malgrado tutto, esso si sia prodotto [127].

In questo contesto di forte cambiamento si inseriscono la disciplina italiana delle società benefit e dell'impresa sociale, rispettivamente del 2015 e del 2017, mentre recentissima è la modifica degli artt. 9 e 41 della nostra Costituzione con l'introduzione dei temi ambientali quali valori costituzionalmente garantiti e tutelati [128].

---

i criteri in base ai quali un'attività economica contribuisce ai sei obiettivi di sostenibilità adottati dall'UE, che includono: la mitigazione del cambiamento climatico; l'adattamento al cambiamento climatico; l'uso sostenibile e protezione delle risorse idriche e marine; la transizione verso l'economia circolare, con riferimento anche a riduzione e riciclo dei rifiuti; la prevenzione e controllo dell'inquinamento; la protezione della biodiversità e della salute degli eco-sistemi.

Le attività economiche saranno considerate sostenibili se: contribuiscono positivamente ad almeno uno dei sei obiettivi; non producono impatti negativi su nessun altro obiettivo (c.d. "*do not significant harm principle*"); sono svolte nel rispetto di garanzie sociali minime (es. Linee Guida OCSE per le Imprese Multinazionali e Principi guida delle Nazioni Unite su Imprese e Diritti Umani).

[126] In tal senso il punto 1 della Risoluzione sopra richiamata.

[127] Anche se l'argomento meriterebbe ben altro approfondimento, va notato come – rispetto alla raccomandazione del 2021 – spariscano quasi del tutto quei meccanismi di coinvolgimento degli *stakeholders* (come ad es. la possibilità di presentare reclami alle imprese stesse in caso di accertate violazioni dei diritti umani o di danni all'ambiente) che parevano una delle novità più interessanti. Restano quindi da comprendere quali potrebbero essere i rimedi esperibili dai terzi interessati in caso di violazioni del suddetto dovere di dovuta diligenza ai fini della sostenibilità.

[128] Si riportano i testi modificati dei due articoli, senza poterne commentare la portata. L'art. 9, prevede ora che «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazio-



L'art. 1, commi 376 e ss. della legge 28 dicembre 2015, n. 208, introduce un modello di società che coniuga la finalità lucrativa [129] (propria dei tipi societari codicistici) con il perseguimento di uno o più «finalità di beneficio comune e [che] operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse» [130].

Pertanto, se una società "tradizionale" adotta politiche di responsabilità sociale d'impresa sulla base di una scelta strategica e volontaria dei propri amministratori, in una società benefit vi è una precisa scelta operata dai soci (quindi vincolante per gli amministratori) attraverso l'ibridazione del proprio oggetto sociale il quale dovrà indicare "specificatamente" le finalità di beneficio comune scelte, da perseguire «mediante una gestione volta al bilanciamento con l'interesse dei soci e con l'interesse di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto» [131].

Gli amministratori di una società benefit assumono precisi obblighi di gestione che si sostanziano nel dovere di amministrare «in modo da bilanciare l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi delle categorie indicate nel comma 376, conformemente a quanto previsto dallo statuto». Inoltre, «fermo quanto disposto dalla disciplina di ciascun tipo di società prevista dal codice civile», va individuato «il soggetto o i soggetti responsabili a cui affidare funzioni e compiti volti al perseguimento delle suddette finalità» [132]. Significa, in altri termini, che la società si debba dotare di assetti adeguati – tra le altre cose – alle particolari finalità perseguite attraverso l'attività d'impresa.

L'inosservanza degli obblighi «di cui al comma 380 può costituire inadempimento dei doveri imposti agli amministratori dalla legge e dallo statuto. In caso di inadempimento degli obblighi di cui al comma 380, si applica quanto disposto dal codice civile in relazione a ciascun tipo di società in tema di responsabilità degli amministratori» [133].

Nella disciplina della società benefit riecheggiano parte dei principi ritenuti fondanti la responsabilità sociale d'impresa (si pensi, ad es., alla gestione responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse; al perseguimento, nell'esercizio dell'attività economica, di uno o più effetti positivi, o la riduzione degli effetti negativi, su una o più delle categorie individuate dalla legge; alla valutazione dell'impatto generato dall'attività della società benefit in termini di beneficio comune; e così via). Con la differenza che gli amministratori delle imprese che si qualificano "benefit" sono tenuti ad adeguare la loro gestione ad una precisa scelta dei soci che – vincolandosi statutariamente – intendono perseguire, oltre al lucro, un beneficio comune [134].

---

ne. *Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*».

L'art. 41, secondo e terzo comma, stabiliscono inoltre che l'iniziativa economica privata, che resta «libera», non possa «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute*, *all'ambiente*, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali *e ambientali*» (in corsivo le modifiche introdotte).

[129] Oppure anche mutualistica, considerato il fatto che anche le società cooperative possono assumere la qualifica di società benefit.

[130] Secondo le previsioni del comma 376, l. n. 208/2015.

[131] Così la previsione contenuta nel comma 377 della suddetta legge.

[132] Comma 380, l. n. 208/2015.

[133] Comma 381, l. n. 208/2015.

[134] Le questioni problematiche poste dalla disciplina delle società benefit sono numerose e di complessa soluzione e non possono es-



Nella disciplina dell'impresa sociale invece il perseguimento del lucro soggettivo è (non escluso ma) limitato *ex lege* e la prevalenza viene data alla realizzazione di attività di "interesse generale" (come ampiamente visto in precedenza).

L'imprenditore sociale dovrebbe operare non nel proprio interesse ma in quello di utenti e beneficiari di servizi ed attività con una forte connotazione di socialità. La legge non individua un "tipo" di impresa specifica ma consente l'acquisizione della qualifica "sociale" agli enti privati – non necessariamente società – che esercitano «in via stabile e principale attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro, per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, realizzate attraverso modalità di gestione responsabili e trasparenti, con il più ampio coinvolgimento di lavoratori, utenti e altri soggetti interessati alle loro attività».

Rispetto alla società benefit l'impresa sociale si caratterizza indubbiamente per le tipologie di attività (di interesse generale) [135] e per l'auspicata "ampia" partecipazione alle scelte gestionali da parte di utenti, lavoratori e terzi interessati, mentre ritorna l'idea – già presente nella disciplina della società benefit – della necessaria gestione responsabile e trasparente.

L'impresa sociale pare quindi collocarsi vicino alle attività di interesse generale svolte dallo Stato, pur permanendo nell'ambito del settore privato. D'altra parte, in ambito pubblico, l'attività d'impresa non è bandita ma risulta fortemente limitata. Se si pensa alle previsioni del Testo Unico Società Partecipate [136], guidate dai principi di efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica, è chiara la volontà del legislatore di limitare il ricorso alle società pubbliche (controllate o partecipate) ai soli casi di «produzione di un servizio di interesse generale [137], ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi», «progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche», «realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato», «autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni», nonché «servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici» [138].

Non solo, tali finalità sono perseguibili dalle pubbliche amministrazioni attraverso la forma societaria laddove l'oggetto dell'attività di produzione di beni e servizi sia «strettamente necessaria» per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali [139].

---

sere trattate esaustivamente in questa sede. Tra esse vi è indubbiamente quella relativa alla responsabilità degli amministratori, sia nei confronti dei soci che dei destinatari del beneficio comune. La discrezionalità di chi gestisce una società benefit pare infatti ampliarsi laddove, come previsto dalla legge, si demanda ad esso il compito di "bilanciare" i diversi interessi in conflitto (quello lucrativo con quello di beneficio comune, il quale ultimo può assumere mutevoli forme). Senza contare la difficoltà di individuare nell'ordinamento meccanismi sanzionatori efficaci di cui possano disporre i beneficiari (terzi rispetto alla compagine sociale) "traditi".

[135] Di cui il legislatore fornisce ampia elencazione sia nel Codice del Terzo settore che nella disciplina specifica dell'impresa sociale.

[136] D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (c.d. TUSP).

[137] Potrebbe risultare interessante operare un confronto tra la definizione data dal TUSP di servizi di interesse generale («le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale») e di servizi di interesse economico generale («servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato») e l'elencazione delle "attività di interesse generale" di cui al Codice del Terzo settore e – più nello specifico – della legge sull'impresa sociale.

[138] Si tratta delle disposizioni di cui all'art. 4, secondo comma, lett. da a) a e), TUSP.

[139] Per una particolare lettura del rapporto tra società pubbliche e società benefit, nell'ottica di una miglior definizione del concet-



La ritirata dello Stato imprenditore viene (o dovrebbe) venir compensata dall'intervento di imprese che – seppur private – siano motivate da intenti "civici", "solidaristici" e "di utilità sociale": non dal lucro, o non solo dal lucro, ma attraverso un modo di operare "economico" ed imprenditoriale.

Tratteggiato – per rapidi cenni – tale quadro generale, il tema centrale della discussione resta quello dell'effettiva realizzabilità di un modello di impresa "sociale", a lucro limitato e con ampia partecipazione di utenti, lavoratori e terzi interessati all'attività dell'impresa stessa. Malgrado le teorie economiche ritengono che una impresa impostata su una *governance* c.d. "*multi-stakeholder*" possa funzionare ed operare, dal punto di vista dell'approfondimento giuridico molteplici sono i dubbi.

Limitandoci alla disciplina dell'impresa sociale [140] i punti maggiormente critici sono rinvenibili indubbiamente nella regolamentazione delle possibili modalità di *governance*. Come in precedenza evidenziato, si lascia agli statuti [141] o a regolamenti interni il compito di individuare le più idonee modalità per ottenere il coinvolgimento di utenti e terzi interessati (che, di per sé, può anche essere scelta condivisibile) ma – facendosi poi applicazione delle norme codicistiche proprie del tipo prescelto – manca la previsione di particolari meccanismi sanzionatori nei confronti dei gestori per scelte che tradiscano le finalità proprie dell'impresa sociale o – peggio – ne compromettano la stessa esistenza [142].

Forse la particolare caratterizzazione dell'impresa sociale (pur sempre impresa ma volta ad esercitare attività di interesse generale, non per fini lucrativi – perseguendo invece finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale – e operando attraverso una gestione responsabile e trasparente) avrebbe potuto portare ad individuare modalità di *governance* più innovative e, in qualche modo, alternative rispetto a quelle tradizionali.

Tale effetto potrebbe forse ottenersi – oltre che attraverso l'autonomia statutaria – anche con la valorizzazione del requisito di assetti adeguati (alle specificità dell'impresa sociale). Ciò potrebbe forse anche consentire ai soci di imputare responsabilità aggravate agli amministratori che tradiscano la *mission* loro affidata. Ma resta il problema di quali strumenti possano essere attivati da chi, esterno alla società ma beneficiario della sua attività, venga eventualmente leso nei propri diritti o aspettative [143].

Inoltre l'idea che nelle imprese sociali organizzate in forma collettiva o societaria non vi siano soci di comando e che la proprietà risulti frazionata per coinvolgere il maggior numero di interessati (secondo il modello della *public company*) può portare, quale conseguenza non voluta, all'attribuzione del controllo societario in capo agli stessi amministratori [144]. Ancora una volta, senza adeguati meccanismi di correzione, il

---

to di "scopo di lucro", si veda E. CODAZZI, F. GOISIS, *Ancora sullo scopo di lucro nelle società a partecipazione pubblica: spunti alla luce della disciplina sulle società benefit*, in *Dir. econ*., 2020, 1, 477 ss.

[140] Forse, laddove il legislatore avesse avuto – come detto in precedenza – maggior coraggio nell'immaginare meccanismi di coinvolgimento diretto di utenti e beneficiari e forme specifiche di responsabilità dei gestori, l'impresa sociale avrebbe potuto costituire un modello innovativo di impresa.

[141] Il discorso è riferito in particolare alle imprese sociali che si strutturino secondo uno dei tipi societari disciplinati nel codice civile.

[142] Per le imprese sociali l'applicazione della liquidazione giudiziale, (nel nuovo linguaggio del legislatore del Codice della Crisi e dell'Insolvenza si tratta della versione "moderna" del fallimento) in caso di crisi, non pare essere la soluzione ottimale. Tanto che nel d.lgs. n. 112/2017 (art. 14) si prevedeva l'attivazione della procedura di liquidazione coatta amministrativa. Quest'ultima procedura tuttavia, alla luce delle nuove previsioni del sopra richiamato Codice della Crisi e dell'Insolvenza (d.lgs. n. 14/2019), non pare però più applicabile. Il rischio concreto è che l'eventuale dissesto coinvolga i beneficiari e gli utenti del servizio che, seppur creditori in senso lato, non paiono assimilabili ad altre categorie di creditori dell'impresa "tradizionale".

[143] Applicando gli istituti codicistici si potrebbe immaginarsi che nelle imprese sociali (ma anche nelle società benefit e forse nelle società pubbliche, seppure con gli opportuni adattamenti in riferimento alla natura pubblica delle risorse utilizzate) la responsabilità degli amministratori risulti aggravata dalla natura dell'attività esercitata (di interesse generale) nonché dalle particolari finalità perseguite e quindi dalla rilevanza degli interessi degli *stakeholder* coinvolti.

[144] La tematica è stata discussa con riferimento alle società cooperative e, tra esse, alle banche popolari e alle banche di credito



risultato potrebbe rivelarsi opposto a quello voluto. Anche in questo caso si dovrebbe pertanto operare attraverso l'introduzione di particolari meccanismi statutari (o l'applicazione di istituti giuridici presenti nel codice civile [145]) che consentano di operare un controllo attento e stringente sugli indirizzi della gestione e sulle ricadute operative di essi attraverso la verifica (anche in itinere) della gestione organizzativa ed operativa degli amministratori.

D'altra parte un tema ancora più generale è quello relativo a forme di "incentivo" – in senso lato – che possano spingere un imprenditore privato a svolgere attività di interesse generale laddove la remunerazione del capitale investito risulti limitata [146]. Il filantropismo e una particolare sensibilità sociale non paiono stimolo sufficiente per un più ampio sviluppo del settore.

La leva fiscale è stata introdotta nel d.lgs. n. 112/2017 e costituisce indubbiamente un mezzo per rendere appetibile l'attività d'impresa nel sociale. Ma essa non sempre risulta un meccanismo efficiente (soprattutto nel momento in cui agevolazioni e benefici vengano meno).

Potrebbero assumere rilievo allora anche altri meccanismi quali la possibilità di partecipare ad appalti pubblici [147] nonché la possibilità di accedere a sistemi di raccolta di fondi per finanziare le attività dell'impresa [148].

Con riferimento al primo aspetto, si potrebbe anche ipotizzare un intervento più diretto degli enti pubblici – territoriali locali in particolare – attraverso forme di compartecipazione nella stessa impresa. Si consideri ad esempio la possibilità di dare vita ad una società (impresa sociale) "partecipata" dall'ente pubblico, in cui i soci privati detengano la maggioranza del capitale sociale [149]. Nel rispetto delle finalità di cui al Testo Unico Società Partecipate (quindi laddove l'attività di interesse generale – prevalente – che si intende porre in

---

cooperativo. Una delle ragioni – tra le varie – che ha portato il legislatore alla riforma del settore bancario fu proprio la scarsa contendibilità di quelle banche, favorita anche da una sorta di auto-perpetuazione degli amministratori quale risultato della difficoltà di individuare effettivamente un socio di controllo (conseguenza della regola tipica delle società cooperative una testa un voto, pur parzialmente mitigata nelle società cooperative a mutualità non prevalente).

[145] Ad es. le azioni a voto plurimo, da attribuirsi ad associazioni o organizzazioni (pur sempre socie ma) rappresentative degli interessi di utenti o beneficiari, nella veste di una sorta quindi di socio "istituzionale".

Oppure con la previsione della figura di amministratore indipendente da inserire in consiglio di amministratore. O ancora utilizzando i modelli alternativi (quello dualistico in particolare) adattato alle esigenze particolari delle imprese sociali.

[146] Vigente la precedente regolamentazione dell'impresa sociale da più parti si rilevò come il divieto assoluto del lucro soggettivo impedì un reale sviluppo di questa tipologia di imprese. Evidentemente l'altruismo e la buona reputazione non costituivano incentivi adeguati. Oggi forse, con le nuove sensibilità in tema di responsabilità sociale d'impresa, potrebbe essere cambiato qualche cosa. Ma per le imprese sociali, ad avviso di chi scrive, la particolarità delle attività loro assegnate forse non consentono alle stesse di essere ricondotte al più generale filone della *CSR*.

[147] Il riferimento è da un lato alle previsioni di cui agli artt. 55 (co-programmazione e co-progettazione) e 56 (convenzioni, per altro stipulabili solo con organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale) del Codice del Terzo settore, dall'altro agli artt. 140 ss. del Codice appalti (d.lgs. n. 50/2016). Con particolare riferimento a quest'ultima normativa vanno segnalate le modifiche introdotte dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni), convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120: negli articoli 30, comma ottavo, 59 primo comma e 140 primo comma del Codice appalti si precisa che l'applicazione delle varie disposizioni debbano far salvo (o tener in adeguato conto) quanto previsto per gli enti di terzo settore nel d.lgs. n. 117/2017.

Alcune riflessioni sull'applicazione del Codice appalti in riferimento alle imprese sociali sono state fatte nelle pagine che precedono.

[148] Con riferimento a tali meccanismi si possono richiamare il c.d. *crowfunding* (per l'impresa sociale l'art. 18, comma ottavo, del d.lgs. n. 112, dispone la modifica di alcune disposizioni del Testo Unico della Finanza per consentire appunto anche alle imprese sociali di accedere a portali per la raccolta di capitali) nonché la possibilità concessa ad istituti di credito di emettere una particolare categoria di titoli di debito chiamati "titoli di solidarietà" (*ex* art. 77 Codice del Terzo settore).

[149] Ricordiamo come il d.lgs. n. 112/2017 vieti agli enti pubblici di assumere la qualificazione di impresa sociale o di controllare un'impresa sociale, non di parteciparvi.



essere coincida con quei servizi di interesse generale che legge ammette siano realizzati nelle forme delle partecipate/controllate) la società potrebbe assumere la qualifica di impresa sociale, con una gestione manageriale (garantita dai soci privati) ed un controllo interno sulla universalità e qualità del servizio posto in essere dal socio pubblico (attraverso gli opportuni meccanismi statutari). In tal modo l'ente pubblico socio si potrebbe fare garante delle istanze e interessi dei beneficiari ed utenti del servizio, investendo risorse e controllandone l'uso, lasciando ai soci privati la remunerazione del loro capitale investito (ricordiamo come non più della metà dell'utile prodotto possa essere distribuito, quota che potrebbe essere destinata beneficio dei soli soci privati – ancora una volta attraverso appositi accorgimenti statutari) [150].

Per quanto riguarda l'altro aspetto (le forme di finanziamento), esso pare significativo soprattutto laddove si possa ricostruire l'impresa sociale come proposto nel precedente capitolo: con le piattaforme di *crowfunding* si richiede il finanziamento di un "progetto" e la sua realizzazione nei termini resi pubblici vincola l'impresa (e per essa, gli amministratori della società). In altre parole, come la finanza etica e la considerazione

[150] A seconda poi del tipo di attività (se di produzione di beni o di servizi) si potrebbe anche immaginare l'utilizzo delle forme di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (quindi con la necessità di individuare il socio privato attraverso una gara).

In qualche modo la situazione descritta nel testo potrebbe avere concreta realizzazione nella Provincia Autonoma Trento, nel settore del turismo e della promozione del territorio, con la nuova legge provinciale n. 8/2020. La disciplina (finalizzata – art. 1, primo comma – a sostenere, «attraverso la promozione territoriale, i valori, le competenze, le tradizioni e le culture del Trentino in maniera sinergica e integrata in tutti i settori e riconosce il ruolo fondamentale del turismo come risorsa per lo sviluppo integrato, sostenibile ed equilibrato del territorio e della filiera produttiva locale nonché la centralità del turista, in tutte le fasi del ciclo della vacanza»), tra le altre cose, riforma le aziende di promozione turistica (APT) imponendo ad esse di assumere la personalità giuridica e obbligandole ad avere un organo amministrativo rappresentativo (per più dei 2/3) dei soci privati (art. 12).

Le suddette "nuove" APT sono finanziate in buona parte dalla stessa Provincia e la ragione è – probabilmente – che buona parte delle attività svolte sono di «interesse generale» (vale a dire, *ex* art. 2, lett. h*)*, «attività rivolta alla generalità degli utenti e operatori di un ambito territoriale finalizzata a promuovere il territorio nel suo insieme»). L'art. 7, secondo comma ne fornisce dettagliata elencazione («Ai fini del comma 1 le APT realizzano le seguenti attività d'interesse generale, nel rispetto della disciplina europea in materia di aiuti di Stato: a) attività primarie: 1) istituire e svolgere servizi di informazione, di assistenza e accoglienza turistica, nonché porre in essere le attività per la fruizione dei prodotti turistici, nell'ottica della costruzione dell'esperienza turistica; 2) organizzare e promuovere manifestazioni ed eventi nonché coordinare e promuovere quelli realizzati da altri soggetti nell'ambito territoriale; 3) attuare, in ambito locale, i progetti di livello provinciale e gli strumenti di sistema nonché i prodotti sviluppati dalle agenzie territoriali d'area; 4) sviluppare i prodotti turistici di interesse del relativo ambito; 5) valorizzare l'utilizzo delle produzioni locali e le esperienze locali; 6) promuovere i valori del Trentino, con riferimento a quanto previsto dall'articolo 3; 7) affiancare e sostenere gli operatori turistici dell'ambito con riferimento ai seguenti temi: 7.1) coinvolgimento per la definizione e costruzione del prodotto turistico; 7.2) definizione di proposte tematiche e stagionali; 7.3) utilizzo delle piattaforme digitali di sistema; 7.4) coerenza tra il posizionamento della struttura e quello della località; 8) partecipare ai progetti di sviluppo di prodotto turistico attraverso la nomina del proprio rappresentante presso le agenzie territoriali d'area; 9) sviluppare sinergie con i comuni e con le istituzioni presenti nell'ambito per quanto concerne gli interventi correlati e necessari alla valorizzazione turistica del territorio; b) altre attività: 1) realizzare attività di marketing del proprio ambito con riferimento ai mercati di prossimità o prevalenti; 2) promuovere i marchi delle località; 3) concorrere alla valorizzazione e promozione del patrimonio paesaggistico, artistico, storico e ambientale, anche con riguardo alle iniziative relative all'economia circolare, coerentemente con le finalità della promozione territoriale; 4) promuovere e gestire impianti, servizi e infrastrutture a carattere locale e non di rilevanza economica e di prevalente interesse turistico o sportivo; 5) sostenere iniziative per favorire attività a basso impatto ambientale; 6) promuovere lo svolgimento di servizi di mobilità di utilità collettiva, integrativi dell'offerta turistica, che assicurino migliori condizioni di fruizione del territorio (…) Le attività diverse da quelle previste dal comma 2 svolte dalle APT non possono essere oggetto del finanziamento provinciale ai sensi dell'articolo 16»).

D'altra parte, tra le attività di interesse generale di cui all'art. 2, secondo comma, d.lgs. n. 112/2017 sono ricomprese gli «interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del d.lgs.22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni» (lett. f)) nonché la «organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso» (lett. k)). La disposizione è la medesima (almeno per queste due lettere) di quella contenuta nell'art. 5, primo comma, d.lgs. n. 117/2017.

Potrebbe quindi essere interessante un parallelo tra la normativa nazionale e quella provinciale.



dei fattori *ESG* sono in grado di orientare le scelte gestorie delle imprese che a tali forme di finanziamento accedono, lo stesso potrebbe avvenire nel caso delle imprese sociali. Essere "virtuosi" e rispettosi della *mission* aziendale intrapresa consente di ottenere finanziamenti per il sostegno dell'iniziativa imprenditoriale.

In ogni caso, al di là della possibile occasione persa da parte del legislatore di dar vita ad una nuova "forma" d'impresa, solo gli anni a venire ci diranno se le imprese sociali potranno costituire la spina dorsale di una nuova economia, più sociale e sostenibile (per vocazione o per necessità). Per ora, tuttavia, la stragrande maggioranza delle imprese sociali attualmente censite è costituita da (preesistenti) cooperative sociali mentre la forma della società lucrativa è ancora lontana dal divenire tipo rilevante all'interno del terzo settore: questa potrebbe essere la vera sfida per il futuro.



FABIO TROLLI

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Parma

TUTELA DELLA RISERVATEZZA DELL'*INFLUENCER* E RIMEDÎ CONTRATTUALI

SOMMARIO*: 1. I nuovi modelli di economia digitale: l'influencer e la divulgazione pubblicitaria in rete. – 2. L'inquadramento giuridico dell'influencer. – 3. Aspetti problematici sulla regolazione dell'influencer. – 4. Diritti fondamentali della persona e contratto: prospettive generali. – 5. Il problema della validità del contratto: liceità e meritevolezza del negozio. – 6.* Segue*. La determinatezza dell'oggetto del contratto di sponsor e il ruolo della buona fede contrattuale. – 7. I rimedî contrattuali: il recesso dell'influencer e le pretese economiche del finanziatore. – 8.* Segue*. L'inadempimento dell'influencer e la risoluzione del rapporto. – 9. Considerazioni conclusive.*

1. – Il contratto di *sponsor* nasce da esigenze di pubblicizzazione, nell'economia di larga scala, e si diffonde, con particolare ampiezza, nel mercato consumeristico dell'immediato dopoguerra, divenendo usuale nella prassi commerciale dei contratti pubblicitarî [1]. La sponsorizzazione è divenuta in poco tempo uno schema contrattuale socialmente tipizzato, ancorché non riassumibile in un modulo negoziale fisso, ed è quindi capace di soddisfare esigenze assai diverse, quali quelle dello sport, dello spettacolo o della diffusione culturale [2].

La giurisprudenza si è oramai assestata su una definizione del contratto in esame come l'accordo con cui un soggetto (così detto *sponsee* o sponsorizzato) si obbliga a consentire a un altro soggetto (così detto *sponsor*) l'uso della propria immagine pubblica o del proprio nome, per promuovere, dietro corrispettivo, un prodotto o un marchio [3]. A fronte di una vasta diffusione sociale, lo *sponsor* ha suscitato l'interesse degli interpreti, che hanno avuto modo di indagarne a fondo la natura e la funzione, senza peraltro aver raggiunto risultati condivisi [4].

---

[1] La storia della sponsorizzazione affonda le proprie radici nell'antichità, anche se ha assunto la fisionomia attuale grazie al progresso tecnologico e alla rivoluzione consumeristica del mercato. Sul tema, si rinvia ai numerosi studî di T. MEENAGHAN, *Commercial Sponsorship*, in *European Journal of Marketing*, 1983, 1 ss.; ID., *Sponsorship: Legitimising the Medium*, in *European Journal of Marketing*, 1991, 5 ss.; ID., *Current Developments and Future Directions in Commercial Sponsorship*, in *International Journal of Advertising*, 1998, 3 ss.; ID., *Understanging Sponsorship Effects*, in *Psychology and Marketing*, 2001, 95 ss.

[2] Sulle numerose forme che assume la sponsorizzazione, si veda V. DE SANCTIS, *Le sponsorizzazioni. Analisi di un fenomeno*, Napoli, 2006, 43 ss.

[3] Così, Cass. civ., 11 ottobre 1997, n. 9880, in *Foro it.*, 1998, I, c. 499 ss.; in *Dir. inform.*, 1998, 277 ss.; in *Gius. civ.*, 1998, I, 1059 ss., con nota di D. ANICETTI, *Lo sfruttamento pubblicitario della notorietà tra concessione di vendita e contratto di sponsorizzazione*; in *Riv. dir. sport.*, 1997, 740, con nota di A. MOLITERNI, *Il contratto di sponsorizzazione approda in Cassazione: un fortunato esordio o solo un'occasione perduta?*; in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1063 ss., con nota di A. DASSI, *La natura atipica del contratto di sponsorizzazione*.

[4] La dottrina è oramai copiosa. Si vedano, almeno: G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 438 ss.; B. INZITARI,



Difatti, nonostante l'elaborazione dottrinale e la limpida ragione economica, che ne giustifica l'impiego, non è agevole comprendere fino in fondo la fisionomia dello *sponsor* e, quindi, la sua trasposizione nelle tradizionali categorie giuridiche. Fra i tanti aspetti di interesse, merita fermare l'attenzione su quel tipo di sponsorizzazione, che vede, quale parte contrattuale, la persona che si obbliga a tenere determinati comportamenti, al fine di garantire un beneficio di immagine allo *sponsor*, o all'omissione di certi atteggiamenti, che possano danneggiare la considerazione sociale del finanziatore [5]. Circostanza, questa, che originariamente è sórta con riferimento all'impiego commerciale dell'immagine [6], ma che si è presto rivelata ben più ampia nella sua portata.

Dalla dinamica commerciale sono sórte inedite modalità di profitto economico, le quali si accentrano sulla persona in modo assai più intenso, rispetto alle tecniche oramai divenute tradizionali. Complice è la rivoluzione tecnologica e informatica, che, non solo ha aperto i confini dell'attività economica al mondo digitale, garantendo spazî emergenti all'imprenditoria [7], ma ha altresì reso possibile la nascita di nuove figure professionali, che basano il proprio profitto esclusivamente sulle qualità della persona che si mostra nella rete. Il riferimento è alla figura dell'*influencer* [8], che si può genericamente definire, per ora, come colui il quale influenza le scelte di acquisto dei consumatori.

Tale figura è particolarmente diffusa nelle piattaforme di condivisione (i così detti *social networks*) [9], il cui funzionamento è basato su una architettura digitale aperta all'utilizzo degli utenti e la cui ricchezza discende proprio dal largo utilizzo da parte degli iscritti che seguono l'*influencer* (i così detti *followers*), i quali, durante la navigazione, cedono i proprî dati personali [10]. L'*influencer* diviene così un modello economico

---

Sponsorizzazione, in *Contr. impresa*, 1985, 249 ss.; V. Franceschelli, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Giur. comm.*, 1987, 288 ss.; M.V. De Giorgi, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1998, *passim*; C. Verde, *Il contratto di sponsorizzazione*, Napoli, 1989; M. Bianca, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990; Id., voce *Sponsorizzazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XV, Torino, 1998, 134 ss.; S. Gatti, voce *Sponsorizzazione*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 509 ss.; G.V. Briante, G. Savorani, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, II, *I contratti atipici*, a cura di G. Alpa, M. Bessone, Torino, 1991, 429 ss.; V. Amato, voce *Sponsorizzazione*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; R. Giampietraglia, *Il contratto di sponsorizzazione*, in *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, a cura di R. Bocchini, A.M. Gambino, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2011, 499 ss.; V. Falce, *I contratti di sponsorizzazione*, in *I contratti di pubblicità e sponsorizzazione*, a cura di A.M. Gambino, nel *Trattato di diritto commerciale*, fondato a V. Buonocore, diretto da R. Costi, III, 3.VII, Torino, 2012, 47 ss.; R. Cerchia, voce *Sponsorizzazione (contratto di)*, in *Dig. disc. priv*., sez. civ., Agg., Milano, 2013, 694 ss.

[5] Si legga, in giurisprudenza, Trib. Rieti, 19 marzo 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 983 ss. In dottrina, sulla causa del contratto di *sponsor*, *ex multis*, C. Verde, *op. cit.*, 122 ss., spec. 127-128.

[6] Per un'indagine approfondita dello sfruttamento economico dell'immagine, v. M. Proto, *Il diritto e l'immagine. La tutela giuridica del riserbo e dell'icona personale*, Milano, 2012.

[7] In argomento, v. V. Zeno-Zencovich, *Informatica ed evoluzione del diritto*, in *Dir. inform.*, 2003, 89 ss., spec. p. 92, ma, più di recente, Id., *La datasfera. Regole giuridiche per il mondo digitale parallelo*, in *I 'profili' del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, a cura di L. Scaffardi, Torino, 2018, 99 ss.

[8] La figura dell'*influencer* è stata già oggetto di alcune riflessioni dal punto di vista della dinamica sociale, della comunicazione e del *marketing* digitale. Per richiamare studî su questo fenomeno, si può avere riguardo a K. Freberg, K. Graham, K. McGaughey-L.A. Freberg, *Who Are The Social Media Influencers? A Study of Public Perceptions of Personality*, in *Public Relations Review*, 2011, 90 ss.; D. Bakker, *Conceptualising Influencer Marketing*, in *Journal of emerging trends in marketing and management*, 2018, 79 ss.; D. Belanche, L.V. Casaló, M. Flavián, S. Ibáñez-Sánchez, *Understanding Influencer Marketing: The Role of Congruence Between Influencers, Products and Consumers*, in *Journal of Business Research*, 2021, 186 ss.; D. Vrontis, A. Makrides, M. Christofi, A. Thrassou, *Social Media Influencer Marketing: A Systematic Review, Integrative Framework and Future Research Agenda*, in *International Journal of Consumer Studies*, 2021, 617 ss.

[9] V., per un adeguato profilo civilistico, il primo studio problematico di C. Perlingieri, *Profili civilistici dei* social network, Napoli, 2014, 23 ss.

[10] Cfr., in argomento, M.W. Monterossi, *Estrazione e (ri) utilizzo di informazioni digitali all'interno della rete internet. Il fenomeno del c.d.* web scraping, in *Dir. inform.*, 2020, 327 ss.



di fortuna nella dimensione digitale, contribuendo ad aumentare il flusso dei dati personali in rete e, quindi, concorre agli scopi di profitto dei *social networks*.

Proprio nel contesto dell'imprenditoria digitale, le pagine gestite da taluni *influencer* hanno un'elevata capacità di diffusione dei messaggi condivisi in rete e, pertanto, sono state ben presto fonte di elevati profitti economici. Si assiste, quindi, a un utilizzo peculiare della sponsorizzazione, in cui l'*influencer* assume anche le vesti di *sponsee*, e, più precisamente, di *testimonial* [11], quando si lega contrattualmente a un finanziatore al quale procura pubblicità e notorietà, attraverso l'utilizzo di proprie pagine, dove si commentano, si pubblicano e si condividono immagini e video relativi al prodotto sponsorizzato.

A questo punto, si intende affrontare la dinamica negoziale, che si sviluppa attorno all'attività dell'*influencer*, sotto due aspetti. In primo luogo, e dal punto di vista ricostruttivo, si vuol far chiarezza sull'attività del divulgatore in rete, al fine di porre in luce alcune delicate questioni di ricostruzione della disciplina [12]. In secondo luogo, in chiave problematica, si intende concentrare l'attenzione su di un profilo dell'attività dell'*influencer*, che riguarda l'impatto del regolamento negoziale sulla riservatezza del divulgatore [13].

2. – Nonostante la figura dell'*influencer* abbia riscosso molto successo, in campo economico, e sia oramai diffusa a livello sociale, sono pochi i contributi giuridici che riescono a definirlo e a dar conto dei numerosi àmbiti in cui questi viene coinvolto [14].

Per far luce su codesto aspetto, si può richiamare una precisa indagine della dottrina straniera, che offre alcuni utili spunti in argomento. Nello specifico, si afferma che un primo elemento qualificante l'*influencer* sia il settore commerciale in cui esso opera: si è notato che, spesso, i divulgatori concentrano la propria attività su certi tipi di prodotto, anche se non mancano gli *influencer* che diversificano i prodotti diffusi per raggiungere un più elevato numero di *followers* [15]. Altro tratto è l'importanza che riveste la popolarità della persona: l'*influencer* può essere un personaggio pubblico, che usa i *social networks* per promuovere la propria immagine personale e professionale, ma anche una persona sconosciuta, che acquista notorietà grazie alla continua e mirata condivisione di contenuti in rete, ricevendone un ritorno economico [16]. A ciò si lega un terzo carattere, costituito dal ruolo che riveste l'*influencer* al di fuori della rete: difatti, questi può essere un imprenditore, un libero professionista oppure un consumatore [17]. Un quarto elemento, infine, viene individuato nella misurazione della attività che il divulgatore svolge in rete (definita *influence analytics*). Gli indici di misurazione si ricavano dal numero di *followers* e dalle interazioni che questi possono avere nei *social networks* (si pensi al numero di visite delle pagine, condivisioni, commenti, *likes*) [18]; aspetto, questo, che rileva

[11] Sulla precisa individuazione del *testimonial*, si rinvia a V. FALCE, *op. cit.*, 104 ss., in cui pone in luce che tale figura si caratterizza per essere uno strumento di pubblicità dello *sponsor*, la cui obbligazione si risolve in un *facere* con riguardo alla effettuazione diretta della propaganda e in un *pati*, in ordine al consenso all'utilizzo pubblicitario degli elementi di individuazione della propria persona.

[12] Segnatamente ai parr. 2 e 3.

[13] Con specifico riguardo ai parr. 4 ss.

[14] Lamentano uno scarso interesse allo studio dei profili giuridici dell'*influencer*, C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *The Regulation Of Social Media Influencers: An Introduction*, in *The Regulation of Social Media Influencers*, a cura di C. GOANTA, S. SANCHORADÁS, Northampton, 2020, Northampton, 2020, 4, in apertura di una delle prime indagini che, in modo approfondito, cercano di studiare tale figura.

[15] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 6.

[16] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 7.

[17] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 9.

[18] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 8, i quali, da questo punto di vista, rilevano una larga scala di *influencer*, sulla base del-



non solo a fini definitorî, bensì anche per assegnare un valore economico al livello di divulgazione, che è in grado di raggiungere l'*influencer* [19].

Il dato caratterizzante l'attività dell'*influencer* è la sua abilità nel creare contenuti digitali, che possano essere monetizzati attraverso i *social media* [20]. La dottrina straniera descrive varî modelli di impresa che si possono ritrovare nell'attività dell'*influencer*, che è bene ricordare, perché essi rivelano il contenuto del rapporto contrattuale fra il divulgatore e il finanziatore.

Un primo modello è quello dell'affiliazione commerciale, in cui l'*influencer* diffonde un *link* a un prodotto dell'impresa finanziatrice, che lo remunera per ogni accesso dell'utente o per ogni vendita conclusa [21]. Altra fattispecie è lo scambio di beni e servizi, contro la prestazione pubblicitaria del divulgatore [22]. Vi è poi una forma più vicina alla sponsorizzazione, che consiste nella corresponsione di una somma di denaro per ogni visualizzazione o interazione dei *followers* verso una pagina o un *post* gestiti dall'*influencer* [23]. Un ultimo modello di impresa è rinvenuto in dinamiche negoziali più complesse, nelle quali l'*influencer* collabora in stretta connessione col divulgatore e, talvolta, diviene parte dell'organizzazione stessa dell'impresa [24].

Da questa descrizione, si può anzitutto dedurre che l'*influencer* sia legato al finanziatore da un contratto atipico, consensuale, oneroso [25], sinallagmatico e a forma libera [26]. Quanto al contenuto del contratto, generalmente sottoscritto fra il divulgatore e un'agenzia di comunicazione [27], occorre interpretare le clausole negoziali per ricavare una precisa ricostruzione dei diritti e dei doveri dell'*influencer* [28]. Dalla sua atipicità discende la difficoltà, del tutto simile a quanto avviene nella sponsorizzazione, di ritrovare schemi capaci di qualificare questo rapporto e, quindi, di avvicinarlo a rapporti già conosciuti dall'ordinamento [29].

Gli obblighi, in cambio dei quali il divulgatore riceve un ritorno economico (in denaro o altri beni [30]),

---

la loro popolarità, a partire da coloro che hanno milioni di *followers* (i così detti *mega-influencers*) fino a quelli che, invece, hanno un minor seguito, ma sono percepiti dalle aziende finanziatrici come maggiormente genuini e in grado di aumentare il loro potenziale divulgativo (i così detti *micro-influencers*).

[19] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 8-9.

[20] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 9.

[21] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 10, che riportano l'esempio dei codici sconto su *Instagram*.

[22] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 10-11, pongono il caso di una impresa che finanzia un *post* sui *social network* che pubblicizzi un particolare evento, oppure l'offerta di una prestazione (una cena oppure un soggiorno in un albergo) a fronte di una recensione pubblica, richiamando altresì alcuni differenti modi di conclusione dell'accordo (mediante sottoscrizione di un contratto oppure con scambio di proposta e accettazione sulle piattaforme digitali).

[23] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 11, che precisano come l'accordo fra l'*influencer* e il finanziatore si arricchisca, generalmente, di clausole di fedeltà, con cui il divulgatore viene legato per un certo tempo all'impresa, obbligandosi a non sottoscrivere accordi con imprese concorrenti.

[24] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 11-12, i quali sollevano particolari questioni relativamente alla difficoltà di comprendere fino in fondo se l'attività di divulgazione sia svolta dalla persona o dall'impresa.

[25] Fra la letteratura riportata, sulla sponsorizzazione, si rinvia a V. FALCE, *op. cit.*, 54-55 e, in giurisprudenza, a Cons. Stato, 3 ottobre 2017, n. 4614, in *Gius. it.*, 2018, 168 ss.

[26] Benché, spesso, la forma scritta sia resa necessaria dal veicolo informatico e tecnologico.

[27] Sempre C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 225-226, riportano un esempio di contratto sottoscritto dall'*influencer*, il cui contenuto prevede una specifica campagna pubblicitaria in collaborazione fra il finanziatore, l'agenzia e il divulgatore.

[28] Si rinvia, peraltro, a C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 224, dove si pone in luce, sulla base di indagini empiriche, come i problemi giuridici di maggiore rilievo risultano essere legati all'inadempimento degli obblighi gravanti sull'*influencer*, quali il mancato rispetto del numero minimo di *post* pattuiti, il loro ordine, il corretto uso di *hashtag*, la mancata accettazione del *post*, secondo le istruzioni del finanziatore o dell'agenzia di divulgazione. A fronte di tali situazioni, non viene corrisposto il compenso all'*influencer* in quanto l'adempimento non è stato esatto o non vi è stato affatto adempimento.

[29] Si veda la precisa ricostruzione di C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 227 ss., dove si discute sulla qualificazione del contratto che coinvolge l'*influencer* nell'ordinamento svizzero, accostandolo ora ai contratti di lavoro, ora al mandato, ora ai contratti atipici innominati, ai quali si applica la disciplina generale del Codice delle obbligazioni svizzero.

[30] C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 213.



possono consistere in prestazioni di dare (a titolo di esempio, concedere le proprie credenziali al finanziatore per controllare il corretto adempimento delle prestazioni [31]), di fare (come aprire una pagina sui *social networks*, divulgare un certo numero di *post*, più o meno liberi nel contenuto, commentare o pubblicare immagini o video per raggiungere un certo numero di *followers* [32], comunicare i dati di diffusione all'impresa [33]) e di non fare (si pensi al dovere di non pregiudicare l'immagine dell'impresa sponsorizzante, oppure a quello di non sottoscrivere accordi con imprese concorrenti). Assoluta importanza rivestono poi gli obblighi di trasparenza e di leale collaborazione [34].

Un ruolo di primario rilievo, in questa dinamica contrattuale, assume il *social network* che viene adoperato dall'*influencer* per svolgere la propria attività. La piattaforma, difatti, non si pone esclusivamente come un mezzo su cui scambiare messaggi e informazioni, ma risulta essere, spesso, il veicolo con cui si perfeziona l'accordo o con cui, il finanziatore, inoltra alcune richieste all'*influencer*, richiedendogli precise condivisioni di contenuto [35]. Altro aspetto è la misurazione della diffusione del messaggio pubblicitario e, difatti, alcune piattaforme offrono dei servizî dedicati proprio a chi sponsorizza prodotti in rete [36].

Il *social network* assume anche una notevole influenza sulla relazione contrattuale fra il divulgatore e l'impresa finanziatrice [37]. Difatti, il preesistente rapporto, che intercorre fra l'*influencer* e la piattaforma, funge da base necessaria all'intera attività, perché la divulgazione avviene tramite la gestione di un *account*, e quindi sul presupposto di un contratto di utenza di *social network*. Di qui, è agevole notare che la modifica delle condizioni generali possa avere delle notevoli conseguenze circa l'esecuzione del contratto dell'*influencer*. Si devono considerare, infine, tutti quei controlli che la piattaforma svolge sul contenuto divulgato, perché essi determinano una sicura limitazione all'oggetto della prestazione pubblicitaria [38].

3. – Dopo aver tratteggiato il rapporto fra *influencer* e finanziatore, giova porre in luce che le difficoltà, poste all'interprete da codesta, inedita, forma di divulgazione in rete, si legano, in particolar modo, all'utilizzo principale, se non esclusivo, della rete e soprattutto dei *social networks* [39]. Per elencare alcuni fra i

---

[31] C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 228-229, ove pongono in luce che l'aspetto legato al controllo della divulgazione dei *post* dell'*influencer* può avere riflessi anche sulla responsabilità dell'impresa finanziatrice rispetto ai terzi pregiudicati da tale attività.

[32] C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 225-226, in cui si specifica la rigida scansione temporale con cui deve avvenire la divulgazione, le modalità e il contenuto che deve avere. Si evidenziano, inoltre, determinati divieti, fra cui risaltano, in genere, la pubblicazione di *post* riguardanti sostanze alcoliche per evitare di compromettere i *follower* minorenni, ma anche proibizioni più peculiari, come il divieto di divulgare fotografie in pieno sole per evitare arrossamenti della pelle. Si aggiunge che, in questa dinamica contrattuale, le imprese tendono a favorire la spontaneità e la genuinità dei *post* che i divulgatori condividono, perché questi hanno un seguito assai maggiore rispetto a quelli in cui si nota una evidente artificiosità.

[33] C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 223.

[34] Su questo aspetto, assai diffusamente, C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 223 ss.

[35] Per un cenno, in argomento, v. C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 10 e, più nel dettaglio, C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 217 ss.

[36] R. DUCATO, *op. loc. citt.*

[37] C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 218 e, nella dottrina italiana, un insegnamento di sicuro rilievo è offerto da C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus Civile*, 2021, 870 ss., ma anche G. BAZZONI, *L'evoluzione normativa dell'intermediazione digitale: nuovi profili di responsabilizzazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, 201 ss.

[38] R. DUCATO, *One Hashtag To Rule Them All? Mandated Disclosures And Design Duties In Influencer Marketing Practices*, in *The Regulation of Social Media Influencers*, a cura di C. GOANTA E S. SANCHORADÁS, Northampton, 2020, 236 ss.

[39] C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 14.



profili più problematici, merita ricordare, soprattutto, quelli che presentano connotati pubblicistici [40], gli aspetti di diritto internazionale privato [41], le problematiche concorrenziali [42], le questioni di diritto dei consumatori [43]. Dal punto di vista civilistico, nascono non pochi problemi nell'accostare l'attività dell'*influencer* alla disciplina generale del contratto e dell'obbligazione, e quindi di ricostruire e applicare il diritto positivo a questo accordo, avuto riguardo al particolare mezzo che questi impiega per svolgere la propria attività. Difficoltà, queste, che appaiono, per lo più, pratiche e che si possono risolvere con uno sforzo di adattamento e sussunzione alle norme di legge, oppure con l'adeguato utilizzo delle categorie elaborate e conosciute dal diritto vivente.

Vi sono questioni, invece, in cui il regolamento negoziale coinvolge degli aspetti della personalità del divulgatore, avendo di mira un ritorno economico, mediante la divulgazione di momenti o situazioni personali: fra i numerosi esempi, che si possono portare, si pensi a quanto concerne una relazione affettiva fra lo sponsorizzato e un terzo, oppure a situazioni legate alla salute, come il vivere una determinata malattia, oppure l'affrontare una gravidanza. Tale casistica pone delicati aspetti di carattere teorico, oltreché pratico, e non risulta adeguatamente approfondita da coloro che si sono soffermati sulle problematiche giuridiche, che ruotano attorno all'*influencer* [44].

La fortuna degli *influencer* risulta spesso legata proprio a taluni tratti della loro personalità, ovverosia all'identità che si è formata nella dinamica sociale della rete e che ha permesso loro di raggiungere numerosi utenti [45]. Il più delle volte, la pagina del *social network* è solo il mezzo che consente alla persona di divulgare attività di spettacolo, raggiungendo certe categorie di pubblico grazie alla diffusione della rete; epperò, vi possono essere anche situazioni in cui il programma contrattuale è più invasivo e si spinge oltre alla cessione dell'esercizio dell'immagine professionale del divulgatore, quasi avvicinandosi ad una cessione, per così dire, della riservatezza e della *privacy* dell'*influencer*. L'accordo di sponsorizzazione potrebbe vincolare a un certo utilizzo della pagina personale del divulgatore, il quale subirà allora una compressione del proprio diritto alla riservatezza; altre volte, invece, dalla richiesta di condividere un certo contenuto quotidiano potrebbe discendere l'interesse del pubblico nella divulgazione di aspetti intimi e personali dell'*influencer*, che vedrà così aumentare la propria notorietà e, di conseguenza, il proprio compenso.

Il vincolo, che si crea con il contratto, pone nuova luce sul problema degli adeguati rimedî a tutela dei diritti fondamentali della persona, riscontrandosi una tensione fra il legame contrattuale e le esigenze di libertà

---

[40] Per un cenno, su altre problematiche, si rinvia a C. GOANTA, S. RANCHORADÁS, *op. cit.*, 15.

[41] Si consideri la difficoltà di ritrovare la legge applicabile all'accordo, specialmente quando l'intera vicenda negoziale si svolga in rete: l'intrinseca natura transnazionale della questione viene posta in luce da C. GOANTA, I. WILDHABER, *Controlling Influencer Content Through Contracts: A Qualitative Empirical Study On The Swiss Influencer Market*, in *The Regulation of Social Media Influencers*, a cura di C. GOANTA E S. SANCHORADÁS, Northampton, 2020, 212.

[42] Il tema è stato già affrontato dalla dottrina: si rinvia, fra tutti, a C. GALLI, Social Media*, segni distintivi e lealtà della concorrenza, tra* Influencers, Trend Setters, Fake News *e pubblicità*, in *Dir. ind.*, 2019, 122 ss.

[43] Si pensi alla difficoltà di comprendere in che momento l'utente del *social network* acquisisca un grado di professionalità tale da poter essere considerato professionista, e non più consumatore: il problema viene considerato da C. GOANTA, I. WILDHABER, *op. cit.*, 217, che affermano come un *nano-influencer* con meno di 10.000 *followers* difficilmente possa essere considerato un divulgatore professionale, tale da comprendere adeguatamente eventuali termini contrattuali richiesti dalla piattaforma o dal finanziatore.

[44] Certi aspetti, per lo più legati alla libera manifestazione del pensiero in rete, vengono affrontati da E. APA, O. POLLICINO, *Free speech and the right of publicity on social media*, in in *The Regulation of Social Media Influencers*, a cura di C. GOANTA, S. SANCHORADÁS, Northampton, 2020, 22 ss.

[45] Quello dello sviluppo e della protezione dell'identità digitale è un tema ricco di profili problematici: per alcune note, si vedano G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inform*., 2007, 511 ss.; G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr.*, 2017, 723 ss.; S. LANDINI, *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 180 ss.



della persona. Quest'ordine di problemi suscita maggiore interesse poiché la complessità, che emerge dal rapporto fra interessi economici e tutela dei diritti fondamentali della persona [46], va oltre al mero adattamento di regole di diritto positivo al caso di specie e richiede uno sforzo metodologico.

Appare assai difficile affermare *a priori* quando uno dei due valori possa dirsi prevalente sull'altro: da un lato, si hanno le esigenze dell'autonomia privata e dell'interesse al libero esercizio dell'attività economia [47]; dall'altro lato, occorre avere riguardo alla tutela dei diritti fondamentali della persona [48]. Poiché si tratta di un raffronto fra principî, presidiati da norme costituzionali e sovranazionali, è opportuno accompagnare, senza sostituirla, la ricerca della regola, con una valutazione di bilanciamento, che conduca, nella soluzione del caso concreto, ad una risposta soddisfacente alle ragioni sottostanti al problema [49].

Sul punto, giova solo precisare che la tecnica di bilanciamento non deve essere confusa con la ricerca della disciplina applicabile al contratto di sponsorizzazione dell'*influencer*, la quale discende dalla sua atipicità. Questo ultimo aspetto, difatti, richiede un inquadramento concettuale nelle categorie conosciute e l'uso dell'integrazione analogica, con cui l'interprete trae la regola del caso concreto da casi simili o materie analoghe (art. 12, secondo comma, disp. prel. cod. civ.), ma, di certo, non risolve una tensione fra principî. Il bilanciamento, invece, si pone sul piano assiologico del contemperamento di interessi tutelati dall'ordinamento ed esprime una esigenza valutativa, oltre che applicativa, della norma [50].

4. – Pòsto il metodo con cui si intende condurre l'indagine, è bene portare la questione sul piano del diritto positivo e considerare l'àmbito sul quale svolgere detto bilanciamento fra interessi confliggenti. La ricerca della disciplina di riferimento può avvenire suddividendo il tema, per praticità, in alcune questioni, fra loro collegate: in particolare, va affrontato il problema della individuazione della prestazione dell'*influencer*, quello della validità del vincolo e, infine, la questione della determinazione del contenuto del contratto.

Sul primo aspetto, l'intero impianto regolatorio delle obbligazioni e dei contratti dà per presupposto il contenuto economico della prestazione (la quale deve altresì rispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore: art. 1174 cod. civ.) e la libera disponibilità dei diritti patrimoniali, che possono essere regolati in un contratto (art. 1321 cod. civ.) o per mezzo di atti giuridici unilaterali (art. 1324 cod. civ.). Si tratterebbe, quindi, di comprendere fino a che punto possa definirsi patrimoniale il vincolo avente a oggetto la propria immagine (per la sponsorizzazione tradizionale), oppure taluni aspetti della propria personalità (in certi tipi di finanziamento dell'*influencer*), e quali conseguenze pratiche possano derivarne.

V'è anzitutto da ricordare che, sullo sfondo, vi è un ampio dibattito attorno alla portata dell'art. 1174 cod. civ., il quale ha contribuito al superamento di un sistema di contrattazioni chiuse allo scambio di beni, per aprirsi fino a ricomprendere figure che, prima d'ora, ne rimanevano escluse. Ciò al punto che, fra le diverse

---

[46] Proprio sul problema teorico della tensione fra commercio e tutela della persona, si rinvia a V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità e gli atti di disposizione del proprio corpo*, cit., 516-517.

[47] Per il nesso fra l'autonomia privata e le norme della Costituzione, si rinvia a L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 1 ss., cui va aggiunto, almeno, il riferimento a E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 643 ss.

[48] In argomento, cfr. A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 183 ss.

[49] Per alcune note sul bilanciamento, declinato nel diritto contrattuale, fra i tanti, cfr. A. PALAZZO, *Ermeneutica giuridica e costituzionalizzazione del diritto civile*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 339 ss.

[50] Cfr. C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1130 ss.



letture proposte dalla dottrina [51], la norma, nella parte in cui afferma la valutazione patrimoniale della prestazione, sembra aver perso gran parte del suo significato originario, ovverosia quello di porsi come limite all'autonomia privata. Essa, invece, risulta descrittiva della nozione di obbligazione o, quantomeno, sembra ponga la distinzione fra obbligazioni e altri obblighi giuridici [52].

In questo quadro, si innesta il profilo dell'indisponibilità dei diritti della personalità: si è oramai lontani dalla situazione che si presentava al tempo dell'emanazione del Codice civile, in cui l'elaborazione dogmatica attorno ai così detti diritti della personalità aveva consentito di ritrovarne talune comuni caratteristiche discendenti dalla disciplina positiva (artt. 6 ss. cod. civ.), sancendo con sicurezza la loro indisponibilità e, quindi, l'impossibilità di dedurli in un regolamento contrattuale [53].

Nell'evoluzione del sistema, difatti, si possono registrare dei significativi mutamenti, che in qualche modo concorrono al superamento di quell'impostazione tradizionale [54]. Si sostiene che i diritti della personalità presenterebbero un contenuto misto e una natura complessa, combinandosi, al loro interno, facoltà di natura personale e facoltà di natura patrimoniale [55].

Guardando alla sponsorizzazione, lo sviluppo della pratica commerciale ha determinato il superamento del problema, se mai sia stato avvertito realmente come tale, della valutazione economica della prestazione dello *sponsee*. In tal senso, vi è assoluta concordia fra la dottrina e la giurisprudenza nell'affermare la «piena patrimonialità» dell'oggetto di tale contratto [56]. Di conseguenza, per le già richiamate affinità, lo sviluppo dell'economia digitale induce a conclusioni simili anche per quel che concerne la riservatezza e taluni aspetti

---

[51] V., almeno, L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I-III, Milano, 1948, II ed., 148 ss.; C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1953, III ed., 51 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 51 ss., i quali sostengono la necessaria patrimonialità dell'obbligazione ai fini risarcitorî. Si è poi sostenuto che l'art. 1174 cod. civ. distingua le obbligazioni dai meri obblighi di cortesia: la tesi risale a C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908, 11.

Avversando questa tesi, la dottrina maggioritaria ritiene che non debba guardarsi a come le parti hanno considerato l'obbligo, bensì alla realtà economica e sociale: fra i tanti, si rinvia a M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Catania, 1945, 11 ss.; ID., voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 581 ss., spec. p. 585; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione. (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 247; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1979, 133 ss., spec. 185 ss.

Altre ricostruzioni rinvengono nell'art. 1174 cod. civ. un limite all'autonomia delle parti: a modo di esempio, v. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, in *Commentario del Codice civile*, fondato da A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 246 ss. Aggiunge note critiche F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 69.

[52] Su questa funzione, V. POLACCO, *Le obbligazioni*, I, Roma, 1911, 199; F. ROMANO, voce *Obbligo*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 500 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 256 ss.; P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni: tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 82 ss. spec. p. 86 ss.

[53] In particolare, l'extrapatrimonialità, l'indisponibilità, l'intrasmissibilità, l'imprescrittibilità e l'insurrogabilità: si rinvia ad A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1982, II ed., 50 ss.; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1982, 356 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, II ed., 139 ss., spec. p. 147 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, 430 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2015, III ed., 171 ss.

[54] Vi è peraltro da ricordare anche un mutamento nella stessa categoria dei diritti della personalità, il cui catalogo non si dimostra statico, bensì in aggiornamento rispetto all'evoluzione del sistema: in argomento, G. RESTA, *op. cit.*, 1057, ma anche V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inform.*, 1993, 547.

[55] Basti qui richiamare l'efficace sintesi che ebbe modo di elaborare G. RESTA, *Diritti della personalità*, cit., 1059-1060, dove si distinguono alcune tesi attorno allo sfruttamento economico dei diritti della personalità.

[56] Per tutte, v. Cass. civ., 11 ottobre 1997, n. 9880, cit., e Cass. civ., 21 maggio 1998, n. 5086, in *Gius. civ.*, 1998, 1833 ss., dove si nega, peraltro, che lo *sponsor* assuma le caratteristiche di un contratto associativo, avendo ad oggetto lo scambio di prestazioni. Analogamente, di recente, Cass. civ., 27 aprile 2012, n. 6548, in *Boll. trib.*, 2013, 602 ss.



della personalità dell'*influencer*: essi rappresentano valori suscettibili di essere negoziati e, quindi, di divenire oggetto di un vincolo contrattuale [57].

La consapevolezza dell'evidente diffusione del contratto di *sponsor* ha un'ulteriore implicazione, che consiste nella validità dell'impegno contrattuale. Si amplia, difatti, lo spazio che viene riconosciuto all'autonomia privata: ciò avviene in misura tale da superare la tecnica dispositiva dell'immagine grazie al mero consenso (artt. 96 ss. l. aut.), per diventare oggetto di regolazione negoziale [58].

Occorre ora domandarsi se, quando si accerti il coinvolgimento di aspetti intimi e personali della persona, ne discendano taluni riflessi giuridici. Vale a dire se, la disciplina comune, possa applicarsi integralmente a codesti rapporti, al pari di un qualsiasi altro scambio di utilità patrimoniali. Ebbene, proprio la natura complessa dei diritti della personalità conduce a negare codesta soluzione, perché non solo si semplificherebbe troppo il problema, uniformando situazioni fra di loro assai diverse, ma si frustrerebbero anche le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo [59].

Invece, se si accoglie l'idea che taluni aspetti della persona assumano carattere patrimoniale [60], non si vede come giustificare normativamente una deroga alla disciplina generale del contratto e del rapporto obbligatorio (artt. 1321 ss. e 1173 ss. cod. civ.) [61], se non ricavando lo statuto particolare del singolo accordo [62], in cui sono calati i diritti fondamentali, e adattarlo alle esigenze di tutela della persona.

5. – Fermandosi agli aspetti della disciplina del contratto, che possono venire in rilievo, una prima valutazione riguarda la validità dell'accordo sul piano della liceità, ovverosia la questione se il sacrificio dei diritti fondamentali della persona possa determinare la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. [63]. Il piano di indagine sarebbe quello della valutazione del regolamento negoziale sotto la lente della sua compatibilità con l'ordine pubblico e il buon costume: epperò, oggi, tali clausole generali vengono ad arricchirsi, proprio sul piano dei diritti fondamentali della persona [64], dell'esigenza di tutelare la dignità dell'uomo [65]. Non c'è spazio per approfondire codesto mutamento concettuale [66]; occorre, tuttavia, porre in luce come sia-

[57] È necessario avvertire che la dottrina dubitava dell'applicabilità di un modello di questo tipo alla sfera delle informazioni, come fa G. RESTA, *op. cit.*, 1061. Prende atto della crescente diffusione di nuovi modelli di spettacolo, che implicano anche la cessione di alcuni aspetti della propria riservatezza, L. VALLE, *op. cit.*, 173 ss., spec. 179-180.

[58] Una adeguata sintesi dei problemi sulla disposizione degli attributi della personalità, alla luce della tecnica dispositiva del consenso, è offerta da R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Torino, 2016, II ed., 169 ss.

[59] G. RESTA, *Diritti della personalità*, cit., 1065.

[60] Si ricordi, in argomento, che autorevole dottrina abbia dubitato della distinzione fra interessi patrimoniale e interessi non patrimoniali, su cui si veda P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, cit., 715 ss., poi ripreso da R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, 75 ss.

[61] Quale strumento che meglio consentiva di perseguire le finalità dell'economia liberale: in argomento, v. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977, 50 ss., spec. 53, ma anche le approfondite considerazioni svolte da N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995, 10 ss., spec. 12 ss.

[62] La crisi della categoria generale del contratto è oramai diffusa: si rinvia a C. CAMARDI, *Norme generali e categorie civilistiche. Una riflessione sul diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 187 ss.

[63] Cfr. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 801 ss.; ID., *Dignità, persone, mercati*, cit., 115 ss., spec. p. 116, e L. VALLE, *op. cit.*, 191-192.

[64] L'aspetto non è neppure così innovativo, poiché vi è traccia, nel sistema, di vincoli all'autonomia privata a difesa di interessi esistenziali della persona, facilmente riconducibili alle libertà costituzionalmente garantite (si rammenti l'art. 634 cod. civ.).

[65] L'itinerario giuridico della dignità è stato ricostruito puntualmente dalla dottrina. Sul tema giova rimandare a G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, I, *Le persone e la famiglia*, Torino, 2019, II ed., 379 ss.

[66] Basti guardare, per avere una sicura conferma di questa tendenza, alla riforma del diritto dei contratti in Francia. Si rinvia a G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2013, 85 ss.; R. PERRONE, *«Buon costume» e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015.



no state di recente affermate categorie diverse, che paiono meglio adattarsi all'attuale situazione socioeconomica e che riescono a presidiare la persona, proprio grazie ad alcune applicazioni del princìpio della (tutela della) dignità umana [67].

Detto princìpio consentirebbe un adeguato controllo, sull'atto di autonomia privata, in tal modo evitando che i diritti fondamentali della persona risultino sopraffatti dalle ragioni economiche del mercato; per via di questo valore, il discorso si sposterebbe da una valutazione astratta al piano concreto del bilanciamento fra i varî interessi confliggenti. Si deve comunque ricordare che, poiché il contratto, che lega l'*influencer*, è un negozio atipico [68], la valutazione di meritevolezza può di certo abbracciare il rapporto nel suo concreto svolgimento negoziale, talché la lesione della dignità della persona diverrebbe parte integrante della motivazione sulla rispondenza del regolamento contrattuale all'art. 1322, comma 2, cod. civ. [69].

Epperò, quello della nullità è un rimedio sì ammissibile, ma poco utile a risolvere il problema della compressione della libertà dell'*influencer*, poiché la comminatoria dell'invalidità gioverebbe solo per le lesioni più gravi, ove sia palese la violazione di un diritto fondamentale della persona [70]. Si lasciano fuori, invece, i ben più diffusi profili in cui vi è un più tenue, ma continuo, sfruttamento dell'immagine e della riservatezza dell'*influencer*, i quali, in sé considerati, non evidenziano una patologia così grave da porre nel nulla il contratto. Si consideri anche che, quale ultimo dato, dal lato pratico è poco verosimile la richiesta di una delle due parti che voglia accertare la nullità del contratto [71]: lo scambio è stato senz'altro da esse voluto e queste ne reclamano, altresì, i vantaggi economici [72]. Infine, pretendere la nullità del negozio determinerebbe, come effetto non trascurabile, l'obbligo restitutorio di quanto ricevuto indebitamente dallo *sponsor*, così frustrandone l'interesse [73].

6. – Quanto al giudizio di determinazione dell'oggetto del negozio, si può notare una certa distanza fra l'elaborazione concettuale della dottrina e la prassi commerciale. Difatti, una opinione è nel senso che una

---

[67] Per uno sguardo più ampio al tema dell'importanza della dignità umana, V. SCALISI, *Ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 18 ss., spec. p. 27, e F.D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1071 ss. Si leggano ancóra le affermazioni di S. RODOTÀ, *Antropologia dell'«*homo dignus*»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 547 ss.

[68] Cfr., quanto alla sponsorizzazione in cui va inquadrato tale contratto, E. GIACOBBE, *Atipicità del contratto e sponsorizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 399 ss.; G. VIDIRI, *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giust. civ.*, 2001, 3 ss., che ne hanno indagato la natura giuridica al fine di avvicinarne la struttura e la funzione a quella dei contratti tipizzati dal legislatore. È anche utile, però, rileggere quanto affermava C. VERDE, *op. cit.*, 130, a mente del quale è riduttivo discorrere di contratto atipico, attesa la duttilità con cui lo schema è impiegato in àmbiti fra loro così lontani. Nella giurisprudenza, fra le tante, v. Cons. Stato, 4 dicembre 2001, n. 6073, in *Gius. amm.*, 2002, 78 ss., con commento di G. SAPORITO, *La sponsorizzazione di attività pubbliche e l'atipicità nei contratti della pubblica amministrazione*, e Cass. civ., 27 aprile 2012, n. 6548, cit.

[69] Ciò, beninteso, sia possibile fermare la valutazione della meritevolezza, di cui all'art. 1322 cod. civ., alla valutazione di liceità. Per qualche cenno sul dibattito dottrinale in argomento, cfr. G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. impr.*, 2004, 545 ss.

[70] Peraltro, un diffuso sindacato sulla liceità dell'accordo non pare essere nemmeno del tutto giustificato concettualmente, in quanto risulta più rispondente all'impostazione tradizionale che reputa indisponibili i diritti della personalità e ne preclude ogni disposizione negoziale.

[71] Fatta salva, naturalmente, la possibilità che il giudice accerti d'ufficio la causa di nullità in applicazione della disciplina generale (art. 1421 cod. civ.). Difatti, non pare proprio possibile, allo stato attuale, riconoscere una così detta nullità di protezione fuori dai casi prescritti dalla legge, tale da rimettere alla parte, in favore della quale è prevista l'azione, la scelta di far valere l'invalidità.

[72] Si veda, peraltro, nello stesso senso V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., 567 ss., spec. p. 569.

[73] La non ripetibilità della prestazione potrebbe venire sostenuta facendo applicazione dell'art. 2035 cod. civ.



adeguata garanzia, a tutela della persona, risiederebbe nella esatta e precisa definizione dell'atto dispositivo, rendendosi necessaria una più stringente verifica dei requisiti di determinatezza o determinabilità dell'oggetto dell'accordo, ai sensi dell'art. 1346 cod. civ. [74]. La tesi è sostenuta, dal punto di vista normativo, grazie al richiamo di discipline di settore, in cui sarebbero presenti specifici oneri di informazione nei confronti del soggetto che disponga di attributi della propria persona [75].

Nonostante gli argomenti portati a sostegno, questa opinione non è priva di aspetti di criticità. Fra tutti i nodi problematici [76], suscita diversi dubbî la necessità di dover prescindere dalle regole sui rapporti patrimoniali, quasi a ritenere che il contratto, avente a oggetto uno scambio, per così dire, esclusivamente economico, possa tollerare un più elevato grado di astrattezza. Il requisito della determinatezza del contratto è proprio giustificato dalla tutela del contraente nel conoscere il contenuto del vincolo [77], perciò non si vede la ragione del maggior rigore che si richiede nell'interpretare quel requisito normativo, invece di richiamarne una puntuale applicazione [78].

Osservando la prassi, invece, è agevole notare l'importanza, nei contratti stipulati dall'*influencer*, che assumono le clausole in cui si cerca di descrivere il novero dei doveri del divulgatore attraverso formule alquanto ampie, accanto a ben più precisi obblighi di comportamento [79]. Codeste clausole, assai generiche, sono generalmente reputate legittime, tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza, in quanto risulterebbero aperte alla integrazione, in via di specificazione, attraverso il dovere di buona fede e correttezza che anima il rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.) [80].

È noto che la buona fede sia da tempo oggetto di una elaborata analisi dottrinale a fronte del suo sempre maggior utilizzo in giurisprudenza, e ad oggi pare pacifico che la correttezza sia fonte di obblighi secondarî, capaci di salvaguardare la posizione giuridica dell'altra parte del rapporto e di adeguare il regolamento negoziale alle sopravvenienze dapprima non considerate [81]. Il grado di specificazione dei doveri delle parti è reso

---

[74] G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., 118.

[75] G. RESTA, *op. cit*., 117, il quale richiama la disciplina sulla protezione dei dati personali (art. 2, lett. *h*, direttiva 95/46/CE; art. 12, direttiva 2002/58/CE e art. 23, d.lgs. n. 196/2003, oggi calata nel Reg. UE n. 679/2016, e la normativa sul diritto morale d'autore (art. 22, legge n. 633/1941).

[76] La base normativa su cui si sviluppa questa tesi appare fragile, poiché le norme sul trattamento dei dati personali e quelle sul diritto morale d'autore si presentano alquanto settoriali.

[77] Per tutti, valga il richiamo a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, III ed., 295-296. La giurisprudenza applica, invero, ampiamente l'art. 1346 cod. civ., affermando che la determinatezza del contratto «non va intesa in modo rigoroso, dovendosi ritenere sufficientemente identificato tale oggetto, quando sia indicato nei suoi elementi essenziali»: cfr., fra le tante, Cass. civ., 19 agosto 1971, n. 2561, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Contratto in genere*.

[78] Così V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., 565.

[79] La pratica negoziale rende evidente la frequenza con cui vengano inserite nella regolamentazione contrattuale le così dette *morality clauses*: con questo termine si intendono le clausole negoziali del contratto di sponsorizzazione che legano la stabilità del rapporto al comportamento che tiene lo *sponsee*, come la possibilità di recedere ovvero la risoluzione espressa, oppure vi rannodano ulteriori conseguenze pregiudizievoli. Limitandosi alla dottrina domestica, si riporta S. FACCHINETTI, *Sponsor e sponsorizzati*, Milano, 2011, 134 ss.

[80] L'importanza della clausola della buona fede nell'inquadramento dei doveri dello *sponsee* è diffusa in dottrina: in luogo di tanti, v. C. VERDE, *op. cit.*, 95 ss., spec. 98-99; I. MAGNI, *Il contratto di sponsorizzazione*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di P. Cendon, Torino, 2003, 108; V. FALCE, *op. cit.*, 75-76, ove richiama pure P. TESTA, *Vecchi e nuovi problemi in materia di sponsorizzazione*, in *Dir. infor.*, 1994, 1023.

[81] Per un'approfondita indagine sulla buona fede contrattuale, è opportuno rinviare a F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*. *Estratto*, Torino, 2015, 8 ss. e p. 123 ss. V., peraltro, la Cass. civ., 9 settembre 2004, n. 18193, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 58 ss., in cui pare avvertirsi il problema della determinatezza degli obblighi negoziali, i quali, nella fattispecie concreta, riguardavano la «gestione dell'immagine dello *sponsor* e dei suoi servizi, […] che vedevano l'obbligato "*sponsor*" impegnato in plurime attività, personali e dirette e non – e comunque non solo – nella mera ostentazione di marchi o etichette», ma si evita di considerare il profilo della



ancóra più evidente quando il rapporto è basato sulla fiducia, com'è il legame che nasce dalla sponsorizzazione [82], perché l'esecuzione del contratto viene affidata alla professionalità e alla competenza di chi deve attuare il programma negoziale.

Si pensi all'attenta gestione dei contenuti condivisi in rete dall'*influencer*. È intuitivo che lo stretto legame tra il prodotto, o il marchio, e la persona tenda a far immedesimare i due àmbiti e il rapporto si riassuma nell'esigenza a che l'*influencer* non debba ledere l'immagine commerciale del finanziatore. Anzi, proprio poiché nell'attività dell'*influencer* la promozione è spesso del tutto limitata allo spazio digitale, che questi gestisce, arricchendolo di contenuti che vengono divulgati, il problema si acuisce: non vi sarebbe, difatti, altra possibilità di pubblicizzazione l'immagine del finanziatore, se non attraverso una attività autonoma, svolta dal divulgatore [83].

In un tale scenario, la buona fede non solo contribuisce a delimitare gli obblighi secondarî che le parti devono seguire a salvaguardia degli interessi di controparte [84], ma tende a essere la fonte principale dei doveri del divulgatore. Quasi che il finanziatore voglia affidare completamente il proprio apparire pubblico alla persona che lo rappresenta come *sponsor* e a sottoporre a controllo stringente la fiducia che ha riposto nell'*influencer* [85].

Va rilevato, tuttavia, come questo sia un risultato difficilmente accettabile sia sul piano dei valori, sia su quello concettuale. In primo luogo, si rischierebbe di legittimare una sorta di schiavitù della persona, confondendo il piano professionale con quello personale e sottoponendo a rigido controllo economico ogni atteggiamento che porti a deviare dalla sensibilità dello *sponsor*. In secondo luogo, assegnare un cómpito predominante alla buona fede negoziale, e quindi ammettere che si possa di lì trarre il nucleo dei doveri dello *sponsee*, equivarrebbe a mutare il significato che la correttezza tradizionalmente assume, vale a dire la funzione di completamento del rapporto obbligatorio con obbligazioni accessorie alla prestazione principale, che deve essere opportunamente definita.

Si possono, a questo punto, considerare talune ipotesi interpretative, che cerchino di conciliare la determinatezza del contratto di sponsorizzazione e la tutela della libertà dello *sponsee*. Anzitutto, potrebbe sostenersi la nullità parziale di talune clausole, quali le *morality clauses*, poiché generiche o, addirittura, limitanti la libertà della persona. La soluzione, però, è di difficile percorribilità, poiché sarebbe poco agevole superare il giudizio di cui al primo comma dell'art. 1419 cod. civ.: il regolamento negoziale della sponsorizzazione è

---

nullità per vizio dell'oggetto, affermandosi che la «mancata contestazione nei gradi di merito della pretesa creditoria e del *quantum* di essa giova a ritenere che le prestazioni ed i servizi relativi alle pubbliche relazioni e l'assistenza all'attività promozionale siano state adeguatamente e correttamente svolte, in linea con le previsioni contrattuali e con le esigenze di volta in volta prospettate dallo *sponsor*».

[82] Sulle nozioni di rapporto di fiducia e *intuitus personae*, pur con disparità di vedute, fra i tanti, cfr. A. CATAUDELLA, Intuitus personae *e tipo negoziale*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, 623 ss.; A. GALASSO, *Errore sulla persona, personalità della prestazione e* intuitus personae, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1331 ss.

[83] Si rinvia alle puntuali affermazioni di M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi della solidarietà*, Milano, 2007, 173 ss., spec. 174.

[84] Cfr., a titolo di esempio, App. Trento, 24 maggio 2002, in *One Legale*, ove si afferma che nel «contratto di sponsorizzazione in esclusiva, in cui lo *sponsee* si obbliga a consentire allo sponsor di utilizzare la propria immagine pubblica per promuovere un prodotto o un marchio, lo *sponsee* è tenuto a non divulgare l'accordo raggiunto con un nuovo *sponsor* prima della scadenza del contratto. Tuttavia, trattandosi di una obbligazione accessoria, la sua violazione obbliga a risarcire i danni subiti dallo *sponsor* ma non è motivo di risoluzione del contratto per inadempimento».

[85] Di contro, un assoggettamento continuo ed evidente dell'attività dello *sponsee* rischierebbe di celare taluni elementi di subordinazione, con note caratteristiche del rapporto di lavoro (art. 2094 cod. civ.). Per alcuni validi riferimenti, in dottrina, v. A. PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, a cura di A. PERULLI, Padova, 2018, 115 ss.



unico e i molteplici obblighi, che vincolano il divulgatore, risultano per lo più descrittivi, tant'è che si invoca la necessità di una loro specificazione alla luce del dovere di correttezza e buona fede.

Si è poi sostenuto che, per evitare l'*extrema ratio* della declaratoria di nullità, sarebbe consentito interpretare in senso restrittivo il contenuto del negozio avente a oggetto diritti della personalità [86]. L'utilità di questa tesi è evidente, ma è alquanto incerta la sua rispondenza alle regole di ermeneutica contrattuale: andrebbe, difatti, compreso il motivo per il quale si giustifichi un tale squilibrio nella specificazione del regolamento negoziale. Laddove si sostenga il superamento della tecnica dispositiva dei diritti della personalità mediante il consenso dell'avente diritto, e si ammetta, di conseguenza, la possibilità di regolare in via contrattuale lo scambio, l'onerosità imporrebbe un equo contemperamento degli interessi delle parti e non giustificherebbe alcuna interpretazione che conduca, nei fatti, a una minore gravosità per l'obbligato (art. 1371 cod. civ.) [87].

Alla luce di ciò, non pare che, al di fuori dell'enfasi sulla buona fede, vi possano essere più agevoli soluzioni interpretative [88]. Infatti, al di là prudente impiego della clausola della correttezza, che tenga conto dell'esigenza di una certa prevedibilità degli obblighi negoziali (art. 1346 cod. civ.), si corre il rischio che l'intervento, con cui si voglia riportare a legalità l'accordo ed evitare un'eccessiva e ingiustificata compressione della libertà della persona, ridisegni il contenuto del contratto per via di una eterointegrazione equitativa, che è operazione concettuale assai dubbia, specie quando si corra il rischio di frustrare l'interesse economico sottostante [89].

7. – L'esigenza di tutelare taluni aspetti della personalità degli *influencer* richiede un bilanciamento fra gli interessi sottostanti al rapporto, anche dal punto di vista dei rimedî nello svolgimento della relazione contrattuale. Guardando la questione dal lato dell'*influencer*, è evidente che l'intollerabilità di un legame troppo invasivo della sua sfera personale, che può emergere anche in sede di successive richieste del finanziatore, sia capace di indurre il divulgatore a recedere dal contratto e, pertanto, a pretendere lo scioglimento anticipato del rapporto.

La soluzione non pone particolari problemi con riguardo ai rapporti a tempo indeterminato, che l'ordinamento circonda di cautele miranti a evitare legami di troppo lunga durata (art. 1373, secondo comma, cod. civ.) [90]. Quanto ai rapporti a tempo determinato, com'è in genere quello di cui è parte l'*influencer*, e fuori dai casi in cui sia il contratto a prevedere e disciplinare il diritto di recesso, deve valutarsi l'ammissibilità del recesso.

La dottrina, sul punto, afferma che, nei casi di negoziazione di attributi della persona, si possa ricorrere ad una interpretazione analogica della previsione dell'art. 142, secondo comma, L. n. 633/1941, che consente all'autore dell'opera di chiederne il ritiro per gravi ragioni morali e previa corresponsione di un indenniz-

---

[86] G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., 118-119.

[87] Per alcuni dubbî sull'interpretazione del contratto con cui si cedono diritti della personalità, assai prossimi a quelli ora espressi, si legga V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., 578-579.

[88] Per cenno all'integrazione mediante il richiamo agli usi negoziali, v. Cass. civ., 9 settembre 2004, n. 18193, cit. In dottrina, per qualche riferimento in questo senso, v. C. VERDE, *op. cit.*, 129 ss., spec. 136-137; V. FALCE, *op. cit.*, 81.

[89] L'argomento è troppo vasto per darne una visione completa, e perciò si rinvia, almeno, a F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 537 ss., e, più di recente, a G. SICCHIERO, *Un nuovo ruolo per l'equità* ex *art. 1374 c.c.*, in *Giur. it.*, 2020, 2317 ss.; ID., *L'equità correttiva*, in *Contr. impresa*, 2021, 1174 ss.

[90] Sul punto, si vedano le recenti osservazioni di A. SPATUZZI, *Sulla predicata inammissibilità di obbligazioni perpetue*, in *Notariato*, 2022, 137 ss.



zo [91]. Tale risultato è condivisibile, e pare potersi sostenere anche con altri argomenti, più adatti all'inquadramento del rapporto all'interno di uno schema contrattuale.

Giova considerare, dapprima, il diritto di recesso e, in un secondo tempo, le conseguenze economiche in ordine al suo esercizio. Sul primo aspetto, il diritto di recesso potrebbe ricavarsi dall'applicazione delle norme dettate in materia di prestazione intellettuale, quando il contenuto delle obbligazioni dell'*influencer* consenta un avvicinamento a quello schema negoziale, ricordandosi che il diritto di recedere del prestatore intellettuale si accompagna alla previsione del diritto al rimborso delle spese fatte e al compenso per l'attività svolta (artt. 2237, secondo comma, cod. civ.). Non si trascuri, però, che l'accostamento non è sempre agevole, in ragione del fatto che, talvolta, l'attività dell'*influencer* pare corrispondere più a un contratto d'opera, nella cui disciplina non è previsto il diritto di recesso da parte del lavoratore autonomo (art. 2227 cod. civ.) [92]. Con diversa argomentazione, invece, si potrebbe sostenere che tale diritto possa discendere da un atteggiamento difensivo nei confronti dei diritti fondamentali, e quindi possa giustificarsi, dal punto di vista assiologico, sulla base di una tecnica di tutela rimediale rispetto a una compromissione del diritto alla riservatezza [93].

Quanto al secondo aspetto, circa la tutela degli interessi economici del finanziatore, va osservato che il tema non riguarda solo la conseguenza del recesso della parte contrattuale, bensì anche il caso in cui l'*influencer* trascuri i proprî doveri e non adempia correttamente alle obbligazioni pattuite. A prima vista, è agevole ritenere che, dalla natura contrattuale dell'accordo, discenda una sicura pretesa al risarcimento del danno a seguito dell'inadempimento dell'*influencer* (artt. 1218 ss. cod. civ.). Ciò può avvenire ogniqualvolta il divulgatore trascuri i proprî compiti e non adempia alle obbligazioni con la dovuta diligenza in una dinamica negoziale, per così dire, usuale.

Va invece considerata con attenzione l'eventualità che la mancata o la scorretta esecuzione della prestazione discenda dalla salvaguardia dell'intimità del divulgatore e, quindi, il rifiuto di adempiere sia motivato da esigenze di difesa dei diritti fondamentali del debitore [94]. A tal proposito, la dottrina ha sostenuto che, all'impresa creditrice, possa eventualmente spettare un indennizzo, quantificabile nell'interesse negativo che viene frustrato dall'inadempimento [95]. Non si è dinanzi a un corrispettivo per il recesso, che può essere eventualmente pattuito nel contratto di finanziamento, bensì al riconoscimento di una somma di denaro, inferiore al risarcimento del danno, giustificata sulla base di una valutazione assiologica degli interessi fondamentali meritevoli di tutela [96].

Anche questa conclusione potrebbe sostenersi con ulteriori argomentazioni, che si legano all'indennizzo,

---

[91] Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., 575 ss.; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati,* cit., 120-121, il quale richiama ragioni anche di natura comparata e storica.

[92] Ed in virtù della tutt'oggi affermata tipicità delle ipotesi di recesso legale, sulla quale si può rinviare, per note approfondite, a G. VETTORI, *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*, Padova, 2021, IV ed., 940 ss., e *ivi* per l'ampia letteratura citata.

[93] In argomento, G. RESTA, *op. cit*., 121, che ribadisce la natura eccezionale del rimedio. Concorda L. VALLE, *op. cit.*, 187 ss., che sostiene la possibilità di affermare l'esistenza di un diritto di recesso grazie al richiamo degli artt. 2 e 41, comma 2, Cost., unitamente al valore della dignità umana.

[94] Si badi, peraltro, che ciò avrà notevoli riflessi in ordine a eventuali clausole che liquidino anticipatamente la pretesa creditoria del contraente, potendosi ragionevolmente sostenere la riduzione di una penale pattuita in caso di inadempimento o ritardo (art. 1384 cod. civ.).

[95] Sulla precisa individuazione dell'interesse negativo, basti il rinvio a P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 98 ss.

[96] G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., 121. Si precisa, altresì, che il recesso non possa venire svilito dal rischio di un elevato risarcimento del danno: in argomento, v. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 151, poi ripresa da L. VALLE, *op. cit.*, 190.



quale categoria in grado di ricomprendere delle fattispecie di riparazione per l'esercizio dell'attività dannosa lecita [97]. Sul tema, basti solo ricordare le difficoltà legate a un utilizzo, talvolta improprio, che il legislatore fa dei termini «indennità» o «indennizzo» [98], le quali appaiono poter essere superate solo grazie ad una precisa ricostruzione dogmatica del concetto di indennità, quale categoria capace di aprirsi a fattispecie atipiche [99], in cui si rende necessario un contemperamento degli interessi del danneggiato con le ragioni del danneggiante [100].

Nella fattispecie considerata, proprio nell'ipotesi in cui l'inadempimento sia giustificato da particolari esigenze di difesa della persona, il riconoscimento di un indennizzo consente di bilanciare, adeguatamente, le opposte esigenze di tutela delle ragioni economiche dell'impresa (poiché il danno è stato cagionato) e di tutela dei diritti fondamentali dell'*influencer* (in quanto tale danno non è ingiusto).

8. – Osservando, infine, il rimedio previsto dall'art. 1453 cod. civ., è opportuno verificare se, l'inadempimento degli obblighi in capo all'*influencer*, possa giustificare la richiesta di risoluzione del contratto da parte del finanziatore. Anche qui, nella normalità dei casi, è chiaro che all'inadempimento grave corrisponda il diritto di recedere dal contratto; epperò, emergono profili delicati laddove l'inesatta esecuzione dell'accordo sia giustificata dalla difesa di diritti fondamentali [101]. Il problema passa attraverso la qualificazione dell'accordo come contratto a prestazioni corrispettive e, quindi, presuppone un chiarimento sul nesso che lega la disposizione di aspetti della personalità e la controprestazione del finanziatore [102].

Sul punto, una recente lettura della giurisprudenza ha negato fermamente che le scelte di vita possano integrare inadempimento contrattuale per violazione dei doveri dello *sponsee*, nel caso di specie un *testimonial*, così rigettando le pretese della società finanziatrice. Il Tribunale di Milano giudica le conseguenze di taluni episodî di vita disordinata, socialmente riprovevoli, che avrebbero macchiato la reputazione del finanziatore, al pari di quella dello *sponsee*. In sede di motivazione, il recupero della distinzione fra la sfera personale e la sfera professionale è servito ai giudici ad eccepire, dinanzi alla domanda risarcitoria dello *sponsor*,

---

[97] In argomento, v.: G. GENTILE, *Le varie figure della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1973, 360 ss.; C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1091 ss.; ID., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2005, II ed., 261 ss.; M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, 226 ss.; C. BUONANURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012, 139 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2021, III ed., 540 ss.

[98] Lucidamente, in argomento, cfr. S. CICCARELLO, voce *Indennità*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 99 ss., e P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile fra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p.1061 ss.

[99] Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 541, il quale ammette che i fatti leciti dannosi possano rientrare nella categoria dei fatti che, in conformità dell'ordinamento, sono idonei a produrre effetti obbligatorî, alla luce del dettato dell'art. 1173 cod. civ.

Tale tesi è stata sostenuta, di recente, dalla giurisprudenza di legittimità, con riferimento a Cass. civ., 16 dicembre 2015, n. 25292, in *Foro it*., 2016, c. 1315 ss.

[100] La funzione riparatoria dell'indennità è richiamata, espressamente, da P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 1072, ma già da S. CICCARELLO, *op. cit.*, 105. Si poneva scettico sulla possibilità di ricostruire dogmaticamente la categoria delle indennità G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 152 ss.

[101] In linea generale, V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., 574 ss., pone in luce come non vada disattesa l'esigenza economica che sottende allo scambio e che, ammessa la difficoltà di ricostruire puntualmente gli obblighi negoziali, occorra ammettere lo scioglimento del rapporto per inadempimento.

[102] La dottrina ammette, pacificamente, che lo *sponsor* sia un contratto a prestazioni corrispettive e che si possano estendere i rimedî civilisti previsti in caso di difetto funzionale della causa: fra i tanti, cfr. M. BIANCA, voce *Sponsorizzazione*, cit., 146-147, che *ivi* richiama anche la giurisprudenza di merito, e V. FALCE, *op. cit.*, 88 ss., spec. p. 90.



che la libertà nelle scelte di vita dello *sponsee* non potesse venire pregiudicata dall'impegno contrattuale, escludendo la sussistenza di un inadempimento a salvaguardia dei diritti fondamentali della persona [103].

Epperò, pare assai arduo, se non impossibile, tenere distinti il piano professionale da quello personale della persona, specie quando la ragione pubblicitaria, che sottende al contratto di *sponsor*, sia intimamente connessa alla persona dell'*influencer*; piani, questi, la cui frattura rischia di rivelarsi artificiosa, e difficilmente giustificabile dal punto di vista rimediale [104]. Ciò, tanto più nel caso dell'*influencer* che acquista notorietà in rete e il cui *account* viene seguito da un numero sempre maggiore di *followers* che fanno affidamento sulla sua spontaneità e genuinità, testimoniata dalla condivisione di episodi di vita intima e quotidiana.

Pare più utile, invece, richiamare i risultati cui addiviene la dottrina che ha indagato il fenomeno della cessione dei dati personali nelle contrattazioni in rete e, in particolare, alla dinamica negoziale che sottende la navigazione degli utenti [105]. In tale àmbito, come è noto, il panorama normativo è reso complesso dalla disciplina di origine comunitaria dettata dal Reg. UE n. 679/2016, che cerca di mediare fra diverse esigenze, proponendo un modello di regolazione del mercato assai peculiare [106]. Nel fenomeno della circolazione dei dati personali vengono in rilievo problematiche simili a quelle indagate, che hanno condotto la dottrina a soffermarsi sulla tensione fra l'aspetto personale e quello economico della "disposizione" del dato [107]. Anzi, proprio nell'indagine attorno alla cessione delle informazioni, la ricerca sembra essere stata più feconda di studî problematici sulle contrattazioni, *lato sensu* intese, dei dati personali [108].

La dimensione pervasiva della rete offre lo spunto per avvicinare il fenomeno commerciale degli *influencer* a quella della circolazione dei dati [109], considerando che la condivisione, cui si obbliga l'*influencer*, è un'operazione prolungata nel tempo, ove, per ogni contenuto trasmesso, corrisponde una cessione della riservatezza del divulgatore, contro il pagamento del corrispettivo dell'*influencer* [110]. Ciò, pur nella consapevo-

---

[103] Il caso riportato è quello deciso da Trib. Milano, 9 febbraio 2015, in *Dir. industriale*, 2015, 511 ss., con commento di A. GERACI, *Il contratto di sponsorizzazione non può compromettere il diritto di autodeterminazione*.

[104] La questione non è peraltro del tutto nuova, e basti pensare, per un esempio, ai così detti *reality show*, sul cui rilievo giuridico, giova rimandare a G. RESTA, *op. cit*., 312 ss.

[105] È oramai divenuta celebre l'affermazione della Commissaria europea per la tutela dei consumatori, Maglena Kuleva, nell'evento *Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling*, tenutosi a Bruxelles, il 31 marzo 2009, per cui «*Personal data is the new oil of the internet and the new currency of the digital word*».

[106] In argomento, N. ZORZI-GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla* privacy, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Padova, 2019, 35 ss.; A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo di sorveglianza*, Napoli, 2020, 29 ss.

[107] Limitandosi ai contributi più recenti, v. R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impresa*, 2020, 760 ss., ma anche V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, Napoli, 2022.

[108] È noto il problema di identificare la natura del consenso al trattamento dei dati personali con riguardo alle categorie tradizionali. In argomento, v.: S. THOBANI, *Libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 513 ss.; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in *Annuario del Contratto*, Torino, 2018, 126 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto. Dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, 49 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019, 1381 ss.; A. ADDANTE, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Gius. civ.*, 2020, 889 ss.; C. ANGIOINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020, 189 ss.

[109] Sulla duplice natura del dato, personale e patrimoniale, si veda E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, Milano, 2019, 21 ss., spec. p. 25, e lì richiamato G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 213.

[110] L'accostamento è reso evidente anche da L. VALLE, *op. cit.*, 191.



lezza che permangono differenze non trascurabili, fra cui spicca la circostanza che la cessione del dato personale appare come la contropartita all'accesso al servizio digitale (si pensi all'iscrizione e alla navigazione in un *social network*), mentre, nel contratto dell'*influencer*, la cessione del diritto all'immagine e di taluni aspetti legati alla sfera riservata della vita avviene dietro pagamento di un compenso, per la pubblicità, o di un'utilità economica differente (sconti o altri beneficî).

Preso atto di ciò, la dinamica delle cessioni di dati personali è spiegata dalla dottrina ricorrendo alla categoria concettuale delle promesse condizionate a una prestazione [111]. Si sostiene, in sintesi, il venir meno del nesso sinallagmatico fra la fruizione del servizio in rete e la cessione del dato personale, nonostante le prestazioni siano calate all'interno di un'unica operazione negoziale, che si reputa onerosa, o alla quale, comunque, sottende un interesse di scambio [112]. Dal punto di vista rimediale, la revoca del consenso al trattamento, da parte dell'interessato, legittimerebbe una sospensione del servizio, letta alla luce dell'eccezione per inadempimento (art. 1460 cod. civ.), ma non la risoluzione del rapporto, che si motiva in ragione della negazione della doverosità di quell'atto [113].

Il ricorso alla categoria delle promesse condizionate alla prestazione consentirebbe, allora, di contemperare le esigenze del mercato con l'esercizio dei diritti fondamentali della persona, ogniqualvolta, beninteso, essi risultino oggetto del contratto di sponsorizzazione dell'*influencer* [114]. L'effetto, comune alle due fattispecie, risiederebbe nella assenza di doverosità dell'obbligo: se nella cessione dei dati personali tale libertà è sostenuta in considerazione della disciplina comunitaria, nel caso della prestazione dell'*influencer* si trae da una lettura sistematica delle varie disposizioni che trattano della cessione degli attributi della personalità e, dal punto di vista assiologico, da una loro inferenza con le libertà costituzionalmente garantite.

9. – Si possono ora riassumere, in alcune considerazioni conclusive, i risultati del ragionamento svolto attorno al profilo problematico, fra i tanti posti in luce, della tutela della riservatezza dell'*influencer*.

L'atipicità del contratto consente agevolmente il suo inquadramento in schemi concettuali variabili: si è notato come la diffusione sociale dei contratti di sponsorizzazione non sia assoluta, e quindi sintomatica di una tipicità ben definita nei fatti, ma risulti descrittiva di una serie ampia di figure negoziali [115].

Possono darsi ipotesi, più diffuse, in cui la divulgazione tocchi esclusivamente limitati aspetti della sfera pubblica dell'*influencer*, e quindi le prestazioni possano ritenersi geneticamente collegate da un nesso sinallagmatico [116].

Si potrebbero, poi, verificare casi in cui la cessione di un diritto della personalità del divulgatore non pos-

---

[111] Categoria che risale a G. GORLA, *Promesse "condizionate" ad una prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 431 ss., e ora in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 238 ss., di recente ripresa e sviluppata da G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, 241 ss. e G.F. BASINI, *Le promesse premiali*, Milano, 2000, 62 ss.

[112] Nel contesto digitale, la struttura delle promesse condizionate alla prestazione è fatta propria da C. ANGIOINI, *op. cit.*, 217 ss. e, successivamente, viene indagata con profondità da C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 102 ss.

[113] Cfr. C. IRTI, *op. cit.*, 113-114.

[114] Si farebbe così salva la natura onerosa della sponsorizzazione, che, peraltro, è l'elemento che permette di distinguere questa figura negoziale dal mecenatismo, su cui si rinvia a S. PICCINNI, *Sponsorizzazione, tra onerosità e gratuità*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 794 ss.

[115] *Supra*, par. 1.

[116] *Supra*, par. 2.



sa legarsi così strettamente alla controprestazione di natura economica, per cui l'esigenza di tutelare la libertà della persona induce a inquadrare, il fenomeno negoziale, nell'alveo delle promesse condizionate a una prestazione [117]. L'effetto sarebbe quello di presidiare la libertà della persona sponsorizzata, pur mantenendosi fermo il legame contrattuale. La stessa esigenza giustifica, in codesti casi, il riconoscimento, all'*influencer*, del diritto di recedere dal contratto, là dove, in capo al finanziatore, potrebbe riconoscersi un indennizzo, che lo metta al riparo della perdita subìta [118].

Nei casi più gravi di compressione dei diritti fondamentali della persona, la quale non può arrivare sino a disporre contrattualmente degli aspetti più intimi della propria personalità, infine, è evidente un profilo di illiceità del contratto, che ne determina la nullità [119].

[117] *Supra*, par. 8.
[118] *Supra*, par. 7.
[119] *Supra*, par. 5.

JUS CIVILE



CHIARA SAVAZZI

Dottoranda – Università degli Studi di Catanzaro

CONSIDERAZIONI SUL "DIRITTO DEL MINORE AD UNA FAMIGLIA", ALLA LUCE DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO*: 1. Un diritto di famiglia in costante divenire. – 2. Verso un diritto puerocentrico. – 2.1. Il "diritto ad una famiglia". – 3. La L. 219 del 2012: da "figli diversi" ad un unico status. – 4. L'adozione "in casi particolari". – 5. Riflessioni conclusive.*

1. – Il 28 febbraio 2022, la Corte costituzionale ha emesso un comunicato, con il quale ha informato di aver dichiarato incostituzionale le disposizioni relative all'adozione "in casi particolari", laddove escludono che tra l'adottato e la famiglia dell'adottante si crei un rapporto di parentela [1]. Con la pubblicazione delle motivazioni, in data 28 marzo 2022, la Corte ha precisato che il mancato riconoscimento dei rapporti civili con la rete parentale dell'adottante, discrimina il minore adottato, rispetto ai soggetti che godono di un'"adozione piena", violando gli artt. 3, 31 comma 2, 117 comma 1 della Costituzione e l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel quale si sancisce il rispetto, nel senso più ampio del termine, della vita privata e familiare di qualsiasi individuo.

L'adozione piena risponde all'esigenza di garantire la presenza di un nucleo familiare, quando il diritto del minore a crescere all'interno della propria famiglia non può trovare attuazione. Presupposti per avviare l'*iter* di adottabilità sono: lo stato di abbandono in cui il minore versa [2] e la mancanza o l'inidoneità dei genitori biologici [3]. Relativamente a quest'ultimo, è necessario verificare altresì che non vi siano parenti entro il quarto grado, che abbiano mantenuto rapporti significativi con il minore e che siano in grado di provvedervi [4]. L'adozione piena è disciplinata dalla legge n. 184/1983 (v. *infra*) e comporta il venir meno dei rapporti con la famiglia d'origine; al contrario, mediante l'adozione in casi particolari, l'adottato mantiene i diritti e i doveri verso la famiglia d'origine [5]. Tra i due tipi di adozione intercorrono delle sostanziali differenze. La prima può essere disposta a favore di coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni o che raggiungano tale periodo sommando, al periodo di coniugio, quello della convivenza; tra essi e il minore deve esserci una differenza di età di almeno diciotto anni e non superiore a quarantacinque; da essa derivano tutti i diritti succes-

[1] Art. 55, l. n. 184 del 4 maggio 1983, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* – Art. 300 comma 2 cod. civ.

[2] Presupposto oggettivo.

[3] Presupposto soggettivo.

[4] Cass., sez. I, 9021 dell'11 aprile 2018.

[5] Fa eccezione il diritto al mantenimento, il quale sussiste solo verso la famiglia adottante. Permane, invece, l'obbligo alimentare, ove necessario.



sori, sia in capo al minore verso l'adottante, sia viceversa. Per quanto concerne la seconda, essa può essere disposta a favore di coniugi [6], persone *single,* coppie conviventi così come specificato più volte dalla Suprema Corte [7]; tra l'adottante e il minore è prevista solo una differenza minima d'età pari a diciotto anni; infine, non deriva alcun diritto successorio in capo all'adottante, mentre l'adottato è equiparato ai figli legittimi per ogni disposizione relativa alla successione.

Pertanto, la decisione della Corte crea l'occasione per fare luce su un istituto di cui poco si parla, ad eccezione di quando si discorra di *stepchild adoption* [8] – ovverosia quello dell'adozione "in casi particolari" – disciplinato nell'ordinamento italiano [9]. La questione ci permette altresì di approfondire l'*iter* evolutivo, per nulla scontato e lineare, di una tematica alquanto complessa: il diritto del minore ad una famiglia.

Cosa c'è, dunque, all'origine di questa decisione della Corte costituzionale?

2. – Come noto, l'assetto del diritto di famiglia, ha conosciuto, soprattutto negli anni più recenti, una importante evoluzione. Da un diritto totalmente "patricentrico" che ha contrassegnato l'ordinamento italiano, così come gli altri Paesi [10], fino alla seconda metà del XX secolo, ci si è diretti sempre più verso un diritto puerocentrico, mediante una considerazione maggiore del bambino, quale soggetto detentore di diritti ed interessi fin dalla nascita, nonostante la sua limitata capacità di organizzare da sé ogni aspetto della sua vita in tenera età. La spinta europea ha dato il suo contributo nella creazione di una società che possieda normative di tutela sempre più forte ed incentrata sui diritti del *puer*. A titolo di esempio, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) [11]sottolinea, all'art. 24, il diritto del minore di esprimere le proprie idee e convinzioni, in un processo di "autodeterminazione dinamica" [12] Inoltre, sul piano sovranazionale, la Convenzione sui diritti del fanciullo [13] (c.d. di New York), ratificata dall'Italia nel 1991, indica l'interesse del bambino come "superiore", presupposto di cure e protezione da parte di coloro che ne esercitano la responsabilità. Egli ha diritto di sviluppare la propria personalità, di essere ascoltato, di poter esprimere la propria opinione. Questa Convenzione costituisce, proprio come l'art. 315 *bis* cod. civ., uno "statuto" dei diritti del fanciullo e del figlio, «*un vero e proprio programma anche pedagogico, di formazione del minore, che impegna gli Stati che l'hanno ratificata ad adottare una serie di "misure appropriate" per realizzarlo efficacemente*» [14].

---

[6] Non è necessario che il vincolo coniugale persista da un determinato lasso temporale.

[7] *Ex multis,* Cass., sez. I, 9373 del 16 aprile 2018.

[8] La centralità del dibattito è stata per lungo tempo – e lo è ancora oggi – focalizzata sulla possibilità per il *partner* dello stesso stesso del genitore biologico del minore, di adottare quest'ultimo, in forza della lett. d), comma1, art. 44, l. n. 184/1983). Invero, dove si menziona una "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", la Cassazione ha proceduto ad un'interpretazione estensiva di tale lemma, includendo, oltre che la mancanza di richieste di affidamento (c.d. impossibilità di fatto), altresì la mancanza dello stato di abbandono, per la presenza di un genitore biologico (c.d. impossibilità giuridica). In ipotesi del genere, riconoscere il legame del minore con il *partner* (c.d. genitore sociale) del genitore biologico, significherebbe dare rilevanza ai rapporti familiari necessari per la crescita e la cura del fanciullo, a prescindere dal vincolo di sangue, salvaguardando la continuità affettiva degli stessi (v. *infra*). *Ex multis*, Cass. sez. I, 12962 del 22 giugno 2016. Sull'importanza della valorizzazione della continuità affettiva dei legami, Cass. SS. UU. 9006 del 31 marzo 2021.

[9] Artt. 44 ss. della l. n. 184/1983.

[10] A titolo di esempio, in Spagna e nei Paesi Bassi la potestà maritale e paterna fu vigente fino, rispettivamente, al 1975 e al 1958.

[11] Proclamata il 7 dicembre del 2000 e divenuta parte integrante del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009.

[12] M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2021.

[13] Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, 20 novembre 1989; ratificata dall'Italia con l. n. 176 del 27 maggio 1991, "*Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo*".

[14] Sull'argomento si v. M. SESTA, *idem*; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014; G. FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Jus Civile,* 3, 2012, 132-150.



La serie di diritti e le trasformazioni – *in melius* – degli stessi, cui la riforma ha dato vita, danno atto di come il *best interest* del minore rappresenta e continuerà a rappresentare [15] il *focus* principe delle decisioni degli adulti, siano essi genitori, parenti o organi giudicanti. Il diritto alla bigenitorialità e a far parte di una rete familiare viene statuito, di concerto, negli artt. 315 *bis comma* 2 [16] e 337 *ter comma* 1 [17] cod. civ., oltre che da norme collaterali al codice civile, ma altrettanto importanti [18].

Tutto è indirizzato verso la fondamentale importanza ricoperta dall'intera rete familiare, sia in assenza dei genitori, sia ad integrazione del "ruolo" degli stessi, così da parlare di «*saldatura generazionale dei rapporti affettivi* [19]». La figura del figlio non è più vista come individuo sul quale agire, bensì come soggetto che agisce, in base alla sua capacità di autodeterminarsi – in rapporto all'età – e alle sue esigenze ed aspirazioni; a tal proposito, viene modificato il titolo IX del codice civile, con l'intestazione "*Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri dei figli*" [20].

Si pensi addirittura che, nei lavori preparatori della legge n. 219/2012, la Commissione aveva introdotto il "diritto all'amore" in capo ai figli, poi espunto dal disegno di legge; sarebbe stato senz'altro difficile intervenire su un «*terreno alquanto delicato* [21]», così prettamente specifico dei sentimenti e delle emozioni, ma che dà senz'altro l'idea di quanto la tutela affettiva e di cura sia messa al primo posto.

Il cambiamento non appare più solo nominalistico, come anni addietro, ma si sostanzia in una visione del rapporto di filiazione non più incentrata sulla soggezione della prole al padre o ai genitori, ma fondata sulla prospettiva del figlio, che acquisisce sempre più terreno d'azione.

2.1. – Non sempre accade che il diritto del minore a crescere in un nucleo familiare, possa essere riconosciuto e attuato fin dai suoi primi giorni di vita. Sono moltissimi i bambini, fin da quando è nato il mondo, che si ritrovano a non avere al loro fianco qualcuno che li accudisca, li cresca, li educhi, per le ragioni più disparate; per la morte dei genitori biologici, per l'abbandono da parte di uno o di entrambi, e così via. L'istituto dell'adozione nasce, già in epoca romana, per sopperire alla mancanza di un padre e/o di una madre, nella vita di un infante.

La prima vera forma di adozione, in Italia, è stata introdotta nel 1967 [22], a protezione dei bambini minori di otto anni [23]. Essa era definita "speciale" – eccezionale, appunto – e aveva la finalità di ovviare al problema dell'abbandono. Permaneva, infatti, l'adozione "ordinaria", inserita nel 1942 nel Codice Civile, volta soprat-

---

[15] Sul punto, si v. S. Patti, *Le nuove frontiere della responsabilità genitoriale* in *Rivista Familia,* 2, 2021.

[16] Relativamente alla fase fisiologica del rapporto di coppia.

[17] Relativamente alla fase patologica del rapporto di coppia.

[18] A titolo di esempio, la l. n. 54 dell'8 febbraio 2006, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*.

[19] G. Ballarani, P. Sirena, *Filiazione – Commento al Decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Milano, 2014, 149.

[20] Intestazione precedente alla riforma: *"Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio"*.

[21] R. Carrano, *Lo stato giuridico di figlio e il nuovo statuto dei diritti e dei doveri* in *Giustizia civile*, 4, 2011, 188.

[22] l. n. 431 del 5 maggio 1967, *Modifiche al titolo VIII del libro I del codice civile "Dell'adozione" ed inserimento del nuovo capo III con il titolo "Dell'adozione speciale"*.

[23] Ibidem, art. 4: *Nel titolo VIII dei libro I del Codice civile è inserito il seguente capo III con il titolo: "Dell'adozione speciale" [...] art. 314/4 – Condizioni per lo stato di adottabilità:* "*Su istanza del pubblico ministero, degli istituti di cui al comma seguente e di chiunque ne abbia interesse, sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano i minori di età inferiore agli anni otto privi di assistenza materiale e morale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a forza maggiore*".



tutto a soddisfare il desiderio di genitorialità di soggetti che, per svariate ragioni, erano impossibilitati a generare dei discendenti [24].

Con la legge del 1983 (v. *supra*), per fortuna si è concretizzato un cambiamento, dando centralità a quella che era definita "adozione speciale", divenendo la stessa "ordinaria" ed eliminando il limite di otto anni d'età del minore adottabile. L'adozione "in casi particolari" permane, ad oggi, ma in casi specifici.

Nel tempo, anche la terminologia è cambiata. Se l'intitolazione della legge sull'adozione era, nel 1983, "*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*", dal 2001 [25], reca *"Diritto del minore ad una famiglia*", a dimostrazione della *ratio* che guida l'intera disciplina.

Mediante l'adozione piena, l'adottato diviene parte integrante della famiglia adottiva, recidendo qualsiasi rapporto giuridico con la famiglia biologica, a garanzia dell'unitarietà del contesto di appartenenza e per facilitare lo sviluppo di una propria identità [26].

3. – La famiglia non è sempre stata, quindi, uguale a quella che i nostri occhi possono oggi osservare – oltre che vivere – nelle sue svariate sfaccettature. Per quasi l'intero corso del '900 [27] essa appariva piuttosto come un monolite, con a capo il *pater familias*, unico detentore di decisioni e verità. Ciò si è mantenuto invariato anche con la nascita della Carta Costituzionale, la quale, infatti, è stata definita «*una rivoluzione mancata per più di cinquant'anni* [28]».

Il nostro codice civile, nella sua formulazione originaria del 1942, considerava un'unica tipologia di famiglia, ovverosia quella legittima, nata dal matrimonio. Questa concezione si è riversata, seppur in modo più equilibrato, anche nella Costituzione, la quale assicura, all'art. 30, tutela giuridica e sociale ai figli nati al di fuori del vincolo coniugale, compatibilmente con la tutela dei membri della famiglia legittima; si è, dunque, delineato un *favor matrimonii* che non è stato facile allentare [29]. Il "nato illegittimo" poteva essere riconosciuto se, al momento del concepimento, il "genitore naturale" non fosse unito in matrimonio o se, pur essendolo, il matrimonio fosse venuto meno per la morte dell'altro coniuge; il vincolo parentale nasceva esclusivamente tra il genitore ed il figlio riconosciuto. Diversamente, l'istituto della legittimazione, ex art. 280 cod. civ., attuabile nei confronti dei figli riconoscibili, parificava questi ultimi ai figli nati in costanza di ma-

[24] L'istituto dell'adozione rappresentava, similmente a quanto accadeva in epoca romana, uno strumento per salvaguardare il proprio patrimonio, a beneficio di chi non avesse dato vita ad una propria "stirpe". Sul punto si v. C. FERRINI, *Manuale di Pandette,* Milano, 1953, 694 ss.; E. VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del II sec. d.C.* in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano,* Milano, 69, 1966. Il Codice Civile italiano, del 1942, in linea con l'intenzione di garantire una discendenza a chi non l'avesse, all'art. 291, sanciva: "*L'adozione è permessa alle persone che non hanno discendenti legittimi o legittimati, che hanno compiuto i cinquanta anni e che superano almeno di diciotto anni l'età di coloro che essi intendono adottare. Quando eccezionali circostanze lo consigliano, la corte di appello può autorizzare l'adozione se l'adottante ha raggiunto almeno l'età di anni quaranta e se la differenza di età tra l'adottante e l'adottando è di almeno sedici anni".* Sulla *ratio* della disciplina sull'adozione del 1942, si v. V. COTTINO, *Di alcuni ordinamenti familiari nel nuovo codice civile,* in *Giur. it.*, 4, 1940.

[25] L. n. 149 del 28 marzo 2001, *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile.*

[26] La questione relativa al diritto a conoscere le proprie origini merita approfondimento in sede diversa.

[27] Sul punto, si v. A. PALAZZO, *La filiazione nella cultura giuridica europea* in *Trattato di diritto civile e commerciale* – "Cicu-Messineo", Milano, 2007.

[28] G. DALLA TORRE, *Famiglia e Costituzione – Riflessioni su una rivoluzione promessa* in *Iustitia*, 1999, 221.

[29] F. PROSPERI, *Unicità dello "status filiationis" e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio* in *Rivista critica di diritto privato*, 2, 2013, 285 – 286.



trimonio [30]. Con la legge 151 del 1975 [31], prima importante "rivoluzione" della struttura familiare del nostro Paese, la possibilità del riconoscimento è stata estesa a tutti i soggetti, anche se uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento. Permaneva in ogni caso il dualismo dello *status filiationis*, tra legittimi e naturali, tanto che gli effetti del riconoscimento non creavano alcun vincolo tra il soggetto riconosciuto e i parenti del genitore; ciò comportava disuguaglianze tra i vari, eventuali, figli, sul piano successorio e rendeva inoltre i figli naturali dei perenni figli unici [32]. Sul piano sovranazionale tale differenza di trattamento risultava una vera e propria discriminazione; basti citare la sentenza del 13 giugno 1979 della Corte EDU, con la quale si è rimarcato il valore fondamentale della dignità umana, insita sia nella persona in quanto tale, sia nelle formazioni sociali nelle quali questa viene ad inserirsi, anche qualora si tratti di "famiglia naturale". Sul piano del diritto interno, rispetto al permanere delle suddette differenze tra un figlio ed un altro, la Corte costituzionale con svariate sentenze ha affermato che l'equiparazione della prole, riguarda solo il rapporto che si instaura tra genitore e figlio [33], mentre, per quanto riguarda il diritto successorio ha collocato i fratelli naturali all'ultimo posto tra i successibili chiamati per legge fino al sesto grado, prima dello Stato [34], motivando le decisioni [35] con la discrezionalità di cui gode l'ordinamento nella disciplina della materia, la quale presenta caratteri molto diversi da uno Stato all'altro, rispecchiando anche i valori presenti in esso, i quali non possono, se non con grande difficoltà, divenire univoci. è proprio per tale ragione che la Corte costituzionale ha sempre limitato la sua intromissione in materie la cui disciplina è ritenuta fortemente discrezionale.

Un profondo e radicale cambiamento si è avuto con la l. 219 del 2012 [36], la cui attuazione è avvenuta con il d.lgs. 154 del 2013 [37]. È stato configurato, all'art. 315 cod. civ., un unico *status* di figlio, il quale si presume essere tale, se nato in costanza di matrimonio, mentre lo diviene a seguito di riconoscimento da parte di uno o di entrambi i soggetti che ne rivendichino la genitorialità, se nato fuori dal matrimonio. Corollario essenziale di tale modifica, fondamentale da evidenziare in questa sede, è rappresentato da due articoli: l'art. 74 cod. civ., il quale statuisce che la parentela si basa sul vincolo fra persone discendenti da uno stesso stipite, laddove la filiazione avvenga all'interno del matrimonio, al di fuori, o per adozione; l'art. 258 cod. civ., il quale configura gli effetti del riconoscimento anche nei riguardi dei parenti del genitore.

---

[30] La legittimazione poteva avvenire o per susseguente matrimonio contratto dai genitori del figlio naturale o per regio decreto; successivamente, con la riforma del 1975, per susseguente matrimonio o per provvedimento del giudice.

[31] L. n. 151 del 19 maggio 1975, *Riforma del diritto di famiglia*.

[32] Sul punto, si v. A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014.

[33] Corte cost., 12 aprile 1990, n. 184, con commento di E. PEREGO, *La successione tra fratelli naturali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 1990* in *Giustizia civile*, 5, 1991, 1133-1134; Corte cost., 23 aprile 2000, n. 532, con commento di E. GUERINONI, *La Corte costituzionale ancora sulla successione legittima dei parenti naturali* in *Il corriere giuridico*, 8, 2001, 1035-1040.

[34] Corte cost., 4 luglio 1979, n. 55, con commento di A. SCALISI, *"Principio di parità" e successione tra collaterali* in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 1979, 1043-1057.

[35] *Ibidem.* La Corte, nel tentativo di bilanciamento della tutela dei figli anche se nati al di fuori del vincolo coniugale e della libertà di scelta, in capo allo Stato, di regolamentare i rapporti tra la prole naturale e i parenti del genitore, afferma «*l'articolo 30, terzo comma, della Costituzione non impartisce un comando immediato di parificazione giuridica alla prole legittima anche in questi rapporti, ma si pone come «norma ispiratrice di un orientamento legislativo a favore dei figli naturali*».

[36] l. n. 219 del 10 dicembre 2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali.*

[37] D.lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*.



4. – L'adozione "in casi particolari" è stata introdotta nel 1983, per ovviare a quella che era l'adozione ordinaria, basata su un semplice accordo delle parti, incentrata maggiormente sul desiderio delle stesse di avere una discendenza, piuttosto che sull'intenzione del Legislatore di assicurare la presenza di un nucleo familiare a protezione di un minore (v. *supra*).

Ad oggi, è predisposta per assicurare un'adeguata assistenza morale e materiale nel rapporto con i genitori, laddove vi siano soggetti che possano prendersi cura di lui parallelamente alla sua famiglia, evitando la ricerca di un affidatario. Non vengono infatti recisi i legami di sangue con la famiglia naturale, ma essi si sovrappongono a quelli intercorrenti con il nucleo adottivo. Gli adottanti assumono il ruolo di responsabili della crescita e dell'assistenza del minore, divenendo titolari della responsabilità genitoriale ad ampio raggio, secondo l'art. 316 cod. civ. Con il nucleo familiare acquisito, non si crea alcun rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (c.d. parenti) né tra l'adottante e la famiglia dell'adottato.

Può accadere, ad esempio, che entrambi i genitori biologici vengano a mancare e il bambino si trovi già ad essere inserito in un contesto familiare, di relazioni stabili, che non sarebbe ottimale sconvolgere, quando vi siano parenti disponibili a prendersene cura. In questo caso sarebbe del tutto inutile tentare un affido in attesa di una futura eventuale adozione legittimante [38], creando destabilizzazione nella vita di un minore in crescita. I casi posti dalla legge sono quattro e possono aver luogo anche quando non vi sia una situazione di abbandono, facendone richiesta coppie coniugate o persone *single*. La prima ipotesi si verifica quando il minore sia orfano sia di padre sia di madre e vi siano persone unite al minore da vincolo di parentela entro il sesto grado o da preesistente rapporto stabile, disposte ad occuparsene; la seconda può avvenire a favore del coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; la terza è quella riguardante un minore orfano in condizioni di disabilità; la quarta è quella relativa ad una constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

L'adozione "in casi particolari" ha aperto alla possibilità, attuata in molteplici casi, di adozione del figlio del proprio partner, anche in coppie dello stesso sesso [39], quindi quando il "genitore sociale" abbia lo stesso sesso del genitore "biologico" (o adottivo, in base ad un'adozione piena precedente).

Invero, la pronuncia in commento è incentrata sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 della legge sull'adozione, nella parte in cui, mediante il rinvio [40] all'art 300, comma 2 cod. civ., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti del genitore adottante. Il giudizio, promosso dal Tribunale dei Minorenni di Bologna, trae origine dalla richiesta di un soggetto di adottare una bambina, nata da un percorso di fecondazione assistita, all'estero, intrapreso insieme al *partner*, nonché genitore biologico della minore. Viene altresì chiesto che vengano riconosciuti i rapporti civili, scaturenti dall'adozione, tra la minore e i parenti del rimettente/adottante. Il Tribunale accoglie l'istanza di adozione, sulla scia di un'interpretazione estensiva, ormai consolidata, dell'art, 44, comma 1, lett. d) della L. 184/1983 [41], ma ritiene di non poter riconoscere i suddetti rapporti civili, in base alla normativa vigente, pro-

[38] Corte cost. n. 383 del 7 ottobre 1999.

[39] *Ex multis*, Trib. min. Roma, 30 giugno 2014, con commento di M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore* in *Famiglia e diritto*, 6, 2015, 580-595.

[40] L'art. 300 cod. civ. disciplina l'adozione delle persone maggiori di età e dispone testualmente: "*l'adozione non induce alcun rapporto civile [...] tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge*".

[41] Da tempo, la Giurisprudenza di legittimità ha interpretato "l'impossibilità di affidamento preadottivo" sottostante alla norma di cui alla lett. d), come impossibilità giuridica oltre che di fatto. Ciò significa che l'adozione "in casi particolari" può essere predisposta, oltre che nei casi in cui non vi siano richieste di pre-affido da parte di soggetti o quando si siano susseguiti vari periodi di pre-affido non culminati positivamente in un'adozione, anche qualora il pre-affido non sia assolutamente praticabile, poiché il minore



prio in forza del richiamo all'art. 300 c. 2 cod. civ. Il giudicante sostiene di non poter neppure considerare tacitamente abrogata la disposizione censurata, in quanto non emerge un'incompatibilità tra essa e la nuova disposizione di cui all'art. 74 cod. civ., relativa ai legami parentali [42].

Trascurando le doglianze processuali, promosse dall'Avvocatura generale dello Stato, si procede focalizzando l'attenzione sul nodo cruciale della questione, ovverosia la possibilità che anche dall'adozione "in casi particolari" derivi il riconoscimento della parentela tra adottato e famiglia dell'adottante.

La Corte costituzionale passa velocemente in rassegna le ipotesi (v. *supra*) di cui all'art. 44, l. n. 184/1983, soffermandosi su quella di cui alla lett. d), ed in particolare all'adozione del minore da parte del *partner* del genitore biologico, come nel caso concreto esaminato dal Tribunale di prime cure. Dopo aver ribadito il divieto di surrogazione di maternità [43], la quale, pur se attuata in Stato estero, non può comportare, in Italia, un "diritto alla genitorialità" incondizionato ed assoluto, la Corte sostiene che, in ogni caso, non possono essere ignorate quelle realtà fattuali in cui vi siano minori che vivono in una relazione affettiva con il *partner* del genitore biologico. Lo scopo dell'adozione in casi particolari è costituito proprio dal riconoscimento e mantenimento di quei rapporti affettivi esistenti, che richiedono una tutela anche giuridica al fine di apportare una maggiore protezione all'interesse del minore.

La Corte muove anche da un ragionamento pratico concernente i presupposti e gli effetti dello strumento dell'adozione. Questa, infatti, richiede che il giudice, nella decisione di inserimento di un minore in un nuovo contesto familiare, valuti l'idoneità non solo degli adottanti, ma altresì dell'ambiente familiare in senso ampio. Proprio quest'ultimo viene negato al minore adottato "in casi particolari", a dispetto dell'unicità dello *status* di figlio, di cui all'art. 315 cod. civ., norma cardine della filiazione. Far parte dell'intero nucleo familiare, vorrebbe dire, per l'adottato, divenire parte integrante di una rete composta da vari soggetti, anche da un punto di visto patrimoniale [44] e successorio. In effetti, la grande riforma del diritto di famiglia, avvenuta tra il 2012 e il 2013, ha valorizzato l'importanza dei legami parentali per la crescita del minore, statuendo che «*il figlio ha diritto a mantenere rapporti significativi con i parenti* [45]» e ciò deve avvenire a prescindere dalla sussistenza di legami fra i genitori [46]. La doppia appartenenza di un minore a due famiglie, comunicanti o meno fra loro, come avviene nel caso di un bambino nato fuori dal matrimonio, non può tradursi in uno svantaggio per il soggetto di minore età; allo stesso modo, questo non può accadere nell'ipotesi in cui, ai legami di sangue, si aggiungano quelli giuridici derivanti dall'istituto dell'adozione "in casi particolari". Essere parte, anche giuridicamente, di più di un nucleo familiare non significa rendere confusa l'identità di un individuo, ma al contrario prendere atto dell'evidenza dei fatti e garantirne tutela. La declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata, appare quindi necessaria per rimuovere un ostacolo ingiustificato a quello che non deve essere letto come «*un privilegio, quanto piuttosto [...] come il doveroso riconoscimento*

non si trova in stato di abbandono, in quanto ha un genitore biologico ed altresì un "genitore sociale" (ad esempio il partner del genitore naturale) che desidera adottarlo.

[42] Art. 74 cod. civ. (nella nuova formulazione introdotta dall'art. 1, comma 1, l. n. 219 del 10 dicembre 2012): "*La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli artt. 291 e seguenti*".

[43] Art. 12, comma 6, l. n. 40 del 19 febbraio 2004, "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*".

[44] La Corte, al riguardo, si avvale di un esempio eloquente: "*L'adozione già oggi incide giuridicamente sul rapporto dell'adottante con il minore, sicché nel caso in cui, ad esempio, la zia adotta il nipote, al suo precedente ruolo si sovrappone quello di madre adottiva, con tutti gli effetti giuridici che ne conseguono. Non si comprende, allora, perché questo non debba coinvolgere anche gli altri componenti del nucleo familiare*".

[45] Art. 315-*bis* cod. civ.

[46] Art. 337-*ter* cod. civ.



giuridico di relazioni che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione dei minori coinvolti e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità [47]».

Attraverso l'opera di interpretazione evolutiva giurisprudenziale, che ha come *focus* sempre il preminente interesse del minore [48] a mantenere delle relazioni affettive stabili, si fa sì che la famiglia divenga, sempre più, il microcosmo principale dove le varie identità, specie quella dei minori, possano formarsi, esprimersi e sostenersi l'un l'altra.

5. – Si può formulare una conclusione alla stregua sia dell'*excursus* storico – giuridico svolto con riferimento al passaggio dalla considerazione del minore quale soggetto sottoposto, a quella dello stesso come soggetto titolare di diritti e interessi, sia dello sviluppo del diritto di famiglia, avvenuto finora, sempre volto verso una maggiore considerazione dei soggetti più vulnerabili, all'interno di un qualsiasi nucleo familiare.

Come si è potuto osservare, anche attraverso le sentenze menzionate che si sono susseguite nel corso degli anni, la Corte costituzionale ha sempre operato in un senso ampliativo di diritti e di garanzie nei confronti sia della famiglia in generale, sia dei suoi singoli componenti, comprendendone le esigenze nelle varie ipotesi che si possono verificare, all'interno della società (famiglie omo-genitoriali, genitori *single*, anonimato della partoriente, ecc.). Uno sguardo più pregnante è stato, ed è tuttora rivolto, ai minori, che godono o patiscono delle scelte messe in atto dagli adulti, e che pertanto è preferibile siano inseriti in una struttura familiare quanto più possibile ampia ed eterogenea, per ricevere quel confronto e quel sostegno affettivo di cui necessitano, nella fase dello sviluppo ma anche, in prospettiva futura, da adulti, conoscendo bene i loro legami di sangue o giuridici e potendo far affidamento sugli stessi. Ciò che acquisisce sempre più centrale importanza è il mantenimento della continuità affettiva nei legami sia biologici sia di fatto. Invero, anche questi ultimi devono necessariamente ricevere tutela dal Legislatore, il quale non può ignorarne l'esistenza laddove essi possano incrementare la cura verso un minore. Riconoscendo la presenza di un soggetto ulteriore rispetto alla famiglia d'origine – *rectius* biologica – del bambino, non si mina alla stabilità delle radici ma, piuttosto, si ampliano l'amore e la protezione di cui ogni individuo, specie se in età di sviluppo, necessita [49].

[47] Corte cost. n.79 del 28 marzo 2022.

[48] Il *best interest* del soggetto minorenne ha sempre rappresentato la *ratio* fondante delle sentenze della Corte costituzionale. E*x multis*, 102 del 29 maggio 2020; 76 del 12 aprile 2017.

[49] Sul punto si v. C. SARACENO, M. NALDINI, *Sociologia della famiglia,* Bologna, 2020.



CGUE, GRANDE SEZIONE, 6 OTTOBRE 2021, CAUSA C-882/19

L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che la vittima di una pratica anticoncorrenziale di un'impresa può proporre un'azione di risarcimento danni indifferentemente nei confronti di una società madre che è stata sanzionata dalla Commissione europea per tale pratica in una decisione o nei confronti di una società figlia di tale società che non è oggetto di detta decisione qualora esse costituiscano insieme un'unità economica. La società figlia interessata deve poter far valere efficacemente i propri diritti di difesa per dimostrare di non appartenere a tale impresa e, qualora non sia stata adottata alcuna decisione da parte della Commissione ai sensi dell'articolo 101 TFUE, ha anche il diritto di contestare l'esistenza stessa del presunto comportamento illecito.
L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che prevede la possibilità di imputare la responsabilità del comportamento di una società a un'altra società soltanto nel caso in cui la seconda società controlli la prima società.

EMANUELE STABILE

Dottorando – Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

SULLA NOZIONE D'«IMPRESA» E SUGLI EFFETTI RIGUARDO AL *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT*. QUALCHE RIFLESSIONE A MARGINE DI UNA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. La normativa di riferimento. – 3. I precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia sulla nozione d'impresa…. – 3.1. … e sulla qualificazione come impresa del gruppo societario. La teoria dell'unità economica nella giurisprudenza. – 4. La dottrina. – 5. Il commento.*

1. – Tra il 1997 e il 1999 la Sumal, società di diritto spagnolo, acquistava due autocarri dalla Mercedes Benz Trucks España, tramite la Stern Motor SL, una concessionaria del gruppo Daimler. La Mercedes Benz Trucks España, a sua volta, era una controllata del gruppo Daimler.

Il 19 luglio 2016 la Commissione adottava la decisione C (2016) 4673 final con cui accertava che alcuni produttori europei di autocarri, tra cui la Daimler – e non la Mercedes Benz Trucks España –, avevano partecipato a un accordo collusivo sulla fissazione dei prezzi dei suddetti prodotti violando gli art. 101 TFUE e 53 SEE. La Daimler, in particolare, aveva posto in essere la condotta anticoncorrenziale dal gennaio 1997 allo stesso mese del 2011, in concomitanza dell'acquisto della Sumal.



Di conseguenza, quest'ultima agiva innanzi il Juzgado de lo Mercantil n. 07 de Barcelona (Tribunale di commercio n. 07 di Barcellona, Spagna) chiedendo alla Mercedes Benz Trucks España il risarcimento del danno causatole dalla condotta anticoncorrenziale della Daimler, pari al sovrapprezzo che la Sumal avrebbe pagato a causa del cartello.

Il Tribunale di commercio respingeva la domanda poiché la decisione della Commissione aveva ritenuto responsabile dell'infrazione la controllante Daimler, unico soggetto a cui poteva chiedersi il risarcimento, e non la controllata Mercedes Benz Trucks España.

La Sumal proponeva appello all'Audiencia Provincial de Barcelona (Corte provinciale di Barcellona, Spagna) la quale ultima sollevava rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo, innanzitutto, se la dottrina dell'unità economica, di cui si dirà *infra*, ammetta l'estensione della responsabilità dalla società figlia alla società madre e viceversa nonché a quali condizioni ciò sia possibile. La Corte, in secondo luogo, chiede di precisare se la nozione di unità economica tra società di un gruppo si fondi esclusivamente sul concetto di controllo oppure su altri criteri. Laddove la Corte di Giustizia, in terzo luogo, ammetta l'estensione della responsabilità alla controllata, il giudice del rinvio chiede se sia compatibile con tale orientamento l'art. 71, par. 2, della legge sulla tutela della concorrenza spagnola, che contempla unicamente la possibilità di estendere la responsabilità della società figlia alla società madre, purché sussista una situazione di controllo tra le due.

Nel presente commento, analogamente a quanto fatto dalla Corte, ci si chiederà, innanzitutto, se e a quali condizioni una controllata risponda degli illeciti anticoncorrenziali commessi dalla controllante. Nondimeno, si analizzeranno i presupposti in presenza dei quali la società figlia non risponde della condotta della società madre.

Si valuterà, inoltre, se il diritto nazionale che prevede solo l'estensione della responsabilità dalla controllata alla controllante sia conforme al diritto europeo.

2. – L'art. 101 TFUE vieta le intese anticoncorrenziali [1] poiché incompatibili con il mercato interno. La norma ha efficacia diretta [2], spiegando effetti direttamente negli ordinamenti statali, e una portata sostanzialmente generale, salve alcune eccezioni. Così, il settore agricolo non è soggetto alla citata disciplina ai sensi dell'art. 42 TFUE.

L'art. 101 TFUE contiene un'elencazione esemplificativa di intese proibite. In termini generali, esso vieta le intese c.d. orizzontali che intervengano tra imprese concorrenti operanti al medesimo livello della catena di produzione o distribuzione, ossia nello stesso perimetro territoriale e merceologico. Sono altresì vietate, a certe condizioni, alcune intese c.d. verticali, cioè quelle tra enti posizionati a diversi livelli della catena di produzione o distribuzione [3].

Innanzitutto, quindi, il presupposto per applicare l'art. 101, par. 1 TFUE è l'esistenza di un'intesa.

---

[1] Per concorrenza si intende l'esistenza sul mercato di una competizione "*efficace (*workable competition*), cioè di un'attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguire le finalità del Trattato … detta esigenza consente che la natura e l'intensità della concorrenza varino a seconda dei prodotti o dei servizi e della struttura economica dei relativi mercati di settore*", cfr. L. ARNAUDO, F.M. DI MAJO, *La libera concorrenza*, in *Codice dell'Unione Europea* a cura di A. RIZZO, F.M. DI MAJO, Giuffrè, 2008, 317.

[2] Cfr. CGUE, 10 luglio 1980, causa C– 37/79, Marty c. Lauder, ECLI:EU:C:1980:190, par. 13.

[3] Cfr. assai utilmente R. PARDOLESI, *Le intese verticali*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* a cura di L.F. PACE, Jovene, 2013, 80 ss. nonché G. FAELLA, *Le intese verticali*, in *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea* a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, Giappichelli, 2006, VII, 105 ss.



Il diritto europeo, volutamente, non definisce tale nozione così conferendole ampia flessibilità. Essa è stata precisata solo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia [4]. Ad ogni modo, un'intesa presuppone necessariamente il coinvolgimento di due o più imprese, altrimenti mancherebbe un requisito genetico della fattispecie: l'accordo tra diversi enti.

Per quanto qui interessa, tra le intese vietate rientrano gli accordi tra imprese che «… *possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno* …» [5]. Sono altresì vietate le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate.

Gli accordi possono avere forma scritta, orale o addirittura consistere in un comportamento tacito [6]. In ogni caso, però, deve ravvisarsi l'incontro delle volontà degli enti coinvolti [7]. La volontarietà della propria condotta fa si che le imprese non possano ignorarne la natura anticoncorrenziale e quindi debbano risponderne anche se ignorassero di trasgredire l'art. 101 TFUE.

In secondo luogo, affinché sia applicabile l'art. 101 TFUE occorre che l'intesa rechi un pregiudizio al commercio tra stati membri.

Ancora una volta, la normativa non definisce il concetto di pregiudizio, né quello di commercio.

Come noto, quest'ultimo riguarda l'attività economica transfrontaliera. Non può escludersi, tuttavia, che un accordo tra imprese di un solo paese membro, o straniere, oppure coinvolgenti anche un'impresa extracomunitaria, efficace sul territorio europeo, possa riflettersi negativamente sul commercio transfrontaliero [8] e dunque rilevare *ex* art. 101 TFUE. In virtù del principio di territorialità, infatti, rileva il luogo dove l'intesa esplica i propri effetti e non dove è conclusa [9].

Sul concetto di pregiudizio, ad un'attenta lettura della norma («… *possano pregiudicare* …»), emerge come questo possa essere anche solo potenziale. Non è necessario, dunque, un pregiudizio attuale e concreto al commercio, ma l'idoneità dell'intesa, accertata sulla base di ragionamento probabilistico sorretto da validi elementi fattuali e giuridici, a farlo sviluppare in modo diverso da come avrebbe potuto essere. Il pregiudizio derivante dall'intesa può ricadere tanto sui prodotti oggetto del cartello, c.d. effetto diretto, quanto su quelli

---

[4] CGUE, 6 gennaio 2004, cause riunite C-2/01 e 3/01, Bayer, ECLI:EU:C:2004:2, par. 23; CGUE, 14 luglio 1972, causa C-48/69, ICI, ECLI:EU:C:1972:70. Anche una serie coordinata di atti o comportamenti anticoncorrenziali può integrare un'intesa c.d. complessa purché coinvolga almeno due imprese economicamente e giuridicamente distinte e si snodi in un arco temporale prolungato.

[5] La concorrenza è materia di competenza esclusiva dell'Unione Europea (UE) ai sensi del combinato disposto dell'art. 3, par. 1, TFUE e del Protocollo n. 27 annesso al TFUE.

[6] Cfr. le interessanti parole di L. ARNAUDO, F. M. DI MAJO, *La libera*, cit., 330 ove si afferma "*perché sussista un accordo … è sufficiente che le imprese in questione abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo*". E ancora "*la nozione di accordo … presuppone l'esistenza, tra almeno due parti, di una comune volontà, il cui modo di manifestarsi non è rilevante*". M. D'OSTUNI, *Il concetto d'intesa*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* a cura di L. F. PACE, Jovene, 2013,71.

[7] Cfr. CGUE, 11 gennaio 1990, causa C-277/1987, Sandoz, ECLI:EU:C:1990:6. Gli accordi presuppongono che le imprese *"«abbiano espresso la loro volontà comune di comportarsi sul mercato in una determinata maniera», con l'obiettivo, anche indiretto, di ridurre i margini di reciproca incertezza circa le rispettive condotte sul mercato*". Cfr. M. D'OSTUNI, *Il concetto*, cit., 70. Cfr. anche L.F. PACE, *Diritto Europeo della concorrenza, divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Cedam, 2007, 1 ss.; C. LO SURDO, *"Accordo" contrattuale e "intesa" ai sensi della normativa antitrust*, in *Contratti*, 2001, III, 299 ss.; M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *EU Competition Law*, Claeys & Casteels, 2012, III, 16 ss.; G. COLANGELO, *«Intesa restrittiva e nozione di accordo»*, in *Foro it*., 2004, I, 34 ss.

[8] CGUE, 31 maggio 1979, causa C-22/78, Hugin c. Commissione, ECLI:EU:C:1979:138 e CGUE, 21 febbraio 1973, causa C-6/72, Europemballage c. Commissione, ECLI:EU:C:1973:22.

[9] M. DE VITA, *Il pregiudizio al commercio tra stati membri*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* a cura di L. F. PACE, Jovene, 2013, 62 ove si parla eloquentemente di "*dottrina degli effetti*" e CGUE, 14 luglio 1972, cause riunite C-48/69, 49/69, 51/69, 52/69, 53/69, 54/69, 57/69, Materie Coloranti.



connessi ai suddetti beni, c.d. effetto indiretto. In ogni caso, il pregiudizio non deve essere irrilevante alla luce di una valutazione oggettiva della fattispecie (c.d. criterio *de minimis*). Tale valutazione deve considerare vari elementi tra cui, ad esempio: il posizionamento delle imprese colludenti sul mercato, la quota di mercato detenuta dalle imprese, il loro fatturato [10]. L'accordo è sicuramente rilevante se riesce ad isolare tra di loro alcuni mercati degli stati membri [11].

In terzo luogo, l'intesa deve alterare la concorrenza ossia, in base ad un'analisi dell'oggetto dell'accordo o, in subordine, dei suoi effetti, deve modificare il normale svolgimento del mercato [12]. Tale alterazione era, e forse rimane, un concetto molto sfuggente [13].

Chiariti quali siano i requisiti per applicare l'art. 101, par. 1 TFUE, occorre riprendere l'analisi della norma.

L'art. 101, par. 2 TFUE stabilisce la sanzione per le intese vietate: la nullità di pieno diritto. Si tratta di una nullità assoluta, rilevabile d'ufficio e che travolge l'intero accordo, salvo che sia possibile separare le parti vietate da quelle che non lo siano. Spetterà ai giudici nazionali statuire sulle conseguenze della menzionata nullità in base alle proprie norme interne.

L'art. 101, par. 3 TFUE, infine, consente che alcune intese non siano soggette alla disciplina del par. 1 purché siano soddisfatte le seguenti condizioni cumulative: i) «*contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico*»; ii) lascino «*agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva*»; ed evitino di iii) «*imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi*»; iv) «*dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi*». Qualora ricorrano tutte le menzionate condizioni, le imprese notificano la richiesta di esenzione alla Commissione la quale deciderà in merito [14]. Alla luce di un attento bilanciamento d'interessi, dunque, il Legislatore europeo ammette restrizioni alla concorrenza laddove siano indispensabili per tutelare interessi diversi, ma pur sempre rilevanti.

In materia antitrust, a valle dell'art. 101 TFUE si collocano il regolamento UE 1/2003 e la direttiva 2014/104/UE.

Il regolamento disciplina il procedimento con cui la Commissione accerta e sanziona una violazione dell'art. 101 TFUE (c.d. public enforcement) nonché i suoi poteri e doveri. Per quanto qui interessa, l'art. 16, par. 1 del regolamento stabilisce un obbligo delle autorità amministrative e giurisdizionali statali competenti in materia di concorrenza a conformarsi alle decisioni della Commissione. E il successivo art. 27 impone alla

---

[10] M. De Vita, *Il Pregiudizio, cit*., 61 e giurisprudenza citata alla nota 7 ove si afferma un accordo "*per poter pregiudicare il commercio tra Stati membri, «deve consentire di prevedere con sufficiente grado di probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, che esso sia atto ad incidere direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sui flussi commerciali fra Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati*".

[11] CGUE, 30 giugno 1966, causa C-56/65, Societè Technique Miniere, ECLI:EU:C:1966:38; CGUE, 12 dicembre 1967, causa C-23/67, Brasserie de Haecht, ECLI:EU:C:1967:54: Cfr. pure L. Arnaudo, Di Majo, cit., 331.

[12] Cfr. assai utilmente A. Palmieri, R. Pardolesi, *L'incompiuta: ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*, in *Foro it.,* 2010, 11, I, 2913 ss.

[13] Non a caso, la Commissione Europea ha adottato la Comunicazione del 21 aprile 2004 in cui ha dettato dei criteri, da cui essa stessa non può discostarsi senza motivare adeguatamente, per stabilire la sussistenza del pregiudizio al commercio. Cfr. Reg. CE 794/2004 e M. De Vita, *Il Pregiudizio,* cit., 65 che elenca anche dei criteri cumulativi in presenza dei quali escludere l'idoneità di un accordo a pregiudicare il commercio: "*i) la quota di mercato aggregata delle parti su qualsiasi mercato rilevante all'interno della Comunità interessato dagli accordi non supera il 5% e ii) il fatturato delle imprese interessate non sia superiore a 40 milioni di euro, da ponderasi come in relazione alle diverse ipotesi si accordo*".

[14] La norma descrive un meccanismo di esenzione individuale che si affianca alle altre esclusioni previste dalla disciplina europea.



Commissione di consentire alle imprese di difendersi nei procedimenti volti ad accertare una condotta anti-concorrenziale nei loro confronti.

La direttiva, invece, armonizza le norme sul risarcimento del danno derivante da illeciti antitrust (c.d. private enforcement). In particolare, l'art. 2, n. 2 della direttiva definisce l'autore della violazione alle norme sulla concorrenza come «*l'impresa o l'associazione di imprese che ha commesso la violazione del diritto della concorrenza*».

Sempre riguardo al soggetto responsabile per gli illeciti antitrust, infine, l'articolo 71 della legge spagnola n. 15/2007 sulla tutela della concorrenza (ley de Defensa de la competencia) prevede che coloro i quali commettano una pratica collusiva, definita dagli artt. 101 e 102 TFUE, debbano risarcire i danni causati, ma «*le azioni di un'impresa possono essere imputate anche alle imprese o persone che la controllano, tranne quando il suo comportamento economico non è determinato da nessuna di esse*».

3. – Il concetto di "impresa" non è definito da alcuna disposizione normativa europea, ma è frutto dell'attività interpretativa della Corte di Giustizia che ha affrontato l'argomento diverse volte.

Innanzitutto, nel caso Höfner i giudici europei hanno dovuto stabilire se un ufficio federale per il collocamento fosse un'impresa assoggettabile alle norme sulla concorrenza. La sentenza ha stabilito che: "… *nel contesto del diritto della concorrenza, … la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento* …"[15].

Tale nozione è stata poi precisata sia dal Tribunale dell'Unione Europea che dalla medesima Corte. Il primo ha definito l'impresa "*un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica*"[16]. La seconda ha stabilito che "… *costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato* …"[17].

La definizione di impresa è stata poi ulteriormente ampliata dalla giurisprudenza europea[18].

Ad esempio, nelle sentenze Wouters e Pavlov, in particolare, si afferma che, rispettivamente, gli avvocati e i medici specialisti, ma il principio di diritto vale per tutti i liberi professionisti, "*nella loro qualità di operatori economici autonomi*", forniscono servizi sul mercato[19]. Essi sono remunerati dai propri clienti per i servizi prestati e assumono i rischi finanziari connessi all'esercizio della propria attività. Ne consegue che "*... svolgono un'attività economica e, pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85* [nds, oggi 101 TFUE], *86 e 90 del Trattato, senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione*"[20].

---

[15] CGUE, 23 aprile 1991, causa C-41/1990, Höfner, ECLI:EU:C:1991:161, par. 21. Si veda pure CGUE, 11 luglio 2006, causa C-205/03, FENIN c. Commissione, ECLI:EU:C:2006:453, par. 25.

[16] Trib. di primo grado CE, 10 marzo 1992, causa T-11/89, Shell, ECLI:EU:T:1992:33, par. 311; Trib. di primo grado CE, 14 maggio 1998, causa T-352/94, Mo och Domsjö, ECLI:EU:T:1998:103, par. 87; Trib. di primo grado CE, 20 marzo 2002, T-9/99, Hfb, ECLI:EU:T:2002:70, par. 54.

[17] CGUE, 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 e C-184/98, Pavlov, ECLI:EU:C:2000:428, par. 75 e CGUE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, ECLI:EU:C:1998:303, par. 36.

[18] Cfr. *ex multis* CGUE, 22 gennaio 2002, causa C-218/00, Cisal, ECLI:EU:C:2002:36, par. 22; CGUE, 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, AOK, ECLI:EU:C:2004:150, par. 46 ss.; CGUE, 1 luglio 2008, causa C-49/07, MOTOE, ECLI:EU:C:2008:376, par. 21.

[19] CGUE, 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 e C-184/98, Pavlov, ECLI:EU:C:2000:428, par. 76 e CGUE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters, ECLI:EU:C:2002:98.

[20] CGUE, 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 e C-184/98, Pavlov, ECLI:EU:C:2000:428, par. 77 e CGUE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters, ECLI:EU:C:2002:98, par. 49.



D'altro canto, gli ordini professionali sono considerati associazioni di imprese. Indipendentemente dalla natura della disciplina applicabile "… *quando adotta un regolamento … un ordine professionale non esercita prerogative tipiche dei pubblici poteri, ma piuttosto appare come organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce un'attività economica*" [21].

I giudici europei si sono pronunciati anche sulla qualificazione come impresa di un ente pubblico. Laddove quest'ultimo svolga esclusivamente attività prive di carattere economico che siano espressione di una "*prerogativa dello Stato*" non vi è impresa [22]. Non può escludersi, tuttavia, che un ente svolga anche attività economiche, distinte da quelle riconducibili all'esercizio dei pubblici poteri [23], e quindi costituisca un'impresa. Ad esempio, la Corte ha precisato che non sono imprese gli enti del servizio sanitario nazionale che svolgano la propria attività gratuitamente e siano improntati al principio di solidarietà [24]. Più complesso il discorso per gli enti previdenziali poiché la qualificazione d'impresa è esclusa solo per coloro i quali esercitino attività nell'ambito di un regime previdenziale obbligatorio di base. Diversamente, per i regimi facoltativi può aversi impresa [25] poiché si esula dalle attività espressione delle prerogative dello stato prive di rilevanza economica.

Per concludere sul punto, la nozione di impresa è di tipo funzionale giacché è attenta alla sostanza della fattispecie considerata più che alla sua forma.

3.1. – In diverse occasioni, la Corte di giustizia ha affrontato il tema della qualificazione come un'unica impresa di più società.

Nella sentenza Akzo Nobel i giudici europei sono stati chiamati a stabilire la legittimità dell'imputazione alla controllante, la Akzo Nobel appunto, di azioni delle proprie controllate che la prima riteneva agissero autonomamente.

La Corte, facendo buon governo della concezione funzionale di impresa, ha affermato che questa "*abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento*". "*La nozione di impresa, nell'ambito di tale contesto, dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche*" [26].

In senso conforme si è espressa anche la pronuncia Knauf che, nell'ambito di un caso analogo, ha affer-

---

[21] CGUE, 28 febbraio 2013, causa C-1/12, Ordem dos Técnicos, ECLI:EU:C:2013:127, par. 46 nonché CGUE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters, ECLI:EU:C:2002:98, par. 64.

Il fatto che l'ordine non persegua "*scopi di lucro … non osta a che l'ente che effettua delle operazioni sul mercato vada considerato come un'impresa, poiché la relativa offerta di servizi si pone in concorrenza con quella di altri operatori che perseguono uno scopo di lucro*" cfr. CGUE, 28 febbraio 2013, causa C-1/12, Ordem dos Técnicos, ECLI:EU:C:2013:127, par. 57.

Anche le federazioni sportive sono considerate imprese nella misura in cui svolgano attività economiche, cfr. CGUE, 1 luglio 2008, causa C-49/07, MOTOE, ECLI:EU:C:2008:376, par. 22.

[22] CGUE, 1 luglio 2008, causa C-49/07, MOTOE, ECLI:EU:C:2008:376, par. 24.

[23] Trib. di primo grado CE, 12 dicembre 2006, causa T-155/04, SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commissione, ECLI:EU:T:2006:387, par. 73 ss.

[24] CGUE, 11 luglio 2006, causa C-205/03, FENIN c. Commissione, ECLI:EU:C:2006:453, par. 39.

[25] Illuminante sul punto lo scritto di R. CAGGIANO, *Il concetto d'impresa*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* a cura di L. F. PACE, Jovene, 2013, 56 ss. CGUE, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, Poucet e Pistre, ECLI:EU:C:1993:63, par. 17; CGUE, 22 gennaio 2002, causa C-218/00, Cisal, ECLI:EU:C:2002:36, par. 45; CGUE, 16 novembre 1995, causa C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, par. 22.

[26] CGUE, 10 settembre 2009, causa C-97/08, Akzo Nobel NV, ECLI:EU:C:2009:536, par. 54 e 55.



mato: "*secondo costante giurisprudenza, il diritto dell'Unione in materia di concorrenza riguarda le attività delle imprese e la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento. La nozione di impresa, nell'ambito di tale contesto, dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce ad un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche*" [27].

Insomma, l'"impresa" identifica un soggetto economico unitario, anche se composto da soggetti giudici distinti, com'è il caso del gruppo societario.

Tale principio di diritto, elaborato dalla Corte di Giustizia sin dagli anni settanta secolo scorso [28], si basa sulla nozione funzionale di impresa ed è il fondamento della teoria dell'unità economica e della responsabilità "ascendente" dalla controllata alla controllante per gli illeciti antitrust commessi dalla prima.

4. – La dottrina dell'unità economica è stata dapprima elaborata in sede giurisprudenziale e poi recepita in ambito dottrinale dove illustri Autori si sono interessati dell'argomento sostanzialmente confermando gli arresti giurisprudenziali [29].

Avvalendosi della concezione funzionale di impresa, la teoria in commento sostiene che più imprese, sebbene giuridicamente distinte, possano essere considerate come un'unità economica [30] qualora ricorrano determinate condizioni.

In particolare, come rilevato nella storica sentenza ICI [31], per aversi un'unica impresa occorreva che la società madre controllasse, in termini societari, la figlia: la dottrina dell'unità economica, dunque, era applicabile ai soli gruppi societari.

Successivamente, la giurisprudenza ha ampliato il perimetro della teoria in commento. È stato ritenuto necessario, infatti, non solo un rapporto di controllo, ma anche l'effettiva influenza da parte della società madre sulla politica commerciale della società figlia. Si avrà un'unità economica, quindi, laddove quest'ultima non determini autonomamente la propria condotta sul mercato. Tale situazione, però, può determinarsi non solo in presenza di un controllo totalitario, ma addirittura di una partecipazione minoritaria a seconda della *lex societatis* applicabile.

La società madre, quindi, deve influenzare in maniera "determinante" le scelte della società figlia finendo per governarne la condotta commerciale "*alla luce dei vincoli economici, organizzativi e giuridici intercorrenti tra le entità interessate, variabili a seconda dei casi e non elencabili in modo tassativo*" [32].

In presenza di un controllo totalitario era riconosciuta una presunzione di influenza della società madre

---

[27] CGUE, 1 luglio 2010, causa C-407/08, Knauf Gips KG, ECLI:EU:C:2010:389, par. 64; R. CAGGIANO, *Il concetto*, cit., 56 ss.

[28] Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella, 15 aprile 2021, causa C-882/19, Sumal, ECLI:EU:C:2021:293, par. 15.

[29] Ex multis, A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, Cedam, 2020, 27 ss.; S. CINQUE, *Il principio della continuità economica e la determinazione dei soggetti tenuti al risarcimento dei danni da illecito antitrust. Il caso Skanska (C-724/17): quale impatto sul private enforcement?*, in *Riv. della Reg. dei mercati*, 2020, II, 411 ss.

[30] Si vedano gli indispensabili contributi di R. CAIAZZO, *Antitrust*, Giappichelli, 2007, 69; P. FATTORI, M. TODINO, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2004, 45; R. CAGGIANO, *Il concetto*, cit., 56 ss.; A. REINSTADLER, A. REINALTER, *Imputabilità della responsabilità per la violazione dell'art. 101, comma 1, t.f.u.e. ad una società capogruppo per il comportamento illecito della propria controllata: una presunzione davvero inconfutabile? (nota a Corte di Giustizia, III sezione, 10 settembre 2009, causa C-97/08)*, in *RDS*, 2013, III, 516 ss.

[31] CGUE, 14 luglio 1982, causa C-48/69, ICI, ECLI:EU:C:1972:70.

[32] Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella, 15 aprile 2021, causa C-882/19, Sumal, ECLI:EU:C:2021:293, par. 29.



sulla figlia [33]. Laddove la controllante detenga l'intero capitale sociale della controllata "*sussiste una presunzione relativa secondo cui tale società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante nei confronti della sua controllata*" [34]. "*L'esistenza di un'unità economica può essere quindi dedotta da un complesso di elementi concordanti, ancorché nessuno di tali elementi, isolatamente considerato, sia sufficiente per dimostrare l'esistenza di tale unità*" [35].

Successivamente, tale impostazione è stata perfezionata richiedendo la dimostrazione da parte delle Istituzioni europee di ulteriori elementi idonei a supportare la menzionata presunzione.

Insomma, in presenza di una serie di fattori, tra cui un'influenza determinante della controllante sulla controllata, può aversi unità economica, ossia una sola impresa [36].

Ovviamente, in ossequio al diritto di difesa, la società madre potrà dimostrare l'insussistenza della predetta influenza sulla figlia e la sua indipendenza nelle scelte commerciali, ma dovrà superare il rigoroso onere della prova che incombe su di essa.

Ora, sia l'art. 101 TFUE, sia l'art. 2, comma 2 dir. 2014/104/UE individuano l'impresa quale responsabile delle violazioni antitrust [37].

Alla repressione di tali illeciti da parte della Commissione (c.d. public enforcement) [38], si affianca la possibilità per i danneggiati di chiedere il risarcimento del danno conseguente ad una pratica anticoncorrenziale (c.d. private enforcement) [39].

Il private enforcement ha un'efficacia deterrente di condotte illecite [40] giacché la prospettiva di dover ri-

---

[33] CGUE, 25 ottobre 1983, causa C-107/82, AEG, ECLI:EU:C:1983:293.

[34] CGUE, 10 settembre 2009, causa C-97/08, Akzo/ Nobel NV, ECLI:EU:C:2009:536, par. 54 e Conclusioni Avvocato Generale Pitruzzella, 15 aprile 2021, causa C-882/19, Sumal, ECLI:EU:C:2021:293, par. 24; A. REINSTADLER, A. REINALTER, *Imputabilità,* cit., 516 ss.

[35] CGUE, 1 luglio 2010, causa C-407/08, Knauf Gips KG, ECLI:EU:C:2010:389, par. 64 e 65.

[36] Trib. di Primo Grado CE, 26 aprile 2007, cause riunite T-109/02, T-118/02, T-125/02, T-126/02, T-129/02, T-132/02 e T-136/02, Bolloré, ECLI:EU:T:2007:115, par. 132 dove si legge "… *l'elemento relativo alla detenzione della totalità del capitale della controllata, sebbene costituisca un forte indizio dell'esistenza, in capo alla società controllante, di un potere di influenza determinante sul comportamento della controllata sul mercato, non è sufficiente, di per sé, per permettere di imputare la responsabilità del comportamento della controllata alla società controllante*". E ancora CGUE, 14 maggio 1998, causa C-286/98, Stora Kopparbergs Bergslags, ECLI:EU:C:2000:630, par. 28. R. CAGGIANO, *Il concetto*, cit., 56 ss.

In senso contrario Trib. di Primo Grado UE, 12 dicembre 2007, causa T-112/05, Akzo Nobel, ECLI:EU:T:2007:381, par. 62.

Cfr. pure A. REINSTADLER, A. REINALTER, *Imputabilità,* cit., 516 ss.

[37] A. REINSTADLER, A. REINALTER, *Imputabilità,* cit., 516 ss.; K. HOFSTETTER, M. LUDESCHER, *Fines against parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for 'Best Practice Compliance'*, in *World Competition*, 2010, 33, 55 ss.; R. BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, in *World Competition* 2010, *33*, 593 ss.; A. RIESENKAMPFF, U. KRAUTHAUSEN, *Liability of parent companies for antitrust violations of their subsidiaries*, in *ELR*, 2010, 38 ss.; R. CAGGIANO, *Il concetto*, cit., 56 ss.

[38] P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010, 1 ss.

[39] Molto interessanti L. MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/14 e del D.lgs. 3/2017*, in *Jus Civile*, 2017, IV, 348 ss.; M. BIANCHINI, *Private e public antitrust enforcement nell'ambito dei servizi di interesse economico generale (a proposito della "poliedrica" nozione di impresa),* in *Jus Civile,* 2013, 9, 523 ss.; C. TESAURO, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *MCR*, 2011, III, 427 ss.; M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* a cura di M. MAUGERI, A. ZOPPINI, Il Mulino, 2009, 57 ss.; G. AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, in *MCR*, 2010, III, 491 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, 2009, 1 ss.; S. BASTIANON, *La tutela privata antitrust: Italia, Unione Europea e Nord America*, Giuffrè, 2012, 1 ss.; P. BUCCIROSSI, M. CARPAGNANO, *Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in antitrust (and how)*?, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, 4(1), 3.

[40] G. A. BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* a cura di L. F. PACE, Jovene, 2013, 19 ove si legge "*Il diritto al risarcimento del danno «rafforza, infatti, il carattere operativo delle*



sarcire dei danni induce ad astenersi dal compiere illeciti. Esso si affianca al public enforcement completando il quadro delle tutele di imprese e consumatori, c.d. "doppio binario".

Il diritto al risarcimento danni è un istituto di origine nazionale. Salvo il considerando 7 del Reg. UE 1/2003, che ha fornito una prima base giuridica europea al private enforcement, e la direttiva 2014/104/UE, esso è regolato dal diritto dei singoli stati membri che dettano le condizioni e i modi per agire in giudizio. Purché, tuttavia, «*dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività*)» [41].

Merita ricordare che la direttiva 2014/104/UE armonizza le norme sul risarcimento del danno antitrust limitandosi, purtroppo, a recepire le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza europea [42] senza offrire alcuna innovazione. Come rilevato da Autorevole dottrina, tale normativa, e in generale il diritto antitrust europeo, si propongono di tutelare il buon funzionamento del mercato, una "*crescita efficiente e sostenibile della società*" [43], le imprese e i consumatori. Per raggiungere tali obiettivi, la citata direttiva sembra superare "*la categoria della responsabilità civile*" per come è conosciuta negli ordinamenti nazionali, prospettando "*una natura sui generis al danno antitrust*" [44].

L'individuazione dell'"impresa" come responsabile degli illeciti, poi, estende (forse eccessivamente) il novero dei trasgressori (c.d. "infringers") responsabili verso i danneggiati, quasi configurando una responsabilità oggettiva. Così facendo si rischia di scardinare la storica concezione della responsabilità civile che, lo ricordiamo, è rimessa alla disciplina statale [45].

---

regole di concorrenza ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune. In quest'ottica, le azioni di danno incardinate dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità". Cfr. CGUE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, Manfredi, ECLI:EU:C:2006:461, par. 27.

[41] G.A. BENACCHIO, *Il private enforcement*, cit., 19 e le note 5 e 6 ivi presenti; F. VALERINI, *Il giudizio di merito nell'azione antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* a cura di L. F. PACE, Jovene, 2013, 232 ove si ricorda che "*gli Stati membri sono obbligati a garantire l'accesso alla giustizia per la tutela di situazioni comunitarie a condizioni di effettività, equivalenza e non discriminazione (c.d. dottrina Rewe)*". Cfr. CGUE, 16 dicembre 1976, causa C-33/76, Rewe, ECLI:EU:C:1976:188.

[42] A. MONTANARI, *Il danno antitrust. In risposta al prezioso invito di Roberto Pardolesi*, in *MCR*, 2021, II, 238 ove si legge "*un testo che rappresenta nulla più che un restatement*".

Illuminanti anche le parole di E. CAMILLERI, *An overview of the Private Enforcement of Competition Law in Italy, in Jus Civile*, 2020, II, 351 ss.; R. PARDOLESI, *Danno antitrust (ancora e sempre) in cerca d'identità*, in MCR, 2021, II, 255 ss. Cfr. anche M. BARELA, *L'illecito antitrust nella prospettiva della crisi Riflessioni a margine del «Danno antitrust» di Andrea Montanari*, in *MCR*, 2021, II, 291 ss.

[43] A. MONTANARI, *Il danno*, cit., 244; M. BARELA, *L'illecito*, cit., 292 SS.

[44] A. MONTANARI, *Il danno*, cit., 238. A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* a cura di M. MAUGERI, A. ZOPPINI, Il Mulino, 2010, 221 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust* in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* a cura di M. MAUGERI, A. ZOPPINI, Il Mulino, 2010, 172 ss.

[45] Sempre autorevole dottrina non ha mancato di sottolineare che "*si tende comunque a prospettare l'attribuzione a quegli autori del risarcimento di qualunque ammanco patrimoniale naturalisticamente ricollegabile all'illecito. È il trionfo dell'empirico e il tramonto del giuridico, sospinto dall'obiettivo di policy economica di punire l'infringer*". A. MONTANARI, *Il danno*, cit., 239; A. MONTANARI, *Il danno*, cit. supra n. 29, 27 ss. Cfr. pure C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 2013, VI, 305, 308 ss.; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Giuffrè, 1960, 12 ss.; A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in un giudice della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2011, X, 2685 ss.; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilita civile*, in *Danno resp.*, 2004, V, 473 ss.



La giurisprudenza europea, però, sembra non preoccuparsi di tale pericolo valutando più importanti l'effetto utile e la piena efficacia del diritto antitrust che risulterebbero frustrati se non fosse riconosciuto ai danneggiati il diritto di ottenere il risarcimento dei danni patiti.

L'azionabilità in sede nazionale del diritto al risarcimento, inoltre, impone un coordinamento delle autorità amministrative e della magistratura nazionali con le decisioni prese dalla Commissione in materia antitrust [46]. Per tale motivo, ai sensi dell'art. 16 Reg. UE 1/03 le azioni risarcitorie conseguenti ad una decisione della Commissione, c.d. follow-on litigation, devono necessariamente rispettare tali provvedimenti.

5. – Il caso in esame offre l'occasione per valutare l'esistenza di una responsabilità discendente verso la società figlia per un'infrazione contestata alla società madre.

Come correttamente rilevato anche dall'Avvocato Generale Pitruzzella nelle proprie conclusioni, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, il fondamento della responsabilità ascendente può essere ravvisato nell'influenza determinante esercitata dalla controllante sulla controllata che risulterebbe priva di ogni autonomia decisionale sulla propria politica commerciale.

Oppure, secondo un altro orientamento giurisprudenziale oggi prevalente, la responsabilità ascendente si basa sull'unità economica tra diversi enti i quali finiscono per dare vita ad un'unica impresa.

La teoria dell'unità economica, però, può giustificare una responsabilità tanto ascendente [47] quanto discendente: ossia della società madre per gli illeciti della figlia e viceversa.

Come noto, "*né l'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 1/2003 né la giurisprudenza determinano quale persona giuridica o fisica la Commissione abbia l'obbligo di ritenere responsabile dell'infrazione e di sanzionare con l'irrogazione di un'ammenda … la Commissione può liberamente considerare responsabile di un'infrazione e sanzionare con l'irrogazione di un'ammenda qualsiasi entità giuridica di un'impresa che abbia partecipato a un'infrazione*" [48].

Indipendentemente, dunque, che l'illecito sia imputato alla controllante o alla controllata, l'esistenza di un'unica impresa comporta che la madre e la figlia siano solidalmente responsabili per l'illecito commesso da una di loro [49]. Perché allora dovrebbe negarsi che la società figlia appartenente all'"impresa" risponda dell'illecito?

Siccome, poi, l'infrazione è riconducibile ad una "sola" impresa, è altresì rispettato il principio della responsabilità personale. Come rileva l'Avvocato Generale "*in questo modello ricostruttivo dell'unità economica non ci sono ragioni logiche per escludere che l'allocazione della responsabilità possa operare non solo in senso «ascendente» (dalla controllata alla società madre), ma anche in senso «discendente» (dalla società madre alla controllata)*" [50]. E la Corte di Giustizia aderisce a questo orientamento [51].

---

[46] G. PARODI, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contratto e Impresa*, 2021, IV, 1140 ss.

[47] A. REINSTADLER, A. REINALTER, *Imputabilità, cit.,* 516 ss.; K. HOFSTETTER, M. LUDESCHER, *Fines,* cit., 55 ss.; R. BURNLEY, *Group*, cit., 593 ss.; A. RIESENKAMPFF, U. KRAUTHAUSEN, *Liability, cit.*, 38 ss.; A. GENOVESE, *Funzione*, cit., 221 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo*, cit., 172 ss.; G. A. BENACCHIO, *Il private enforcement,* cit., 19.

[48] CGUE, 6 ottobre 2021, C-882/19, Sumal, ECLI:EU:C:2021:800, par. 62 e 63.

[49] A. REINSTADLER, A. REINALTER, *Imputabilità, cit.,* 516 ss.; R. CAGGIANO, *Il concetto,* cit., 56 ss.

[50] Conclusioni Avvocato Generale Pitruzzella, 15 aprile 2021, causa C-882/19, Sumal, ECLI:EU:C:2021:293, par. 52.

[51] CGUE, 6 ottobre 2021, causa C-882/19, Sumal, ECLI:EU:C:2021:800, par. 50 ove si legge: "*di conseguenza, nulla osta, in linea di principio, a che la vittima di una pratica anticoncorrenziale proponga un'azione di risarcimento danni nei confronti di una delle entità giuridiche che costituiscono l'unità economica*".



In ogni caso, tuttavia, è necessario che la vittima di un illecito antitrust dimostri sia l'esistenza di un'unità economica, sia "*il legame concreto … tra l'attività economica di tale società figlia e l'oggetto dell'infrazione di cui la società madre è stata ritenuta responsabile*" [52].

Ovviamente alla società figlia, convenuta in giudizio per il risarcimento danni, deve sempre essere garantito il diritto di difesa, ma, come rilevato dalla Corte, esso si atteggia diversamente a seconda delle circostanze. Laddove l'illecito antitrust sia cristallizzato in una decisione della Commissione, la società figlia convenuta per il risarcimento potrà contestare l'esistenza solo di un'impresa unitaria, ma non dell'illecito poiché il giudice nazionale, come detto, deve conformarsi alla decisione della Commissione. Qualora manchi un provvedimento sanzionatorio, invece, la controllata potrà contestare non solo l'esistenza di unità economica, ma anche l'infrazione.

La sentenza in commento, dunque, amplia la portata del private enforcement poiché l'azione risarcitoria, alle condizioni suddette, potrà essere rivolta tanto verso la controllante quanto verso la controllata [53]. Di conseguenza, una legislazione, come quella spagnola, che contempli solo una responsabilità ascendente, ma non viceversa, è illegittima perché contraria al diritto europeo. Bisogna interrogarsi, però, se tali conclusioni non siano eccessive [54].

In primo luogo, è apprezzabile il tentativo della giurisprudenza di offrire maggior tutela ai consumatori, ma sorge il dubbio che si sia estesa troppo la responsabilità dell'"impresa" arrivando a colpire la controllata che, proprio in quanto priva di ogni autonomia, si è limitata ad eseguire le direttive impartitele. Se l'illecito è stato determinato dalle indicazioni fornite dalla controllante, perché dovrebbe risponderne la controllata, per di più priva di un concreto potere di dissociazione dalle direttive impartite?

In secondo luogo, la sentenza Sumal, pur rispettando formalmente il principio della responsabilità personale, chiama la controllata a rispondere per fatti che sfuggono al suo controllo. Bisogna dunque chiedersi se, e come, la responsabilità c.d. discendente rispetti il nesso di causalità [55].

In terso luogo, la possibilità che le azioni risarcitorie possano essere dirette verso la controllata, sebbene frutto della volontà della società madre, potrebbe incentivare comportamenti opportunistici di quest'ultima, se non addirittura un abuso di eterodirezione [56].

La sentenza Sumal, poi, non risolve ogni problema poiché a fronte di un'estensione della tutela risarcitoria, c'è sempre il rischio che intese anticoncorrenziali tra società formanti un'unica impresa – ma non un gruppo societario – non siano sanzionate perché manca il presupposto per configurare un'intesa: ossia due entità distinte.

In conclusione, è condivisibile lo sforzo della Corte di Giustizia, ma la pronuncia in commento solleva alcuni interrogativi [57]. Per tali motivi, è auspicabile un intervento legislativo europeo che precisi il perimetro del private enforcement contemperando gli interessi in gioco in modo chiaro, efficace e tempestivo.

---

[52] CGUE, 6 ottobre 2021, causa C-882/19, Sumal, ECLI:EU:C:2021:800, par. 52.

[53] E. CAMILLERI, *An overview,* cit. 351 ss.; A. GENOVESE, *Funzione*, cit., 221 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo*, cit., 172 ss.; G. A. BENACCHIO, *Il private enforcement,* cit., 19.

[54] E. CAMILLERI, *An overview,* cit. 351 ss.; L. MICCOLI, *Tra public and private enforcement*, cit., 348 ss.; M. BIANCHINI, *Private e public antitrust,* cit., 523 ss.; R. PARDOLESI, *Danno,* cit., 255 ss.; C. TESAURO, *Recenti sviluppi,* cit., 427 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE, *Il private enforcement,* cit., 1 ss.; S. BASTIANON, *La tutela*, cit., 1 ss.; P. BUCCIROSSI, M. CARPAGNANO, *Is it time*, cit., 3; G.A. BENACCHIO, *Il private enforcement,* cit., 19 ss.

[55] E. CAMILLERI, *An overview,* cit. 351 ss.; A. MONTANARI, *Il danno,* cit., 239 e 255 dove si legge "*Al quesito, postomi dall'autorevole interlocutore, se la contemporaneità debba spingerci ad assecondare il «lento tramonto» della responsabilità civile moderna, rispondo in senso negativo*"; A. MONTANARI, *Il danno*, cit. *supra*, n. 29, 27 ss.; R. PARDOLESI, *Danno,* cit., 255 ss.; A. PALMIERI, *L'illecito,* cit., 2685 ss.; C. CASTRONOVO, *Antitrust*, cit., 473 ss.; G. PARODI, *L'accertamento*, cit., 1140 ss.

[56] C. CASTRONOVO, *Antitrust*, cit., 473 ss.

[57] E. CAMILLERI, *An overview,* cit. 351 ss.; A. MONTANARI, *Il danno,* cit., 239; R. PARDOLESI, *Danno,* cit., 255 ss.; M. BARELA, *L'illecito antitrust,* cit., 292 ss.