

JUS CIVILE

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



6/2023

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.



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Note in tema di separazione senza addebito e spettanza dei diritti successori di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ. *

di *Valentina Viti* 1063

Autonomia privata e regolazione del mercato: tra nuovi spunti e vecchie questioni *

di *Emanuele Tedesco* 1074

Pagamento al creditore apparente e frodi informatiche *

di *Matteo Boselli* 1099

Tutela della scelta e proporzionalità del contratto *

di *Giovanni Fappiano* 1125

La nuova disciplina dei contratti di consumo aventi ad oggetto contenuti e servizi digitali *

di *Giulia Cirillo* 1143

Giurisprudenza italiana

La revoca del consenso nell'ambito della PMA: il bilanciamento tra la salute della donna e l'autodeterminazione dell'uomo *

di *Stefania La Rosa* 1156

* Contributo sottoposto a revisione.



VALENTINA VITI

Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Brescia

NOTE IN TEMA DI SEPARAZIONE SENZA ADDEBITO E SPETTANZA DEI DIRITTI SUCCESSORI DI CUI AL CPV. DELL'ART. 540 COD. CIV.

SOMMARIO: 1. I diritti di abitazione e di uso di cui all'art. 540, comma 2, cod. civ. ed il presupposto soggettivo dello status di coniuge. – 2. L'attribuibilità della riserva qualitativa al coniuge separato senza addebito. Le posizioni della dottrina. – 3. Gli orientamenti della giurisprudenza. La recente pronuncia della Cassazione n. 22566 del 2023. – 4. La rilevanza degli interessi tutelati dalla disposizione di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ. nella definizione del concetto di residenza familiare. La necessaria esclusione della spettanza dei diritti di abitazione e di uso al coniuge separato senza addebito.

1. – La disposizione di cui al comma 2 dell'art. 540 cod. civ. si inserisce nell'ambito del processo di riforma del diritto di famiglia operato con la l. n. 151/1975, il quale, nel suo intento di allineare la disciplina privatistica alla nuova concezione costituzionale della famiglia¹, ha portato, nella materia successoria, a sostituire il precedente usufrutto *uxorio* riservato al coniuge superstite su una parte del patrimonio del *de cuius* con la spettanza ad esso della proprietà di una quota variabile dell'asse ereditario, nonché, in aggiunta, attraverso la disposizione in esame, dei diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni².

¹ Si è evidenziato in dottrina come la riforma della disciplina successoria in materia di diritti spettanti al coniuge superstite si sia posta in linea con la nuova concezione costituzionale della famiglia quale sede in cui si esplica la personalità dell'individuo ed in cui assumono rilievo non solo i vincoli di sangue, ma anche i legami affettivi (G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2010, 124), nonché quale luogo in cui si realizza una sostanziale uguaglianza patrimoniale tra tutti i componenti del nucleo familiare (P. FORCHIELLI, *Aspetti successori della riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, II, 1013; L. MEZZANOTTE, *La successione anomala del coniuge*, Napoli, 1989, 31 ss.). Diverse le disposizioni costituzionali all'uopo richiamate, quali l'art. 2 Cost. e gli artt. 29, 30, 31 e 37 Cost., cfr. C. CICERO-S. DEPLANO, *Profili evolutivi dell'art. 540, comma 2: effettività della destinazione «a residenza familiare» e rilevanza degli interessi extrapatrimoniali del coniuge superstite*, in *Riv. not.*, 2015, 206.

² Senza pretese di esaustività, fra i tanti contributi sul tema dei diritti di abitazione e di uso di cui al comma 2 dell'art. 540 cod. civ., cfr., A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Riv. dir. fam. pers.*, 1978, 224 ss.; G. VICARI, *I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*, in *Riv. dir. fam. pers.*, 1978, 1319 ss.; A. MIRONE, *I diritti successori del coniuge*, Napoli, 1984; G. AZZARITI, *Il diritto di abitazione sulla casa già adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano da parte del coniuge superstite*, in *Giust. civ.*, 1987, 7-8, 2377 ss.; L. FERRI, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 366 ss.; L. MEZZANOTTE, *La successione anomala del coniuge*, Napoli, 1989, 60 ss.; M.G. FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993; G. TEDESCO, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella successione legittima*, in *Giust. civ.*, 2001, II, 383 ss.; R. CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, I, 15 ss.; G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.*, in *Riv. dir. fam. pers.*, 2008, 2, 955 ss.; P. RESCIGNO, *Sulla riserva al coniuge dell'abitazione e dei mobili nella successione legittima*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 376 ss.; V. BARBA, *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro*, in *Giur. it.*, 2013, 8-9, 1781 ss.; D. POLETTI, *A proposito del diritto di abitazione del coniuge superstite (e di interessi creditorî)*, in *Riv. trim.*



Il realizzato miglioramento della posizione successoria del coniuge, con particolare riguardo alla previsione di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ., è stato tradizionalmente collegato all'intenzione di rispondere ad esigenze di tutela personalistico-esistenziali riferibili a tale soggetto. La *ratio* dell'attribuzione dei menzionati diritti di abitazione e di uso è stata, infatti, da risalente giurisprudenza costituzionale ricondotta non tanto alla tutela dell'interesse economico del coniuge superstite a disporre di un alloggio, quanto alla protezione del suo interesse non patrimoniale a conservare i rapporti affettivi e consuetudinari con la casa familiare, a mantenere il tenore di vita, le relazioni sociali, gli *status symbols* goduti durante il matrimonio³. Un accento su istanze precipuamente morali, e non immediatamente economiche, che, nonostante alcune diverse sfumature nei punti di vista, è stato ben sottolineato anche da autorevoli voci in dottrina, le quali hanno rimarcato come alla base della previsione normativa in esame vi sia la necessità di preservare il benessere psicofisico del coniuge superstite e di evitare allo stesso i disagi esistenziali legati al distacco dalle proprie abitudini di vita e familiari⁴.

La rilevata dimensione finalistica posta alla base del riconoscimento dei diritti speciali in discorso è venuta nel tempo a ricoprire un ruolo determinante tanto nella caratterizzazione della fattispecie quanto nella definizione dei principali nodi problematici dalla stessa posti, spiegando importanti riflessi con riguardo ad aspetti sia qualificatori che regolatori ricollegabili alla previsione normativa.

Profili fondamentali, quali quello connesso alla attribuzione di un carattere "qualitativo" alla riserva in discorso⁵ o quello riguardante il riconoscimento alla stessa della natura di legato *ex lege*⁶, hanno mostrato una

dir. proc. civ., 2015, 2, 403 ss.; A. SPATUZZI, *Confini applicativi ed interpretativi ai diritti di abitazione ed uso del coniuge superstite*, in *Notariato*, 2021, 2, 188 ss.

³ In tal senso Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Foro it.*, 1991, I, c. 446 e in *Riv. dir. fam. pers.*, 1989, 474.

⁴ Riconducono la *ratio* della disposizione di cui al comma 2 dell'art. 540 cod. civ. alla tutela di istanze personalistiche, fra gli altri, G. GABRIELLI, *Art. 540*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro-G. Oppo-A. Trabucchi, I, Padova, 1977, 833; A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione ed uso a favore del coniuge superstite*, cit., 224; A. MASCHERONI, *Il nuovo trattamento successorio del coniuge superstite*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, 639; M. GAMBARDELLA, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite: una nuova figura di riserva*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 3, 692; R. CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, cit., 20; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, 440; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2011, 128. Fanno specifico riferimento ad esigenze di tutela del benessere fisico e psichico del coniuge superstite L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1999, 171; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, 75.

⁵ Carattere "qualitativo" sostanziantesi nella necessità di un effettivo e concreto conferimento al coniuge dei diritti in discorso, in aggiunta alla quota di patrimonio allo stesso riservata. V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 85 evidenzia efficacemente come al fine di escludere una lesione dei diritti che la legge riserva al coniuge non basti che costui consegua complessivamente beni per un importo corrispondente al valore sia della quota di patrimonio riservata sia dei diritti di cui all'art. 540, comma 2, cod. civ., ma occorra che tale soggetto consegua «effettivamente e concretamente» i diritti di abitazione e di uso.

⁶ A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, cit., 224 ss.; G. VICARI, *I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*, cit., 1314; A. GARGANO, *Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abitazione*, cit., 1628; E. PEREGO, *I presupposti della nascita dei diritti d'abitazione e d'uso a favore del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 714; M. CALAPSO, *Alcune considerazioni ancora sui diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite a norma del 2° comma dell'art. 540 c.c.*, in *Vita not.*, 1984, 1-3, 573; G. GABRIELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, V, Padova, 1992, 55 ss.; G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.*, cit., 966; G. BONILINI, *Il legato*, in *Tratt. dir. succ. don.*, diretto da G. Bonilini, II, Milano, 2009, 400; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 77 ss. Minoritarie sono risultate le prospettazioni volte a ricondurre la spettanza dei diritti in discorso ad una vocazione a titolo universale (C. TRINCHILLO, *Il trattamento successorio del coniuge superstite nella disciplina dettata dal nuovo diritto di famiglia*, cit., 1244), caratterizzantesi quale ampliamento della quota di riserva (A. MIRONE, *I diritti successori del coniuge*, cit., 143 ss.; V.E. CANTELMO, *La situazione del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 1, 50) o quale autonoma riserva separata (M.G. FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, cit., 43 ss.). Ancora diverse le ricostruzioni di L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., 165, il quale propende per una qualificazione in termini di vocazione anomala in virtù dell'eccezione apportata «al principio di unità della successione e al suo corollario espresso nella regola di ugua-



spiccata propensione ad essere influenzati dalle ragioni e, dunque, dagli aspetti funzionali caratterizzanti la medesima attribuzione. Ancora, alla individuata *ratio* del conferimento dei diritti di abitazione e di uso in favore del coniuge superstite si è ricollegata la definizione di aspetti più propriamente regolatori attinenti agli stessi, in particolare con riguardo alla riferibilità ad essi della disciplina di diritto comune dei diritti reali in esame di cui al libro III del codice civile (artt. 1021-1026 cod. civ.) e agli eventuali limiti di compatibilità e, dunque, di applicabilità di tale normativa⁷.

Il rilievo che la considerazione degli interessi sottesi all'attribuzione di cui al comma 2 dell'art. 540 cod. civ. ha assunto con riferimento a molti dei profili interpretativi ed applicativi attinenti alla disposizione, si ritiene non possa venir meno nell'approfondimento e nella ricerca di una appropriata soluzione alla problematica della riconoscibilità della riserva qualitativa in esame al coniuge separato senza addebito. La questione si inserisce nell'ambito perimetrale della corretta definizione dei presupposti richiesti dalla prima parte del cpv. dell'art. 540 cod. civ. per il sorgere dei diritti previsti nella medesima disposizione e si collega, in particolare, alla prescrizione del presupposto "soggettivo" della sussistenza dello *status* di coniuge nel beneficiario dell'attribuzione⁸, che, insieme agli altri due presupposti "oggettivi" della destinazione della casa a residenza familiare e dell'appartenenza dell'immobile al coniuge defunto in via esclusiva o in comunione⁹, condiziona la stessa nascita della riserva qualitativa in favore del coniuge superstite.

Le incertezze e i dibattiti sorti con riguardo alla situazione del coniuge separato senza addebito¹⁰ discendono evidentemente dal necessario collegamento dell'art. 540 cod. civ. con la disciplina successoria dettata

gianza dei coeredi in proporzione delle rispettive quote», nonché di F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, 219; G. AZZARITI-A. IANNAONE, *Successione dei legittimari e successione dei legittimi*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1997, 98 ss., i quali tendono, invece, ad estromettere i diritti in discorso dalla riserva del coniuge, configurando gli stessi come limitazione *ope legis* al godimento di alcuni beni che entrerebbero a far parte dell'asse ereditario per la sola nuda proprietà.

⁷ Proprio la considerazione dei peculiari interessi coinvolti nella vicenda successoria del coniuge e della specifica dimensione finalistica alla base della loro attribuzione ha portato molti autori a sostenere che non tutta la disciplina di diritto comune dei diritti reali di abitazione e di uso possa reputarsi applicabile ai diritti di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ., risultando in particolare incompatibili con questi ultimi alcuni vincoli e limitazioni previsti dalla normativa di cui al libro III, fra cui il limite dei bisogni propri e della propria famiglia di cui all'art. 1022 cod. civ. In tal senso L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., 175; G. GABRIELLI, *Art. 540*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., 838; L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, 116; L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Comm. del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Roma, 1971, 59; U. PERFETTI, *I legittimari*, in *Le successioni*, Bologna, 2012, 90, secondo cui, rispetto all'esigenza spirituale di consentire al superstite di conservare il legame affettivo con il defunto per il tramite dell'abitazione dei luoghi ove si è svolta la vita affettiva, mancherebbe persino il metro di misura dell'eccedenza dell'uso. In giurisprudenza cfr., Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, cit.; Cass., 13 marzo 1999, n. 2263, in *Vita not.*, 1999, 23; recentemente Cass., 24 giugno 2020, n. 12042; nella giurisprudenza di merito, fra le altre, App. Cagliari, 26 settembre 2005, in *Riv. giur. sarda*, 2006, 2, 285.

⁸ Ulteriori questioni legate al presupposto soggettivo dello *status* di coniuge richiesto in capo al beneficiario dell'attribuzione di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ. hanno riguardato la riferibilità di tale attribuzione al convivente *more uxorio* e, più recentemente, al *partner* dell'unione civile. Per un relativo approfondimento sia consentito di rinviare a V. VITI, *Diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite*, in F.P. Torrasi (a cura di), *Successioni e contenzioso ereditario. Questioni controverse e risvolti applicativi*, Milano, 2022, 272 ss., e ai riferimenti bibliografici *ivi* contenuti.

⁹ Si è, da parte di alcuni in dottrina, precisato come il requisito della proprietà o comproprietà debba ritenersi necessario per il solo diritto di abitazione e non, invece, per il diritto di uso dei mobili che corredano la residenza familiare, sul punto, cfr., U. PERFETTI, *I legittimari*, cit., 89. Non in tal senso sembrerebbe orientata la giurisprudenza, che, in diverse pronunce, ha testualmente riferito il presupposto della proprietà del *de cuius* o della comproprietà tanto alla casa adibita a residenza familiare quanto ai mobili che la arredano, cfr., da ultimo, Cass., 28 maggio 2021, n. 15000.

¹⁰ Meno problematica è risultata la soluzione prospettata per i casi di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso o, ancora, di nullità dello stesso, rispetto ai quali l'esclusione dell'acquisto dei diritti di cui al cpv. dell'art. 450 cod. civ. è stata collegata al ricorrere di una sentenza passata in giudicato. Cfr., più approfonditamente, G. BONILINI, *I diritti successori del coniuge divorziato*, in *Tratt. dir. succ. don.*, diretto da G. Bonilini, cit., 229 ss.; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 110 ss.



per il coniuge separato dall'art. 548 cod. civ. Se, infatti, in virtù di tale ultima disposizione, non vi sono stati dubbi nell'escludere che i diritti di abitazione e di uso di cui al comma 2 dell'art. 540 cod. civ. spettino al coniuge separato con addebito, essendo per questo previsto soltanto il diritto ad un assegno vitalizio ove all'apertura della successione goda degli alimenti a carico del coniuge deceduto, discussa si è mostrata la soluzione da adottare con riguardo al coniuge separato senza addebito, a cui invece la disposizione di cui al comma 1 dell'art. 548 cod. civ. riconosce espressamente «gli stessi diritti successori del coniuge non separato»¹¹.

2. – Diverse sono state le opinioni espresse dalla dottrina sul punto della attribuibilità dei diritti di abitazione e di uso al coniuge superstite separato senza addebito, mostrandosi la questione particolarmente contrastata.

Muovendo dalla previsione di cui al comma 1 dell'art. 548 cod. civ. ed ancorandosi principalmente al dato letterale, alcuni autori hanno ammesso che anche al coniuge separato senza addebito spettino, oltre alla quota di patrimonio riservata, i diritti di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ. Siffatti diritti sarebbero esercitabili sull'ultima casa che fu di residenza comune e sui mobili che la corredano, a prescindere dal fatto che il beneficiario dell'attribuzione viva o meno ancora in quell'immobile al momento dell'apertura della successione¹².

Tale prima minoritaria posizione è stata avversata da una diversa tesi, maggioritaria, espressa da quanti hanno ritenuto di poter riconoscere al coniuge separato senza addebito la riserva qualitativa di cui si discorre soltanto nell'ipotesi in cui costui dopo la separazione abbia continuato ad abitare l'immobile, prima adibito a residenza familiare, in forza di accordo con l'altro coniuge o in forza del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare di cui all'art. 337-*sexies* cod. civ.¹³. Quest'ultima circostanza, secondo la riferita opinione, varrebbe, infatti, nonostante il venir meno di una effettiva convivenza tra i coniugi, a conservare all'abitazione il ruolo di residenza familiare, con il conseguente verificarsi, alla morte dell'altro coniuge, delle condizioni presupposte dal comma 2 dell'art. 540 cod. civ. per il sorgere dei noti diritti.

La riferita prospettazione, volta a differenziare la posizione del coniuge superstite ancora occupante la casa familiare comune da quella del coniuge superstite non più abitante la stessa, si è mostrata, da una parte, potenzialmente foriera di una disparità di trattamento nei confronti del coniuge senza prole o al quale, per diverse possibili ragioni, non sia stato attribuito il diritto di abitazione¹⁴, dall'altra parte, ha posto il non trascurabile dubbio circa il momento – apertura della successione o raggiungimento di autosufficienza economica

¹¹ Anche sulla base della lettera della norma di cui all'art. 548 cod. civ. giurisprudenza e dottrina maggioritaria ritengono necessaria una sentenza sull'addebito della separazione già passata in giudicato al momento dell'apertura della successione, cfr., fra le ultime pronunce, Cass., 26 luglio 2013, n. 18130, in *Leggi d'Italia*; Cass., 10 maggio 2017, n. 11492, in *Leggi d'Italia*; in dottrina, fra gli altri, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., 163; U. PERFETTI, *Dei legittimari*, cit., 121. Secondo V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 102, la disciplina di cui al comma 1 dell'art. 548 cod. civ. potrà trovare applicazione anche al coniuge cui non sia stata addebitata la separazione, quand'anche la sentenza sia passata in giudicato in un momento successivo alla morte dell'altro coniuge, nei soli casi in cui all'apertura della successione la sentenza di separazione sia già passata in giudicato, mentre non sia ancora passata in giudicato la sentenza sull'addebito della separazione.

¹² L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., 57; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, cit., 469; L. MEZZANOTTE, *Vanificazione del diritto di abitazione spettante al coniuge separato di fatto*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 28 ss.

¹³ A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, cit., 243; G. GABRIELLI, *Art. 540*, cit., 847; M. COSTANZA, *Osservazioni in tema di successione del coniuge separato*, cit., 750 ss.; R. CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, cit., 29; G.F. BASINI, *I diritti successori del coniuge separato*, in *Tratt. dir. succ. don.*, diretto da G. Bonilini, III, cit., 188 ss.; A. SPATUZZI, *Confini applicativi ed interpretativi ai diritti di abitazione ed uso del coniuge superstite*, cit., 190.

¹⁴ In tal senso cfr. la recente Cass., 26 luglio 2023, n. 22566.



della prole maggiorennе – a cui debba ricollegarsi il mutamento del titolo – da titolo giudiziale di assegnazione a titolo ereditario – legittimante l’occupazione¹⁵. La medesima prospettazione tende, d’altro canto, bene a rivelare come in realtà la questione della riconoscibilità in capo al coniuge separato dei diritti di cui al cpv. dell’art. 540 cod. civ. non sia solo inquadrabile entro la cornice delimitativa del presupposto soggettivo di tale attribuzione rappresentato dallo *status* di coniuge, mostrando viceversa la stessa non trascurabili punti di contatto con la definizione dell’altro presupposto, oggettivo, della destinazione della casa a residenza familiare ed, in particolare, con la corretta individuazione del significato da attribuire al concetto di residenza familiare.

Tale ultima osservazione trova un evidente riscontro nelle argomentazioni poste alla base di una terza opinione espressa in dottrina sulla questione indagata, ovvero nella tesi di coloro che escludono in radice la possibilità di riconoscere in favore del coniuge separato senza addebito i diritti reali in esame, in quanto ritengono che a seguito della separazione personale non sia più possibile individuare una casa adibita a “residenza familiare”. Per casa familiare, in altri termini, dovrebbe intendersi unicamente la casa di residenza comune dei coniugi al momento dell’apertura della successione, in quanto, una volta verificatasi la separazione, ove pure al coniuge separato fosse assegnato l’immobile prima adibito a residenza familiare, sarebbe comunque venuta meno quella comunione di affetti e, soprattutto, quella condivisione dei luoghi in cui aveva a svolgersi la vita coniugale, che sono alla base del riferito presupposto oggettivo per l’attribuzione della riserva qualitativa di cui al cpv. dell’art. 540 cod. civ.¹⁶. Ad avviso di tale ultimo indirizzo, dunque, neanche l’assegnazione al coniuge separato della casa familiare potrebbe consentire di far mantenere all’abitazione la valenza di residenza familiare, rimarcandosi all’uopo come nettamente diversi siano gli interessi protetti dall’assegnazione di cui all’art. 337-*sexies* cod. civ., da un lato, e dall’attribuzione di cui all’art. 540, comma 2, cod. civ., dall’altro. Nel primo caso, infatti, si tenderebbe a tutelare l’interesse esclusivo della prole a continuare a vivere nella casa familiare insieme al genitore collocatario, nel secondo, invece, a rispondere ad un interesse personale del coniuge, preso in considerazione *uti singulus* e non quale esercente la potestà genitoriale¹⁷. Conseguenza dell’adozione di una siffatta impostazione, nel coordinamento dell’art. 540 cod. civ. con l’art. 548 cod. civ., è chiaramente quella di ritenere tale ultima norma diretta a riconoscere anche al coniuge separato senza addebito il diritto alla stessa quota di patrimonio ereditario riservata al coniuge non separato, ma non ad attribuire ad esso i diritti di abitazione e di uso di cui al comma 2 dell’art. 540 cod. civ.¹⁸.

¹⁵ Lo sottolinea in senso critico V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 104, che evidenzia come entro la riferita prospettazione sia opinabile «se l’apertura della successione determini un immediato mutamento del titolo che legittimi il coniuge superstite all’occupazione, ossia se il coniuge separato cessi di abitare la casa in ragione del provvedimento giudiziale di separazione e continui ad abitarla in forza del legato *ex lege*». Ad opinione di G.F. BASINI, *I diritti successorii del coniuge separato*, cit., 190 ss., il coniuge continuerebbe comunque ad occupare l’immobile in forza del titolo giudiziale di assegnazione fino al raggiungimento dell’autosufficienza economica da parte della prole maggiorennе, iniziando solo successivamente ad abitare la casa familiare in forza del titolo ereditario.

¹⁶ M.G. FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, cit., 127; A. MORACE PINELLI, *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano, 2001, 195; E. PEREGO, *I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, cit., 712; C. TRINCHILLO, *Il trattamento successorio del coniuge superstite*, cit., 1230; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 105 ss.

¹⁷ Sottolineano la diversità di *ratio* fra la disposizione di cui all’art. 337-*sexies* cod. civ. e la norma di cui all’art. 540, comma 2, cod. civ., C. TRINCHILLO, *Il trattamento successorio del coniuge superstite*, cit., 1231; M.C. ANDRINI, *Legittimari*, in *Vita not.*, 1988, 4-5, 551; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 106.

¹⁸ V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 106, sottolinea come la norma di cui all’art. 548 cod. civ. non consenta di far sopravvivere un presupposto (esistenza di una casa familiare) che la separazione, per definizione, fa venir meno.



3. – In favore della soluzione da ultimo riportata si era negli anni orientata una consolidata giurisprudenza che, in diverse occasioni, aveva ravvisato nella separazione personale dei coniugi un ostacolo insormontabile al sorgere dei diritti speciali di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ.¹⁹. Così i giudici, in più di una pronuncia, hanno sostenuto che «anche se l'art. 548 c.c., comma 1, equipara, quanto ai diritti successori attribuiti dalla legge, il coniuge separato senza addebito al coniuge non separato, in caso di separazione personale dei coniugi e di cessazione della convivenza, l'impossibilità di individuare una casa adibita a residenza familiare fa venire meno il presupposto oggettivo richiesto ai fini dell'attribuzione dei diritti di uso e abitazione ex art. 540 c.c.»²⁰. E ancora, nella stessa direzione, in una serie di arresti si è affermato che «se (...) il diritto di abitazione (e il correlato diritto d'uso sui mobili) in favore del coniuge superstite può avere ad oggetto esclusivamente l'immobile concretamente utilizzato prima della morte del *de cuius* come residenza familiare, è evidente che l'applicabilità della norma in esame è condizionata all'effettiva esistenza, al momento dell'apertura della successione, di una casa adibita ad abitazione familiare; evenienza che non ricorre allorché, a seguito della separazione personale, sia cessato lo stato di convivenza tra i coniugi»²¹. È bene sottolineare come siffatte statuizioni siano state dalla giurisprudenza di legittimità tenute ferme anche rispetto ad ipotesi in cui la casa familiare era stata attribuita al coniuge in virtù di previsioni contenute nella separazione consensuale omologata, ritenendo all'uopo la Corte che la suddetta circostanza non potesse reputarsi foriera di elementi di diversificazione rispetto alla considerazione «della mancanza della convivenza fra i coniugi al momento di apertura della successione»²².

Tale consolidato orientamento è stato messo in discussione da una recente pronuncia del Supremo Collegio, in cui i giudici, dichiarando espressamente di voler abbandonare i principi “di giurisprudenza” finora affermatasi ed auspicando comunque un opportuno chiarimento legislativo sulla questione in esame, hanno ritenuto di accogliere la tesi secondo cui l'adibizione della casa a residenza familiare non deve essere necessariamente in atto nel momento di apertura della successione, non reputandosi la medesima adibizione venire meno per il solo fatto della separazione legale²³.

Alla base del *revirement* della Corte, oltre ad un generico e non specificato richiamo alle «motive critiche» avanzate in dottrina nei confronti dell'orientamento pretorio finora prevalente, critiche che si ritengono «non superabili», vengono poste due argomentazioni che legano, in senso limitativo, l'attività ermeneutica del giudice al dato strettamente letterale. Da un lato, la considerazione che la norma di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ. non annovera fra i presupposti per l'attribuzione dei diritti di abitazione e di uso la convivenza fra i coniugi, dall'altro lato, la constatazione che «la lettera dell'art. 548 cod. civ. è chiara nel parificare i diritti successori del coniuge separato senza addebito a quelli del coniuge non separato». Da tali rilievi si fa discendere che i diritti speciali di cui al comma 2 dell'art. 540 cod. civ. spettino anche al coniuge separato senza addebito, ritenendosi i presupposti per la loro nascita venire a mancare solo qualora, dopo la separazione,

¹⁹ Fra le altre, Cass., 5 giugno 2019, n. 15277, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, 1338, con nota di M. FARNETI, *Non spetta dunque mai al coniuge superstite il diritto di abitare nella casa adibita a residenza familiare?*; Cass., 22 ottobre 2014, n. 22456, in *Notariato*, 2015, 77 ss. e in *Notariato*, 2016, 2, 141 ss., con nota di V. TERRACCIANO, *Presupposti per l'attribuzione dei diritti di cui all'art. 540, comma 2, c.c. in favore del coniuge superstite separato senza addebito*; Cass., 12 giugno 2014, n. 13407, in *Vita not.*, 2014, 3, 1243 e, nella giurisprudenza di merito, App. Venezia, 14 giugno 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 28 ss.; Trib. Foggia, 30 gennaio 1993, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1652.

²⁰ In tali termini, Cass., 22 ottobre 2014, n. 22456, cit., 77 ss., nonché, analogamente, Cass., 12 giugno 2014, n. 13407, cit., 1243 e Cass., 5 giugno 2019, n. 15277, cit., 1338.

²¹ Cfr. Cass., 5 giugno 2019, n. 15277, cit., 1338; nello stesso senso Cass., 22 ottobre 2014, n. 22456, cit., 77 e Cass., 12 giugno 2014, n. 13407, cit., 1243.

²² Cass., 5 giugno 2019, n. 15277, cit., 1338.

²³ Cass., 26 luglio 2023, n. 22566.



«la casa sia stata lasciata da entrambi i coniugi o abbia comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare». Un passaggio quest'ultimo di non poco conto nel momento in cui lo stesso viene a precisarsi nella affermazione per cui l'adibizione a residenza della famiglia, destinata a cessare nei soli casi così indicati, continuerebbe invece a sussistere nell'ipotesi di successione aperta in favore del coniuge che, allontanatosi dall'abitazione, via abbia lasciato a vivere l'altro coniuge poi defunto²⁴.

La posizione da ultimo assunta dalla giurisprudenza di legittimità si caratterizza in modo del tutto peculiare non solo perché si colloca in un alveo distinto ed isolato rispetto al perimetro entro cui si erano mossi gli arresti fino a quel momento espressi da un indirizzo pretorio consolidato, ma anche perché viene in qualche modo a discostarsi da tutte le diverse posizioni assunte sul punto dalla dottrina. Né negando né ammettendo in generale la spettanza dei diritti in esame al coniuge separato senza addebito, la Corte non giunge, infatti, neanche a far coincidere il presupposto di tale spettanza con la permanenza di costui nella casa già adibita a residenza familiare, ricorrendo all'uopo al ben più blando requisito del mantenimento da parte dell'abitazione di un qualche collegamento, anche solo "parziale" o "potenziale", con l'originaria destinazione familiare, il quale potrebbe consentire anche al coniuge allontanatosi dalla stessa di divenire titolare, alla morte dell'altro coniuge, dei suddetti diritti²⁵.

4. – Dalla esposizione e da una prima sommaria analisi delle diverse tesi avanzate in dottrina ed in giurisprudenza in punto di applicabilità del comma 2 dell'art. 540 cod. civ. al coniuge separato senza addebito si ritiene tenda ad emergere come lo snodo fondamentale per giungere ad una soluzione della questione si incentri sulla possibilità o meno di considerare ricorrente in tale ipotesi il presupposto oggettivo della residenza familiare e, dunque, a monte, sull'individuazione del corretto significato da attribuire al concetto stesso di "residenza familiare". Constatato, infatti, che il comma 1 dell'art. 548 cod. civ. attribuisce al coniuge separato senza addebito gli stessi diritti successori del coniuge non separato e, dunque, da un punto di vista soggettivo, equipara formalmente le due figure, l'indagine circa la applicabilità al primo soggetto della specifica disposizione sulla riserva qualitativa dei diritti di abitazione e di uso dovrà essere orientata ed avviata ad una soluzione alla luce della valutazione della ricorrenza di tutte le condizioni dettate dalla norma, fra le quali una particolare problematicità nel caso in esame pone quella della adibizione della casa a «residenza familiare».

Già questa considerazione consente, da un punto di vista metodologico, di rivolgere una prima critica all'indirizzo dottrinario minoritario che ha ammesso in termini assoluti la riferibilità al coniuge separato senza addebito dei diritti speciali di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ., basandosi esclusivamente sul dato letterale

²⁴ Contrarie le affermazioni di V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 106, il quale, dopo aver escluso che si possa continuare a parlare di residenza familiare successivamente alla separazione personale ove pure al coniuge separato fosse stata assegnata la casa familiare, sottolinea che «a maggior ragione deve escludersi che il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano possano essere riconosciuti al coniuge separato, nel caso in cui muoia il coniuge proprietario della casa e collocatario prevalente dei figli minori. L'eventuale interesse del coniuge separato superstite, non proprietario, di abitare la casa in cui vivono i propri figli potrà essere soddisfatto non già facendo applicazione della norma di cui all'art. 540, comma 2, c.c., bensì della norma di cui all'art. 337-*sexies* c.c.».

²⁵ Un siffatto collegamento dell'abitazione con l'originaria residenza familiare potrebbe, ad esempio, sussistere non soltanto nell'ipotesi in cui a permanere nell'immobile sia l'altro coniuge poi defunto, ma anche nel caso in cui a rimanere a vivere nella casa siano solo i figli della coppia separata o, ancora, nel caso in cui qualcuno dei componenti dell'originario nucleo familiare abiti l'immobile anche solo per alcuni periodi.



del generale rinvio contenuto nell'art. 548 cod. civ. e prescindendo del tutto dalla riferita necessaria verifica²⁶. Ineludibile è risultato, invece, il passaggio argomentativo sul concetto di residenza familiare nell'impostazione adottata dalle altre tesi all'uopo espresse, in cui, in senso opposto, da una parte si è ammessa la attribuibilità del legato *ex lege* in discorso al solo coniuge separato che sia rimasto a vivere nell'abitazione, la quale, in virtù di tale permanenza, manterrebbe la qualifica di residenza familiare²⁷, dall'altra parte si è esclusa in ogni caso una siffatta attribuibilità, in quanto, anche nell'ipotesi di assegnazione della casa al coniuge separato superstite, la separazione legale farebbe cessare con riguardo all'immobile la connotazione di residenza familiare²⁸. Ancora determinante è risultato il riferimento al concetto di residenza familiare nell'ultimo orientamento giurisprudenziale manifestatosi, seppur il suo significato sia stato ricondotto alla più labile e rarefatta accezione di qualsiasi «collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare»²⁹.

Per sciogliere il punto nodale del significato da attribuire al presupposto della residenza familiare previsto nel comma 2 dell'art. 540 cod. civ. si ritiene che il canone interpretativo da prediligere ed adottare sia quello che consenta di raccordare il suddetto significato con la peculiare *ratio* che è alla base di tale previsione.

Come rilevato, per consolidata opinione, tanto giurisprudenziale quanto dottrina, tale *ratio* è da rinvenire non nella tutela dell'interesse economico del coniuge superstite di disporre di un alloggio, bensì nella protezione dell'interesse morale dello stesso soggetto legato al mantenimento dei rapporti affettivi e consuetudinari con la casa familiare, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, delle relazioni sociali e degli *status symbols* goduti durante il matrimonio³⁰. Si tratta di interessi, di natura personalistico-esistenziale, la cui tutela, se pienamente comprensibile rispetto al coniuge non separato, risulta, invece, difficilmente giustificabile nella diversa situazione in cui, a seguito della separazione personale, la comunione materiale e spirituale di vita tra coniugi è venuta meno. La corretta accezione da attribuirsi al concetto di residenza familiare contenuto nel cpv. dell'art. 540 cod. civ. si reputa debba farsi immediatamente discendere dalle riferite considerazioni in punto di connotazione finalistica della disposizione codicistica in esame. Una accezione che sarà, dunque, ineludibilmente legata allo svolgimento nell'abitazione di una comunione di vita coniugale, tale per cui il presupposto della adibizione della casa a "residenza familiare" potrà ritenersi integrato soltanto laddove in essa abbia avuto luogo, fino al momento dell'apertura della successione, quella condivisione di spazi e affetti tra i coniugi che sola può giustificare l'esigenza di tutela di quegli interessi morali del coniuge superstite posti alla base della previsione codicistica.

Così declinato il concetto di residenza familiare di cui al comma 2 dell'art. 540 cod. civ., chiara sarà la soluzione a cui giungere in merito alla questione indagata, soluzione che dovrà necessariamente consistere nella esclusione della riconoscibilità dei noti diritti di abitazione e di uso in capo al coniuge separato senza addebito, a prescindere dalla sua permanenza nell'immobile o dalla (ancor più debole) circostanza che lo stesso immobile abbia mantenuto un qualche, seppur minimo o potenziale, collegamento con l'originaria destinazione familiare.

L'opinione dottrina maggioritaria, volta a riconoscere la riserva qualitativa in esame al coniuge separato che abbia continuato ad occupare l'immobile, risulta criticabile non solo, come già anticipato, in quanto, utilizzando il ricorrere della situazione scaturente dall'applicazione della norma di cui all'art. 337-*sexies* cod.

²⁶ Per tale indirizzo si veda, *supra*, il par. 2 del presente lavoro ed i riferimenti bibliografici contenuti nella nota 12.

²⁷ Cfr., *supra*, il par. 2 ed i riferimenti di cui alla nota 13.

²⁸ Per tale terza tesi cfr., *supra*, il par. 2 con i riferimenti contenuti nella nota 16.

²⁹ Cass., 26 luglio 2023, n. 22566, per la cui analisi si veda, *supra*, il par. 3 del presente scritto.

³⁰ *Ex multis*, Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, cit., per ulteriori riferimenti si veda, *supra*, il par. 1 del lavoro.



civ. al fine di suffragare il verificarsi del presupposto della “residenza familiare” di cui al cpv. dell’art. 540 cod. civ., compie, alla luce dei differenti interessi tutelati dalle due disposizioni, una operazione ermeneutico-ricostruttiva non corretta, ma anche perché, più in generale, non considera, come opportunamente dovrebbe farsi, la diversa situazione che caratterizza la posizione del coniuge separato rispetto alla posizione del coniuge non separato. Con la separazione personale, pur rimanendo fermo il vincolo matrimoniale, si determina la sospensione o attenuazione di quegli effetti del matrimonio, che, pure con le diverse sfumature espresse in dottrina, possono dirsi essenzialmente riconducibili a quella comunione materiale e spirituale di vita prima caratterizzante il rapporto tra i coniugi; quest’ultimo, infatti, viene a modificarsi e, secondo alcuni, a ridursi ad un contenuto minimo, cessando o comunque notevolmente attenuandosi quegli obblighi, quale quello di convivenza e di assistenza morale, estrinsecazione di una comunione di vita non più esistente, e permanendo, d’altro canto, un obbligo di assistenza patrimoniale che, tuttavia, in ragione del venir meno della convivenza, viene ad assumere una diversa forma di esplicazione, traducendosi nell’obbligo di mantenimento a carico del coniuge provvisto di mezzi verso quello che mezzi sufficienti non ne abbia³¹. Quello che da un siffatto quadro può, ad avviso di chi scrive, evincersi è che la tutela che l’ordinamento offre al coniuge separato attiene principalmente a profili economico-patrimoniali connessi all’intervenuta situazione di separazione legale e non, o comunque solo in misura residuale, ad aspetti personalistico-esistenziali legati alla precedente comunione di vita con l’altro coniuge, aspetti questi ultimi che tendenzialmente vengono a sfumare, se non a svanire del tutto, con la separazione³². Tali considerazioni si reputa possano importare rilevanti riflessi sulla questione che più da vicino ci occupa. Dovrà, infatti, ritenersi, quanto all’assegnazione della casa familiare in costanza di separazione, che, anche laddove tale assegnazione sia da raccordarsi all’interesse del coniuge assegnatario³³, perché ad esempio vi sia una situazione di assenza di prole, questo interesse non sia comunque da riconnettersi alla tutela di esigenze legate ad una ormai cessata comunione di vita ed ai profili morali in essa involti, bensì a mere ragioni economico-patrimoniali dello stesso e, dunque, a bisogni strettamente abitativi. Una siffatta ricostruzione della posizione del coniuge separato e degli interessi che possano essere alla base della sua protezione e della assegnazione ad esso, in sede di separazione, della casa familiare deve portare ad escludere che compatibile con la situazione di tale soggetto sia la previsione di cui al comma 2 dell’art. 540 cod. civ. ed, in particolare, la *ratio*, ispirata a ragioni di tipo personalistico-non patrimoniale, che fonda tale previsione. Ne consegue un ulteriore riscontro circa l’impossibilità di reputare attribuibili al medesimo soggetto, una volta verificatasi la morte dell’altro coniuge, i diritti di abitazione sull’immobile a lui assegnato e di uso sui mobili che lo corredano previsti dalla norma.

Ancor più criticabile risulta l’orientamento da ultimo espresso dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, in controtendenza rispetto al precedente indirizzo consolidato, ha proposto una ricostruzione del concetto di residenza familiare del tutto “oggettivizzata”, in quanto totalmente avulsa dall’adozione di una, invece necessaria, prospettiva funzionalistica. A rilevare, in base a questa impostazione, sarebbe la mera permanenza

³¹ Per tale ricostruzione degli effetti della separazione personale, seppur con sfumature diverse, cfr., fra gli altri, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1998, 370 ss.; M. COMPORTI, *La separazione personale dei coniugi*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2015, 210; P. ZATTI-V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Milano, 2017, 894 ss. Diversa è, con particolare riferimento ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, la situazione del coniuge separato con addebito, il quale non può chiedere il mantenimento, ma solo un assegno alimentare ove dimostri il proprio stato di bisogno e viene a perdere i diritti successori, eventualmente sostituiti dal diritto ad un assegno alimentare a carico dell’eredità ove già goduto prima della morte dell’alimentante.

³² Gli effetti della separazione riconducibili alla sfera dei rapporti personali tra i coniugi sono limitati ad un generale dovere di reciproco rispetto e alla possibilità per la moglie di mantenere il cognome del marito, a meno che ciò non venga vietato su richiesta di quest’ultimo, quando risulti per lui gravemente pregiudizievole (art. 156-*bis* cod. civ.).

³³ Sia che tale assegnazione derivi da provvedimento giudiziale, sia essa scaturisca da accordo omologato.



di qualche, seppur minimo, collegamento del bene immobile con l'originaria destinazione familiare, collegamento che potrebbe ritenersi sussistere anche nel caso di successione aperta in favore del coniuge che, allontanatosi dalla casa familiare, vi abbia lasciato vivere l'altro coniuge poi defunto o, si potrebbe aggiungere, anche nell'ipotesi in cui a continuare ad abitare la casa siano solo i figli della coppia³⁴. Anche in quest'ultimo caso, infatti, soprattutto laddove i figli non abbiano dato vita ad un nuovo nucleo familiare, potrebbe ritenersi persistere quel "collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare" posto dalla recente pronuncia della Corte alla base del riconoscimento in favore del coniuge separato senza addebito della riserva di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ.³⁵. I rilievi critici che possono avanzarsi rispetto ad una siffatta prospettazione attengono non solo alla inaccettabile pretermissione di qualsiasi valutazione legata agli aspetti finalistici insiti nella *ratio* della norma della cui applicazione ci si occupa, ma anche alla non giustificabile penalizzazione della posizione degli altri chiamati in concorso e dei loro interessi patrimoniali che da tale orientamento potrebbe derivare. La notevole incidenza che i diritti speciali in discorso, riservati al coniuge superstite con la riforma del '75, potrebbero spiegare soprattutto rispetto alla quota di riserva riconosciuta in favore dei figli del *de cuius*³⁶, si ritiene debba, infatti, indurre a verificare con maggior rigore i confini applicativi della disposizione in esame al fine di evitarne letture ultroneamente protettive della posizione del coniuge ed eccessivamente pregiudizievoli per la posizione degli altri legittimari. Ed un siffatto non auspicabile esito, ad avviso di chi scrive, potrebbe derivare da un riconoscimento della riserva qualitativa di cui al comma 2 dell'art. 540 cod. civ. che, includendo nel proprio ambito applicativo anche la figura del coniuge separato, per di più allontanatosi dall'abitazione, risulterebbe sovrabbondante rispetto alle ragioni di tutela presupposte dalla norma, non riuscendo più a giustificare la potenziale importante limitazione dei diritti riservati agli altri chiamati dalla stessa norma discendente.

Le considerazioni svolte e la conclusione della necessaria esclusione della spettanza dei diritti di abitazione e di uso di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ. al coniuge separato senza addebito, che da tali considerazioni consegue, devono portare a sottolineare come la riserva a favore di quest'ultimo soggetto degli «stessi diritti successori del coniuge non separato» di cui al comma 1 dell'art. 548 cod. civ. debba ritenersi collegata e limitata ai soli diritti riconosciuti al coniuge dal comma 1 dell'art. 540 cod. civ., ovvero alla quota di patrimonio ad esso riservata, rimanendo esclusa da tale richiamo la previsione di cui al comma successivo di tale ultima norma. Un siffatto coordinamento fra le due disposizioni richiamate si inserisce a pieno nella logica che si è ritenuta essere alla base della tutela del coniuge separato: il riconoscimento a favore di quest'ultimo soggetto dei medesimi diritti successori del coniuge non separato, per quanto in precedenza osservato, deve, in-

³⁴ In tal senso sembrerebbe potersi spingere sulla base di quanto si legge in Cass., 26 luglio 2023, n. 22566, in cui si afferma che i presupposti per la nascita dei diritti di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ. «mancherebbero solo qualora, dopo la separazione, la casa fosse stata abbandonata da entrambi i coniugi o avesse comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare».

³⁵ Nell'ipotesi prospettata difficilmente comprensibili risulterebbero le pesanti conseguenze che i figli della coppia potrebbero trovarsi a subire in seguito al riconoscimento del diritto di abitazione sulla casa da loro occupata in favore del coniuge separato superstite ormai allontanatosi dalla stessa.

³⁶ I diritti di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ., per espressa previsione normativa, gravano sulla porzione disponibile, ma, in caso di incapienza di detta porzione, vengono a pesare per la parte rimanente sulla quota riservata al coniuge e, nell'ipotesi di ulteriore incapienza, sulla quota di legittima dei figli. Diversi autori hanno sottolineato come il miglioramento della posizione successoria del coniuge operato con la riforma del '75 sia risultato eccessivo, potendosi giungere in virtù dell'applicazione della disciplina riformata ed, in particolare, del cumulo tra la quota di legittima e i diritti di abitazione ed uso di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ. anche ad intaccare la quota riservata ai figli, cfr., fra gli altri, G. STOLFI, *Sub art. 536*, in *Comm. dir. it. fam.*, I, 2, a cura di L. Carraro-G. Oppo-A. Trabucchi, Padova, 1977, 820; A. GARGANO, *Il coniuge superstite: un erede «scomodo»? I diritti d'uso e di abitazione*, in *Riv. not.*, 1980, 6, 1622; A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Legislazione, dottrina, giurisprudenza*, Milano, 1984, 2290 ss.; A. TULLIO, *La successione necessaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 1, 9 ss.



JUS CIVILE

fatti, inquadarsi entro un'area di rilevanza di interessi precipuamente economico-patrimoniali dello stesso, interessi economico-patrimoniali che, se non possono ritenersi animare la previsione della riserva qualitativa di cui al cpv. dell'art. 540 cod. civ., devono, viceversa, reputarsi giustificare l'attribuzione "quantitativa" di cui al comma precedente della medesima norma³⁷.

³⁷ Per una riflessione sulla struttura complessiva dell'art. 540 cod. civ., il quale sarebbe modulato attorno a due nuclei normativi, di cui uno, quello di cui al comma 1, ispirato ad istanze di tutela economico-patrimoniali del coniuge superstite e l'altro, quello di cui al comma 2, rivolto alla protezione di interessi non patrimoniali di tale soggetto ricollegabili ad esigenze di tipo morale ed esistenziale, sia consentito di rinviare a V. VITI, *Sulla spettanza al coniuge superstite dei diritti di abitazione e di uso della casa familiare in comproprietà con terzi*, in *Giustiziacivile.com*, 23 maggio 2022, 13.



EMANUELE TEDESCO

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università Luiss Guido Carli

AUTONOMIA PRIVATA E REGOLAZIONE DEL MERCATO: TRA NUOVI SPUNTI E VECCHIE QUESTIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. Il mercato europeo quale «locus artificialis» naturalmente bisognoso di interventi regolatori. «Next Generation EU» e «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza». Esigenza di rileggere i rapporti tra autonomia privata e regolazione del mercato. – 2. Ragioni «storiche» della regolazione: il transito verso una economia «regolata» e la conseguente comparsa delle Autorità indipendenti. Ruolo dell'Unione europea e questioni derivate. – 3. Moduli operativi della regolazione del mercato: regolazione «autoritativa», regolazione «soft», regolazione «giustiziale». – 4. Regolazione del mercato e contratto: le concrete modalità d'incidenza. Fase «genetica» del contratto (o «pre-contrattuale»); fase «esecutiva» del contratto (o «endo-contrattuale»); invasione della sfera organizzativa dell'attività d'impresa. Dalla «conformazione del contratto» alla «conformazione dell'autonomia privata». – 5. Quattro compiti per l'interprete dell'oggi. – 5.1. Sub a). – 5.2. Sub b). – 5.3. Sub c). – 5.4. Sub d). – 6. Considerazioni conclusive.

1. – Illustre giurista del nostro tempo, ormai più di due decenni or sono, ebbe a scrivere che “il mercato, qualsiasi mercato, è un *locus artificialis*, costruito dal diritto e conformato secondo criteri e volontà umane”¹.

La conclusione – tosto condivisa dalla dottrina, per lo meno quella più sensibile ed accorta² – lascia invero trasparire una ben più alta e (almeno all'epoca) profetica verità, che può riassumersi nella constata esigenza

¹ La citazione è tolta da N. IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, 1; ma, com'è risaputo, l'illustre A. ebbe ad esprimere il proprio pensiero nei termini sopra riferiti sin da ID., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, 289 ss., per poi sviluppare *amplius* la tesi in discorso in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*, e spec. 1, 11, 99 e 112 (da cui, peraltro, s'originò un proficuo dibattito, i cui risultati vennero trasposti in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999). In séguito, l'A. tornò più volte sul tema: ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 1, 1 ss.; ID., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, 435 ss., spec. 438; ID., *Geo-diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2001, 4, 461 ss. (ora, anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1, 21 ss.); ID., *Il carattere politico-giuridico del mercato*, in *Rass. ec.*, 2004, 2, 555 ss. (anche in *Riv. int. fil. dir.*, 2004, 1, 1 ss.); ID., *Tecno-diritto*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, t.1, 1297 ss.

² Si veda, ad esempio, P. PERLINGIERI, *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto. Dalla comunità economica europea all'Unione europea*, in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, a cura di G. DALLA TORRE, Milano, 2010, t. 2, 1375 ss., secondo cui “[o]ccorre prendere le distanze da una visione pan-economica secondo la quale il mercato sarebbe un ordine spontaneo regolamentato da proprie leggi. In questa prospettiva, le relazioni sociali risulterebbero indebolite e alla dignità personale residuerebbe un mero valore di scambio”. Invero, sono davvero esigue le voci contrarie a siffatta visione del mercato, tra le quali, per l'autorevolezza, bisogna tuttavia ricordare R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in *Il contratto*, a cura di R. SACCO-G. DE NOVA, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, 21, secondo il quale il mercato nascerebbe come «prodotto spontaneo» dell'autonomia dei privati. Per quanto anche autorevolmente sostenute, impostazioni del genere si pongono in contrasto, da un lato, con gli stessi presupposti del mercato [che, per funzionare, abbisogna di una preventiva posizione di concetti d'indubbio carattere «giuridico»]: N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 44 ss., per il quale le regole che dettano i caratteri del mercato si dividono in «norme proibitive», «norme attributive» e «nor-



za di abbandonare ogni visione esageratamente idolatra del mercato, inteso cioè quale «divinità» in grado di realizzare da sé, a mo' di «mano invisibile», i bisogni, le esigenze e gl'interessi, qualsiasi questi siano, di ciascun individuo e, quindi, della società³.

Anche il diritto dell'Unione europea, del resto, rispondentemente ad una tale più matura visione dei rapporti di (e nel) mercato⁴, ha imposto – come taluno ha ben detto – un serrato bilanciamento delle logiche mercantilistiche “con altri interessi, quali il miglioramento della qualità dell'ambiente e tutta quella serie di valori consacrati nel titolo primo del TUE, quali la dignità umana, il rispetto dei diritti umani, l'eguaglianza, il pluralismo, la non discriminazione, la coesione economica e sociale, ecc. (artt. 2 e 3), che condizionano struttura e funzionamento del mercato. Coerentemente con questo quadro costituzionale l'art. 3 parla di economia sociale di mercato per qualificare l'economia dell'UE, riallacciandosi ad una grande tradizione culturale”⁵.

Tuttavia, se si volesse ancora abiurare una concezione autenticamente etero-indotta del mercato, per lo meno a livello europeo, per espungere ogni più tenace convinzione sul punto basterebbe soffermarsi con occhio snebbiato sull'ampia colluvie d'interventi di recente messi in atto dall'Unione europea per risollevare, *anima et corpore*, il mercato unico dalle nefaste conseguenze dell'emergenza pandemica degli ultimi anni.

In disparte dalla locuzione utilizzata, ovverosia «*Next Generation EU*» – locuzione che, pur portando sùbito all'attenzione le finalità, anche prospettiche, della «terapia» apprestata, impedisce d'inquadrare questa nel solco dell'ormai salda tradizione dei principi e dei valori euro-unionali –, invero, il complesso di misure varato dalle Istituzioni europee⁶ lascia trasparire, in maniera davvero limpida, l'accolta qualificazione del

me conformative»; le prime e le seconde servono per identificare “i *soggetti legittimati*, i *beni commerciabili*, i *negozi stipulabili*” (*op. cit.*, 46, corsivo dell'A.), mentre le ultime sono “quelle che, disciplinando i negozi, danno al mercato una peculiare fisionomia” (*op. cit.*, 47)], nonché, dall'altro, con la visione personalistica innegabilmente accolta dalla nostra Carta costituzionale [non a caso, si è ben detto che un mercato di tal fatta si configurerebbe “come uno strumento di indebolimento delle relazioni sociali, che conduce gli uomini ad una mercantilizzazione infinita ed al conflitto continuo” (D. MESSINETTI, *La manualistica e le nozioni fondamentali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 650); ma allora si veda anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 482 ss., secondo il quale, nell'attuale contesto geo-politico-economico, il mercato ha «forza pervasiva» giacché “tende a creare bisogni conformi agli oggetti che produce e ad invadere le libertà e le capacità critiche delle persone in un sistema perverso, pubblicitario e informativo, che, quale vera nuova tirannide dell'era contemporanea, mette in crisi, incidendo sulla cultura di massa, la stessa formazione dell'opinione pubblica e il sistema di controllo popolare” (riprendendo quanto già sostenuto da M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, 42, che configurava il mercato come strumento di indebolimento delle relazioni sociali, diretto a realizzare una mercantilizzazione e un conflitto riducibili mediante la politica, senza necessaria restrizione delle libertà economiche e civili e, dunque, della democrazia)].

³ P. SCHLESINGER, *Mercato, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 2, 325 ss., spec. 326, per il quale “[n]on sorprende (...) che il mercato si presti ad incredibili esaltazioni, come la nuova divinità, mirabile meccanismo di selezione dei migliori e dei capaci, fonte di benessere collettivo (...). Ma non sorprende neppure che vi si contrappongano esecrazioni non meno estreme, che denunciano il mercato come un «convitato di pietra», impietoso, perverso, favorevole ad ogni furbizia e ad ogni abuso”.

⁴ Sul punto si veda M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 191 ss., secondo cui, nella visione ordoliberale «l'ordine concorrenziale» del mercato non appare più come un ordine spontaneo, bensì come un ordine costruito, di cui lo Stato deve garantire la sopravvivenza e il buon funzionamento: il mercato “da mero «luogo» deputato allo svolgimento dell'attività economica di scambio, è diventato una «istituzione», con finalità e mezzi propri (un *locus artificialis*)”. Interessante è anche l'originale parallelismo prospettato da G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, 509 ss., spec. 510, il quale, riprendendo gl'insegnamenti d'illustre dottrina (G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, 421 ss.), afferma che, coerentemente con tale visione, “si profila, dunque, l'attribuzione allo Stato di un insopprimibile ruolo attivo nel regolare il mercato e gli istituti che ne assicurano il buon funzionamento – tra i quali spicca, per rilevanza sistematica e impatto applicativo, il diritto della concorrenza – in assonanza forse non casuale con i dettami del pensiero ordo-liberale della c.d. Scuola di Friburgo”.

⁵ G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, in *federalismi.it*, 2014, 22, 1 ss., spec. 3.

⁶ Il percorso che ha condotto all'approvazione del meccanismo «*Next Generation EU*» prende le mosse dalla Comunicazione della Commissione COM(2020)456 del 27 maggio 2020, con la quale è stata presentata la proposta relativa ad un fondo per la ripresa europea e al quadro finanziario pluriennale (QFP) per il periodo 2021-2027. Successivamente, in data 21 luglio 2020, è stato raggiun-



mercato europeo quale *locus* ontologicamente bisognevole d'interventi etero-nomi; e, per altro verso, la connotazione che, proprio in ragione di ciò, l'Unione europea ha inteso assegnargli per gl'anni a venire. Un mercato, cioè, più equo e sostenibile di quello attuale, nei confronti del quale l'ordinamento (interno e sovranazionale) non potrà esimersi dall'assolvere – e prima ancora dall'attribuire a soggetti all'uopo idonei – importanti e cruciali funzioni di «regolazione».

Non è quindi un caso che anche il «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza»⁷ – strumento d'attuazione domestica del «*Next Generation EU*» – dedichi ampio spazio a questioni e problematiche di carattere *lato sensu* «regolatorio», annoverando ad esempio la promozione della concorrenza⁸ – quale primo strumento di raccordo delle contrapposte istanze che agitano il mercato – tra le quattro riforme c.d. abilitanti ivi descritte⁹, e prevedendo all'uopo una serie d'interventi strutturali, tra i quali – *inter alia* – lo sviluppo delle infrastrutture strategiche (in ispecie reti di telecomunicazioni, energetiche e di trasporto portuale)¹⁰, la rimozione delle barriere all'ingresso nei mercati (soprattutto nel settore energetico e in quello delle concessioni autostradali)¹¹, l'implementazione di elevati livelli di competitività nell'erogazione dei servizi pubblici, anche a fini di sostenibilità ambientale (in particolare nel settore del trasporto pubblico locale, della sanità e della gestione dei rifiuti)¹².

Nella stessa direzione, del resto, può leggersi anche il paventato rafforzamento dei poteri e delle prerogative dell'AGCM e delle altre Autorità indipendenti (tra le quali l'ARERA, la Consob e l'ART)¹³.

L'ampia congerie d'interventi previsti a valle del «*Next Generation EU*» e del «PNRR» impone dunque di guardare con rinnovata attenzione alle questioni che inevitabilmente sorgono quando si esamina il delicato – e, a tratti, irricucibile – rapporto tra autonomia privata e regolazione del mercato; dacché l'esigenza, per la verità non disconosciuta già in tempi non sospetti¹⁴, di riflettere, in prospettiva gius-civilistica, sugli stru-

to in seno al Consiglio europeo un accordo politico su entrambi gl'interventi sopra menzionati, cui hanno fatto séguito, dapprima, il Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2093 del Consiglio del 17 dicembre 2020 che ha stabilito il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027 da ben € 1.074,3 miliardi e, poi, il Regolamento (UE) n. 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che ha istituito uno strumento dell'Unione europea per la ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 («*Next Generation EU*») da ben € 750. Per ulteriori riferimenti si veda la cronistoria accessibile a <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-recovery-plan/timeline/>.

⁷ Approvato in via definitiva dalle Istituzioni europee in data 13 luglio 2021, con risorse stanziare per un totale di € 191,5 miliardi.

⁸ Non a caso, taluno afferma, a ragione, che la definizione del mercato europeo quale *locus artificialis* “sta alla base di un'altra componente dello scheletro costituzionale dell'UE: la tutela della concorrenza”, dacché “il diritto della concorrenza europeo presuppone il mercato non già come un *locus naturalis*, bensì come un prodotto artificiale, che bisogna di regole e di controlli amministrativi, per evitare che, seguendo la sua logica spontanea, non determini abusi del potere di mercato e cartelli con pregiudizio del benessere dei consumatori”: così G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, 3.

⁹ Si veda il «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza», accessibile all'indirizzo <https://www.italiadomani.gov.it/>, che, dopo aver evidenziato che “[l]a tutela e la promozione della concorrenza – principi-cardine dell'ordinamento dell'Unione europea – sono fattori essenziali per favorire l'efficienza e la crescita economica e per garantire la ripresa dopo la pandemia”, chiarisce che tali fattori “[p]ossono anche contribuire a una maggiore giustizia sociale” (79).

¹⁰ PNRR, 79-80.

¹¹ PNRR, 80.

¹² PNRR, 80.

¹³ PNRR, 81; proposito, quest'ultimo, che, per la verità, ha già trovato una prima, se pur programmatica, attuazione nell'ultimo d.d.l. annuale per il mercato e la concorrenza, allo stato in fase di discussione al Senato, ed al cui interno è contenuto un intero Capo IV, dedicato giustappunto all'implementazione dei poteri dell'AGCM nel settore dei mercati digitali.

¹⁴ Se si volesse ravvisare un precedente nell'attenzione della civilistica verso il tema in discorso, questo andrebbe senz'altro rintracciato nella riflessione, avviata a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, sul tema della contrattazione di massa, quale occasione, in ispecie, “per interrogarsi sul «controllo sociale» sull'attività d'impresa e, quindi, sul mercato”, dacché “[s]i inizia a comprendere che (...) la disciplina del mercato è questione da trattare in termini progettuali di *legal policy*” (citazione tratta dal magistrale studio sulla civilistica italiana di F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su*



menti di regolazione *more solito* impiegati dalle Autorità indipendenti e sui loro multiformi effetti sulle varie fasi della complessa vicenda negoziale e, da qui, financo sull'organizzazione imprenditoriale dei principali attori del mercato.

2. – Volendo affrontare, sia pure in prospettiva necessariamente compendiosa, le occasioni d'incontro – o, probabilmente, di scontro – tra lo spazio riservato all'autonomia dei privati e la regolazione autoritativa del mercato – che, poi, altro non è se non particolare riproduzione del più classico tra i conflitti che anima da tempo immemore lo *ius civile*, ovverosia quello tra «auto-» ed «etero-nomia» – s'incappa, già nell'imbastimento del discorso, in interrogativi che – per quanto forse destinati a rimanere inevasi – interessano in profondità gl'istituti e le categorie giuridiche¹⁵ sulle quali s'è andata via via edificando la civilistica sino ai nostri giorni.

Stante la ristretta sede che ci occupa, tuttavia, il lettore saprà senz'altro perdonarci se procederemo dando per acquisiti talune fondamentali direttrici che riguardano l'ambito in indagine, tra cui: funzioni delle – se pur non omogenee – Autorità indipendenti¹⁶; fondamento, limiti ed estensione dell'autonomia privata¹⁷; assenza del fenomeno dell'integrazione contrattuale¹⁸; separazione tra diritto pubblico e diritto privato¹⁹.

autonomia privata e libertà contrattuale, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, cit., t. 2, 1491 ss., spec. 1544-1545); così, in quegli anni campeggiano studi che saranno precursori delle tendenze di rilettura dell'autonomia privata alla luce del complesso fenomeno regolatorio, tra i quali ricordiamo (almeno): P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972 (da cui il contributo di ID., *Il controllo sulle condizioni generali di contratto*, 239 ss.); M. BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico "tecnologico"*, in *Pol. dir.*, 1973, 122 ss.; ID., *Condizioni generali di contratto*, "potere normativo d'impresa" e problemi di "democratic control", in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1974, 2028 ss.; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975 (nonché ID., *Controlli sull'impresa e tutela del contraente debole*, Bologna, 1977); M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975 (ora parzialmente in ID., *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, limiti*, Torino, 2021, 1 ss.).

¹⁵ Sulla distinzione tra categorie e istituti giuridici si veda l'efficace sintesi di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 21: "Se si assume la categoria della quale si vale l'operatore giuridico come criterio di classificazione dell'esperienza volto in qualche modo ad agevolare il risultato interpretativo, essa va comunque ricondotta ad un'operazione mentale compiuta dall'interprete funzionale ad un effetto applicativo, anche quando il procedimento risulti implicito o scontato in conseguenza del significato corrente assegnato ai termini utilizzati o della forza attrattiva discendente da paradigmi concettuali legati a consolidate sedimentazioni storiche. In questo senso deve dirsi che le categorie non sono la medesima cosa degli istituti giuridici" (per tale concezione si veda anche R. NICOLÒ, *Attuale evoluzione del diritto civile*, in ID., *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1980, 17). All'interno della riflessione sul tema, è d'obbligo richiamare anche R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, 1, per il quale le categorie giuridiche sarebbero "veicoli adatti per portare alla consapevolezza del giurista problemi di insieme abbandonati altrimenti all'*empiria*" (corsivo dell'A.), sì che "coloro che vogliono porre ordine in ciò che sanno, far progredire il proprio sapere e comunicarlo al prossimo debbono disporre di categorie ordinanti e di una lingua che le esprima" (p. 2). Si veda, inoltre, N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 625, che osserva che "i concetti del giurista sono assai spesso categorie filosofiche ridotte al consumo giornaliero". Più di recente, un'interessante definizione di «categoria giuridica» è stata proposta da S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, 2012, 1, 489 ss., spec. 494, secondo il quale "le categorie giuridiche salgono, bensì, dal basso, costituendo generalizzazioni ricavate dall'analisi del dato positivo: ma, compiuto questo percorso, dal dato positivo si distaccano e lo trascendono in un certo modo, riordinandosi in un sistema di concetti veicolato dalla tradizione e che il giurista apprende, fondamentalmente, attraverso gli studi universitari"; egli soggiunge inoltre: "le categorie, dunque, non stanno tutte dentro il dato positivo, non vivono racchiuse in esso, sicché, di fronte al divenire caotico della legislazione e al disgregarsi dell'unità delle fonti proprio dell'epoca moderna, non rimanga che dover constatare l'irriducibilità delle singole norme ad un insieme ordinato". Secondo l'A., quindi, le categorie "piuttosto, appartengono all'interprete: sono schemi concettuali conoscitivi e con funzione ordinante della realtà giuridica".

¹⁶ Sul tema, senza pretesa di esaustività, si rimanda a F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti*, Bologna, 2000; ID.-M. PAS-SARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2003 (rist. Bologna, 2011); M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; ID., *Le Autorità indipendenti nello spazio regolatorio*, Bologna, 2009; G. GRASSO, *Le autorità amministrati-*



Del resto, a nostra discolpa, si può giusto soggiungere che il senso usitato dei concetti appena richiamati appare da tempo esposto²⁰ ad alterazioni ed ibridazioni prima neppure lontanamente preconizzabili, come quelle che taluno ha ben saputo rappresentare attraverso le evocative locuzioni di «diritto privato amministrativo»²¹ e di «diritto privato regolatorio»²². E, se indubbiamente – per sbrigativa faciloneria – si sarebbe anche portati a ravvisare la causa immediata di tale tendenza nella comparsa e nella conseguente proliferazione delle Autorità indipendenti, non bisogna negligenza che queste ultime, in realtà, non sono che il trascinarsi ultimo di un più ampio e complesso fenomeno che ha interessato in profondità il rapporto tra Stato e mercato; fenomeno il cui itinerario essenziale, per vero, è già stato tracciato – sia pure mediamente – nel corso delle considerazioni svolte in apertura delle presenti pagine.

Ci riferiamo, in particolare, al progressivo transito da un'economia totalmente lasciata all'arbitrio dei suoi più tirannici attori ad una invece essenzialmente controllata e sovvenzionata dalla mano pubblica, sino ad arrivare, nel tempo dell'oggi, ad un'economia di mercato nel senso più realistico e disilluso del termine²³; e,

ve indipendenti della Repubblica, Milano, 2006; M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018; da ultimo E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, 51 ss.

¹⁷ Su cui è sufficiente rimandare, tra i classici, a S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. giur.*, IV, Milano, 1959, 366 ss., il quale già ammoniva sulla natura poliforme e a tratti anfibia del concetto in questione (si vedano, ancora tra i classici, L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, *passim*, e spec. 14 ss. e R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, I, 1987, 516). Di recente, con più particolare attenzione all'ormai indubitato fondamento costituzionale dell'autonomia privata, si veda F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. giur.*, Ann. VIII, Milano, 2015, 61 ss.; mentre, sulla nozione di «diritto civile» è d'obbligo rimandare a S. MARTUCCELLI-V. PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, in *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti, 2011.

¹⁸ L'espressione è tolta dal pregevole studio di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964 (rist. Milano, 2004), cui si rinvia per un'ampia indagine circa il fondamento teorico dell'integrazione del contratto [ad esito della quale l'A. – rifiutati sia l'assunto che il regolamento contrattuale debba necessariamente «rispondere all'esclusiva logica dei privati» (*ivi*, 87), pur restando la fonte privata «il motore del contratto» (*ibid.*) e l'elemento qualificante la fattispecie, sia la contrapposizione teorica tra contenuto ed effetti del contratto (*ivi*, 77 ss. e spec. 89 ss.), sia ogni sovrapposizione tra interpretazione e integrazione (*ivi*, 105 ss.) – individua nel regolamento contrattuale il prodotto di un «concorso di fonti» (*ivi*, 105): il problema dell'integrazione viene così risolto in quello della costruzione del regolamento contrattuale, fermo restando che all'attività delle parti deve riconoscersi, come detto, valore qualificante la fattispecie, la quale conserva carattere negoziale]. Sul tema si vedano altresì F. GALGANO, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di ID., 1993; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2019, 453 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 1379 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, II ed., Padova, 2004, 253 ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. Roppo*, II, Milano, 2006, 389 ss., M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 65 ss. (e già ID., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadr.*, 1988, 524 ss.); C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *AA.VV.*, *I contratti in generale*, II ed., 2, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, Torino, 2006, 1147 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, II ed., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, 3 ss.

¹⁹ Su cui si veda, magistralmente, S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. giur.*, XII, Milano, 1964, 696 ss., il quale, riprendendo le riflessioni d'illustre dottrina (Salv. ROMANO, *Distinzione tra diritto pubblico e privato e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile*, Milano, 1963, 10 ss.), rileva che l'esigenza della distinzione “viene enunciata con riferimento al diritto come ordinamento, e più precisamente come sintesi dinamica necessaria (o come dialettica) di due termini che, nella loro correlazione, costituiscono una unità vivente e vitale, un organismo” (*op. cit.*, 696); il che dovrebbe scongiurare “la manifestata preoccupazione per la quale la distinzione, presentandosi come netta antitesi, comprometterebbe la concezione unitaria del diritto, alla quale la scuola giuridica italiana è pervenuta in seguito a gravi lotte ed eroiche fatiche” (*ibid.*).

²⁰ Non a caso, S. PUGLIATTI, *o.u.c.*, 696 evidenziava che “[o]gni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato”.

²¹ E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 520 e 523 ss.

²² A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 3, 515 ss., spec. 526.

²³ Per un'analisi del fenomeno si rinvia ad A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e Antitrust*, a cura di G. OLIVIERI-ID., Roma-Bari, 2008, 3 ss.



quindi, al passaggio da un modello di Stato «monista»²⁴ (sia esso mero «osservatore» o, all'opposto, «imprenditore»²⁵) ad un diverso modello di Stato che assomma a sé funzioni d'indirizzo e di controllo²⁶. Un modello istituzionale, per meglio dire, ben compendiabile attraverso il weberiano *Idealtypus* dello Stato «regolatore», che – come autorevolmente evidenziato²⁷ – è altro sia dal modello dello Stato «liberale» sia da quello dello Stato «imprenditore»²⁸.

Tale transizione, operata attraverso un lungo e travagliato incedere sospinto dalle Istituzioni comunitarie²⁹, ha dato vita ad un sistema ordinamentale con tratti non velatamente «foucaultiani», capace cioè di con-

²⁴ Si veda quanto autorevolmente evidenziato, sia pure rispetto ad altra – più specifica – questione, da E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 507 ss., spec. 508-509, che, a proposito dell'incidenza della clausola di buona fede sui rapporti contrattuali (e sul mercato in genere), rileva che oggigiorno alla “concezione manicheista del mercato (...) si sostituisce l'idea di una possibile conciliazione fra il mercato, *locus artificialis*, e la buona fede, mezzo di regolamentazione della libera concorrenza”.

²⁵ È inutile indugiare sul fatto che l'intervento pubblico nell'economia aveva assunto, nel corso del Novecento, carattere ipertrofico (su cui, per più ampi riferimenti, si veda G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2009, 93; G. PALMERIO, *Politica economica*, II ed., Napoli, 1996, 283 ss.).

²⁶ Sulla relazione biunivoca tra passaggio dal modello di Stato «imprenditore» al modello di Stato «regolatore» ed emersione delle Autorità amministrative indipendenti, si vedano, *ex multis*, A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 15 ss. e 273 ss. e V. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Pol. dir.*, 2000, 160; sul tema sia consentito rimandare altresì a E. TEDESCO, *Regolazione dell'economia e integrazione del contratto. Il rapporto tra le Autorità di regolazione e l'autonomia privata*, in *Contratti*, 2021, 2, 231 ss., spec. 231-233; tale processo è segnalato, con peculiare attenzione alle posizioni della giurisprudenza amministrativa, da T. SICA, *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2019, 11, 2497 ss., spec. 2499.

²⁷ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., 521.

²⁸ Deve tuttavia precisarsi che, in séguito alla crisi finanziaria globale occorsa sul finire del 2007, gli Stati (anche e soprattutto) europei hanno messo in atto poderose misure di sostegno volte a stabilizzare i mercati, tanto da indurre taluno a discorrere di “interventi pubblici emergenziali sconosciuti finanche nella stagione della direzione pubblica del mercato”, con conseguente “assunzione da parte del Governo di impegni diretti nel capitale delle banche in crisi, con modelli di nazionalizzazione, in molti casi temporanea, del sistema bancario, basati sulla ricapitalizzazione, ad opera dello Stato, delle istituzioni finanziarie vulnerabili” (I. BORRELLO, *La Banca d'Italia*, in *Arbitri dei mercati*, cit., 266). Donde, secondo autorevole dottrina (G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1083 ss.), il passaggio ad un nuovo modello di Stato, definito per l'appunto «salvatore». Il processo appena riferito potrebbe trovare un'ulteriore conferma negl'interventi di sostegno adottati per far fronte alle gravi conseguenze economiche derivanti dall'emergenza pandemica da Covid-19 (*id est*: i già cit. «*Next Generation EU*» e «PNRR»). Tuttavia, ci pare che, volgendo un attento sguardo alle misure da ultimo riferite, addirittura intranee all'ambito del bilancio europeo pluriennale, non sia più predicabile l'emersione di un nuovo modello di Stato «salvatore», diverso tanto dallo Stato «regolatore» quanto da quello «imprenditore». Invero, gli interventi salvifici sempre più spesso adottati durante particolari momenti emergenziali non fanno altro che confermare la nuova veste *lato sensu* «arbitratoria» assunta dallo Stato contemporaneo, chiamato ormai stabilmente ad assolvere anche funzioni di gestione e perequazione del mercato, realizzate però attraverso moduli operativi che non sono più riducibili al mero «dirigismo economico» dello scorso secolo, e forse – e su questo condividiamo con la dottrina da ultimo richiamata – neppure alla «regolazione» convenzionale dell'economia.

²⁹ Secondo M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 37-38, spec. nt. 75, le motivazioni che hanno sospinto il processo di «privatizzazione» e «liberalizzazione» occorso a partire dagli anni Ottanta dello scorso secolo vanno rintracciate nella necessità, sollecitata dal processo di integrazione europea, per un verso, “di procurare entrate allo Stato per ridurre il disavanzo” e, per altro verso, “di restituire alle regole di mercato settori nei quali le imprese pubbliche operavano in regime di monopolio o, comunque, in situazione privilegiata”. Basti qui evidenziare, comunque, che l'anzidetto processo trovò una prima manifestazione nell'approvazione del d.l. 3 ottobre 1991, n. 309 («Trasformazione degli enti pubblici economici e dismissioni delle partecipazioni statali»), mai convertito, che all'art. 1 disponeva: «Gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali, possono essere trasformati in società per azioni». In séguito, fu la l. 8 agosto 1992, n. 359 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 1992, n. 333, recante misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica») a segnare l'avvio di una prima fase di privatizzazione c.d. «formale», mediante la trasformazione di alcuni enti pubblici preesistenti (IRI, ENI, INA ed ENEL) in società per azioni con attribuzione allo Stato della titolarità dei relativi pacchetti azionari (art. 15). La seconda fase, coincidente con la privatizzazione c.d. «sostanziale», venne avviata con la l. 30 luglio 1994, n. 474 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, recante norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni») che regolamentava le modalità di alienazione ai privati delle partecipazioni azionarie detenute da soggetti pubblici, conservando in capo allo stesso, anche non azio-



formare l'agire privato coll'obiettivo di preservare la dinamica concorrenziale³⁰, imponendo o replicando quegli esiti che il mercato, da sé, non è in grado di realizzare³¹.

In questo precipuo contesto, ben più limpide appaiono allora le ragioni dell'emersione³² delle Autorità (per più d'una esigenza) indipendenti³³, alle quali è stata attribuita un'imprescindibile funzione di «*market regulation*»³⁴. Funzione che, però, proprio a ragione della già richiamata natura artificiale del mercato³⁵ –

nista, poteri speciali di controllo e di veto («*golden share*») in ordine alle decisioni più significative e strategiche delle società privatizzate. In ogni caso, sul processo qui sinteticamente descritto, si vedano N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 112 ss. e 167 ss.; T. PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in *Riv. soc.*, 1992, 91 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 32 ss.

³⁰ Che sia questa la principale ragione della «regolazione» è conclusione condivisa dalla pressoché totalità della dottrina (V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, a cura di AA.VV., Napoli, 2006, 971; G. GITTI-P. SPADA, *La regolazione di mercato come strategia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GITTI, Bologna, 2006, 17). Secondo altra autorevole dottrina, inoltre, la tutela della concorrenza sarebbe un fine, per così dire, «strumentale» alla realizzazione di ben più alti interessi e valori di stampo solidaristico [così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 489 ss. e 504 ss., nonché ID., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss. (ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persone e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, 237 ss., da cui si cita, spec. 257): «la libertà di iniziativa economica e di concorrenza hanno carattere strumentale, dacché “sono non un fine ma un mezzo, una regola, per realizzare l'utilità sociale, l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona”; e, sia pure con (parziale) diversità di opinioni, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 388; si veda poi per tale prospettiva anche F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. soc.*, 2010, 384 ss., che mette in guardia sui rischi che si celano dietro l'affermazione secondo cui la regolazione miri puramente e semplicemente alla realizzazione della concorrenza; con più specifico riferimento al settore delle pubbliche utilities, si veda invece A. MUSTO, *Il contratto “asimmetrico” di fornitura di energia elettrica. La potestà regolamentare dell'AEEG: un potere “compensativo” della “parità” contrattuale violata?*, in *Contr. imp.*, 2010, 1421].

³¹ Sul tema si rimanda a D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010.

³² I modelli ispiratori delle Autorità amministrative indipendenti italiane vengono generalmente identificati, per un verso, nelle «*Independent regulatory agencies*» o «*commissions*» ritratte dall'esperienza statunitense di fine Ottocento [su cui si veda almeno A. SCALIA, *Le Independent regulatory agencies nell'esperienza statunitense*, in *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Atti del Convegno di studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996)*, a cura di AA.VV., Milano, 1996, 31 ss.], e, per altro verso, nei successivi modelli delle «*Autorités administratives indépendantes*» francesi e dei «*Quangos*» («*Quasi-autonomous non-governmental organisation*») inglesi. Per ulteriori approfondimenti sulle origini e sulle evoluzioni di tali modelli si vedano, *ex multis*, M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, 1 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995, 1 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, *ivi*, 1997, 2 ss.; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, a cura di ID.-C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 217 ss.

³³ Secondo V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Impresa pubblica ed intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. DI RAIMO-ID., Napoli, 2006, 357 ss., la qualifica di «autorità amministrative», mal si concilierebbe con l'ulteriore attributo di «indipendenti», costituendo in tal senso un «ossimoro» e una «contraddizione», giacché “il primo dei due termini evoca immediatamente l'idea di una sottoposizione dell'organismo alle regole dell'amministrazione ed allo stesso principio di gerarchia, con i relativi poteri di direzione e controllo laddove l'indipendenza è normalmente intesa come la condizione tipica di chi è sottratto dalla legge al rispetto delle regole di subordinazione e di gerarchia all'interno del settore in cui svolge la propria attività”. In merito, si veda anche M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., 11 ss., il quale, rilevando una mutazione “forse con eccessiva nonchalance da esperienze giuridiche spesso profondamente diverse”, sostiene (*op. cit.*, 14) che l'avvento delle Autorità indipendenti avrebbe determinato “il tramonto della concezione classica di p.a. quale «entità compatta, inquadrata nello stato come apparato serventi il governo»” (riprendendo quanto già affermato da L. CASINI, *I confini e le dimensioni*, in *Il sistema amministrativo*, cit., 23); di «anomalia» e di «devianza» rispetto ai modelli ordinari di amministrazione propri dei Paesi di *civil law* parla, invece, E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in www.astrid-online.it.

³⁴ L'accolta rinuncia dello Stato all'intervento diretto nell'economia ha avuto quindi come conseguenza l'assunzione da parte delle Autorità indipendenti di un ruolo capitale nella «rivoluzione» della politica economica italiana d'inizio anni Novanta, anche perché, come ben rilevato, detta rinuncia non è stata accompagnata da “un improbabile ritorno al «*laissez-faire*», proprio delle politiche liberalistiche” [su cui, comunque, si veda M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, 1997, 158], bensì dalla “assunzione da parte dello



così come dell'innegabile relazione che lega quest'ultimo al contratto³⁶ – si è inevitabilmente riverberata sull'autonomia negoziale³⁷ e, da qui, sulla composizione e sulle modalità di esplicazione dei poteri privati.

Non deve dunque lasciare interdetti, rappresentando anzi un *fil rouge* della negozialità del tempo presente, che oramai una cospicua messe di norme provenienti dal contesto «autoritativo», difficilmente collocabili con precisione entro la tralozia «gerarchia delle fonti», sia capace d'influire, in modo pervasivo – e, secondo taluno, addirittura invasivo³⁸ –, sulle tradizionali forme di estrinsecazione della libertà negoziale³⁹ e, in senso più ampio, sui modi, tempi e forme della contrattazione fra privati⁴⁰. Le *Authorities* sono così diventate, come altri ha ben detto, “protagoniste assolute del complesso fenomeno integrativo”⁴¹, invadendo addirittura la stessa strutturazione ed organizzazione dell'iniziativa economica privata, che – giova rammentare – almeno nei termini dell'art. 41 Cost., dovrebbe esser intesa, sia pure in modo non assoluto, come libera⁴².

3. – Il quadro appena delineato appare invero ancor più chiaro se sol si volge lo sguardo ai moduli operativi della regolazione citati in chiusura del precedente paragrafo.

La questione, per la verità, ha già formato oggetto di ampia attenzione (anche) da parte della civilistica e, sovente, il discorso è stato condotto lungo un sentiero quasi unidirezionalmente diretto alla riconduzione, se

Stato del nuovo ruolo di «arbitro» del gioco della concorrenza” (così M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., 37-38).

³⁵ V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, cit., 972: “[i]l mercato non è mai libero in senso naturalistico perché la sua struttura è dettata dall'ordinamento giuridico, che definisce i margini di tutela degli scambi stessi”; si veda, inoltre, la bibliografia citata sotto le note 1 e 2.

³⁶ Si veda F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, 42.

³⁷ È stato giustamente notato che l'adozione da parte delle Autorità indipendenti di “norme per la regolazione di un determinato settore di mercato può implicare che si dettino norme anche per regolare i contratti del settore medesimo”: V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, 541.

³⁸ G. NAPOLITANO, *Contratto e regolazione nel mercato dell'energia elettrica*, in *Contratti dell'energia e regolazione*, a cura di M. DE FOCATHIS-A. MAESTRONI, Torino, 2015, 249 ss., spec. 252.

³⁹ Si veda G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 329 ss., spec. 332, secondo il quale, nell'attuale momento storico, più che il codice civile, la normativa secondaria e i provvedimenti delle Autorità indipendenti “forniscono la «vera» disciplina di molti contratti” (considerazione, questa, invero già espressa dall'A. in ID., *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001, 520).

⁴⁰ G. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, Ann. V, Milano, 2012, 134 ss.

⁴¹ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove Autonomie*, 2017, 3, 441 ss., spec. 442. Sta qui, secondo l'A. (ID., *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., 100-101), l'essenza della c.d. «neo-regolazione» [espressione tolta da V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, cit., 974], la quale – diversamente dal passato – “si propone di ordinare le strutture mercantili (*id est*, di dettare regole di funzionamento del mercato) tramite la disciplina del contratto” (sul tema si veda, per ulteriori riferimenti, anche E. GABRIELLI, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2005, II, 183 ss.).

⁴² Antica la disputa se la tutela del mercato, e in specie della concorrenza, sia stata considerata dal Costituente. Si esprime in senso favorevole P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., 239 ss.), il quale rileva che la Costituzione, “di mercato, di concorrenza (...) non fa esplicita menzione e sul punto, pertanto, è tacciata, ma ingiustamente, di ambiguità. In essa la difesa del mercato sussiste ed è di alto profilo; si collega più che alle ragioni dell'economia a quelle della politica in funzione di garanzia della democraticità dell'insieme”, ossia del sistema, “e quindi come avversione alla collettivizzazione dei beni di produzione e alla pianificazione centralizzata e autoritaria”. *Contra*, invece, N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica)*, in *Giur. it.*, 1997, c. 226, secondo il quale la Costituzione repubblicana, almeno sino alla riforma costituzionale del 2001 (ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 28 ss.), “non accoglie né il modello dell'economia di mercato né il generale principio della concorrenza”, con la conseguenza che “il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali: esso, quando c'è, viene consegnato alla disciplina del codice civile” (*ibidem*).



non al forzato rimaneggiamento, del (nuovo) contesto «regolatorio» entro strutture e schemi già esistenti e ben consolidati nella nostra tradizione dogmatica.

Così, ogni sforzo ricostruttivo sinora profuso è stato per lo più teso ad individuare, tra i vari atti promananti dalle Autorità di regolazione, quelli che, in quanto dotati di determinati attributi di generalità, astrattezza e legittimazione derivante da fonte primaria⁴³, potessero ritenersi atti normativi, come tali quindi inquadabili – sia pure con buona approssimazione – tra le fonti secondarie dell’ordinamento (talvolta, addirittura come espressione del “potere regolamentare di altre autorità” cui fa cenno l’art. 3, comma 2, disp. prel. al cod. civ.)⁴⁴.

Pur prescindendo dal profilo da ultimo citato, v’è quindi che, da tempo, preso atto dell’indubbio carattere non assoluto della riserva di legge esistente in ambito negoziale⁴⁵, s’ammette che anche gli atti normativi delle Autorità indipendenti, purché mediatamente riconducibili ad una norma attributiva di rango primario⁴⁶,

⁴³ Non a caso, s’esprimono in termini di «delega legislativa» e di «potere delegato», *ex multis*, G. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., 134-136; C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 94 ss., spec. 101 ss.; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 43 ss., spec. 48 (il quale rileva che “[p]er l’intervento pubblico nell’economia la Costituzione prevede, come abbiamo visto, la riserva di legge, per la regolazione no”, sicché “il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni a una autorità regolatrice”); e, sia pure con diversità di opinioni, M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, *ivi*, 65 ss., spec. 78-81 [ove l’illustre A., diversamente dall’impostazione da ultimo riferita, pur ritenendo coperta da riserva di legge la complessa materia regolatoria, afferma che “il legislatore non rimane inerte rinviando l’intera disciplina al delegato”, ossia l’Autorità indipendente, “ma partecipa alla produzione normativa rimettendo ad altro organo la determinazione di una frazione di norma” (*ivi*, 81)]. Posizione differente è invece espressa da M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., 49 ss. [l’A. definisce una “controversa eventualità che poteri di produzione normativa (...) facciano capo a soggetti che non godono di legittimazione popolare” (*ivi*, 53) ed esprime riserve anche rispetto alla logica «negoziata» che accomuna i procedimenti di *drafting* di molti regolamenti delle Autorità indipendenti (su cui si veda anche V. VITI, *Carattere partecipato dell’attività regolativa delle authorities e autonomia privata. Elementi di “neocorporativismo” tra suggestioni e contestualizzazioni*, in *Contr. impr.*, 2020, 1, 64 ss.), ritenendo necessario un “potenziamento delle garanzie procedurali (rese poi effettive da un eventuale controllo in sede giurisdizionale)” (*ivi*, 56-57)].

⁴⁴ Sull’opzione argomentativa citata nel testo si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. FERRARI, *I contratti nei mercati regolati*, Torino, 2018, 20 ss.

⁴⁵ Il carattere relativo della riserva di legge in materia, quantunque ricavabile dall’art. 41 Cost., è pacifico tanto in dottrina (sin da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 37 e, più di recente, M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., 192), quanto in giurisprudenza (Corte cost., 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, 31 ss., con nota di C. ESPOSITO, ove si legge: “La riserva di legge di cui all’art. 41 in parola non esige che l’intera disciplina dei rapporti venga regolata con atto normativo del Parlamento, dovendosi ritenere sufficiente che questo determini i criteri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l’esercizio tanto dell’attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione affidate al Governo, evitando che esse si svolgano in modo assolutamente discrezionale. In primo luogo, va tenuta presente la giurisprudenza di questa Corte, costante nel giudicare che la riserva di legge di cui al citato articolo non esige che la disciplina della libera iniziativa economica venga, tutta e per intero, regolata da atti normativi, bastando la predeterminazione di criteri direttivi che, avendo per fine l’utilità sociale, delineino, circoscrivendola, l’attività esecutiva della pubblica amministrazione, così da togliere ad essa carattere di assoluta, illimitata discrezionalità”). Si veda, però, F. MERUSI, *La legalità delle autorità indipendenti. Atto amministrativo e negozi di diritto privato*, in *Id.*, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2009, 71, il quale, sul rilievo della differenza tra regolazione del passato e regolazione dell’oggi, argomenta nel senso che quest’ultima sfuggirebbe alle maglie della riserva di legge, realizzando essa stessa “una forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di eguaglianza”.

⁴⁶ Sul fondamento del potere «regolamentare» delle Autorità indipendenti si veda, *ex multis*, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 2001, 1 e 5; interessante, poi, è la prospettiva seguita da G. GRASSO, *Autorità amministrative indipendenti e Regioni tra vecchio e nuovo Titolo V della Costituzione. Alcuni elementi di discussione*, in *Quad. reg.*, 2003, 812 ss., secondo cui il referente super-primario della potestà regolamentare delle *Authorities* andrebbe ravvisato nell’art. 117, comma 6, Cost. (*contra*, però, F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenza della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, par. 2: per cui, il novellato Titolo V della Costituzione non offrirebbe alcun elemento, sotto il profilo dogmatico, per suffragare la conclusione innanzi riferita); per G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 91, nt. 1 il fondamento della potestà normativa delle Autorità indipendenti si ravvisa, invece, direttamente nel versante sovranazionale e, pertanto, indirettamente nell’art. 11 Cost. Al tema si lega, inoltre, la nota diatriba sui poteri impliciti che, per taluno, andrebbero riconosciuti alle Au-



possano incidere in vario modo sul contratto, negli stessi termini e attraverso gli stessi meccanismi concettuali propri della legge ordinaria⁴⁷. Addirittura, non è mancato chi, senza timore alcuno, ha ritenuto di annoverare i regolamenti delle *Authorities* tra le generali fonti di disciplina del contratto⁴⁸, al pari della legge o forse anche di più⁴⁹.

Tuttavia, se s'abbandonano per un istante prospettive ricostruttive di certo comode ma, forse, ben più consone ad altre e differenti occasioni, ci s'avvede presto che le «vie» della regolazione sono assai più tortuose di quelle che le conclusioni dianzi riferite potrebbero far credere. L'intervento «regolatorio» sul mercato (*recte*: sui mercati) si realizza infatti non soltanto per il tramite di atti che costituiscono diretta estrinsecazione di un potere normativo in senso stretto, ma anche attraverso pareri, raccomandazioni, indagini, ispezioni, autorizzazioni⁵⁰, che, pur avendo indubbia attitudine regolatoria⁵¹, sono difficilmente collocabili con precisione entro la tradizionale gerarchia delle fonti⁵², con tutti i problemi, ben noti, che ne derivano allorché se ne voglia indagare (*recte*: giustificare) l'incidenza sul piano contrattuale.

Anche su di un piano terminologico, poi, è ormai acquisito che il lemma «regolazione», ove utilizzato in relazione all'economia o al contratto, è in realtà capace di riferirsi a tutte quelle discipline che, ancorché non derivanti da fonti propriamente normative, sono comunque idonee a reagire ai fallimenti di mercato e/o a garantire i meccanismi ottimali del mercato concorrenziale (scongiurando asimmetrie informative, evitando il prodursi di esternalità negative, rimediando a situazioni di monopolio od oligopolio)⁵³. Non a caso, da tempo, a livello sovranazionale si discorre di «atti regolatori» in termini onnicomprensivi di “*laws, formal and*

thorities: in senso favorevole E. BRUTI LIBERATI, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di ID.-F. DONATI, Torino, 2007, 175; *contra* M. ANGELONE, *o.u.c.*, 77 e 97.

⁴⁷ Non è possibile in tale sede dedicare spazio alle ulteriori questioni pur implicate nel discorso relativo all'attribuzione e all'esercizio di poteri «normativi» da parte delle Autorità amministrative indipendenti. Tuttavia, in linea di massima, basti qui rammentare che il tema sollecita una serie di riflessioni che, dalla ormai evidente diffusione del potere normativo, dalla crisi del «legicentrismo» o «Parlamentar-centrismo» (sul passaggio dalla «legge» unitariamente intesa in senso ottocentesco alle «leggi» settoriali, costole di veri e propri «micro-sistemi» a sé stanti, si veda ovviamente N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 25 ss., spec. 65 ss.) spaziano sino alla corretta collocazione degli atti normativi «regolatori» nella gerarchia delle fonti e alla conseguente soluzione di eventuali antinomie rispetto a norme derivanti da fonte di rango diverso, arrivando anche alla controversa eventualità che poteri di produzione normativa competano a soggetti svincolati dal tradizionale circuito di legittimazione democratica (e conseguente responsabilità politica): su tali temi e sulla soluzione che, sia pure criticamente nella prospettiva dell'A., ne ha dato la giurisprudenza amministrativa, si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., 49 ss., spec. 54-66.

⁴⁸ Così N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 162; G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 56 ss., spec. 60; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 86; ID., *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, 541 ss.

⁴⁹ G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, cit., 332.

⁵⁰ Sulla «confusione» che, già sul piano delle fonti primarie, connota la nomenclatura degli atti adottati dalle *Authorities*, si veda P. PERLINGIERI, *Firma digitale e commercio elettronico*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 386 (per il quale, “non si sa se (...) i loro atti sono atti in un certo senso amministrativi, se sono atti giurisdizionali, se sono atti regolamentari di natura normativa”, essendo invero “un po' tutto un po' niente”); e, con più specifico riferimento agli atti adottati dalla Banca d'Italia, B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in *Osservatorio sulle fonti 1996*, a cura di P. CARETTI, Torino, 1996, 243-244 (il quale, già all'epoca, notava che “delle 50 norme che attribuiscono alla Banca d'Italia il potere di emanare regolamento a contenuto generale, nessuna parla di «regolamenti», e soltanto quattro di «istruzioni»: tutte le altre usano una terminologia varia”, così “perpetua[ndo] una situazione di ambiguità”).

⁵¹ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 2, 310 ss., spec. 314.

⁵² Tanto da indurre una certa dottrina (L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, 93 ss.) ad annoverare gli atti «normativi» delle *Authorities* tra le fonti *extra ordinem* dell'ordinamento.

⁵³ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., 520-521.



*informal orders and subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to whom governments have delegated regulatory powers*⁵⁴.

Anzi, come è stato ben detto⁵⁵, la regolazione c.d. «soft» è divenuta oggi il modulo operativo *par excellence* delle Autorità indipendenti, giacché, proprio grazie al prestigio e alla forza persuasiva di cui queste godono (essendo, del resto, tendenzialmente svincolate dal circuito politico-istituzionale⁵⁶), l'effetto conformativo sul mercato e sui contratti riesce a prodursi in maniera praticamente «spontanea», e cioè senza bisogno che gli atti in concreto adottati, definibili con la ben nota locuzione «soft law», seguano complesse procedure idonee a far acquisire diretta ricaduta sul piano ordinamentale⁵⁷.

Esempi di tale tendenza si ravvisano pressoché in tutti i settori regolati, e dimostrazioni se ne ritraggono, di là dalle ben note «comunicazioni» della Consob o dalle altrettanto rinomate «istruzioni» della Banca d'Italia⁵⁸, dalle «lettere al mercato» (già «circolari») diramate dall'IVASS, tese a rendere pubblica l'opinione dell'Istituto su determinate questioni di rilievo o a richiamare l'attenzione degli operatori assicurativi su alcuni profili di attività⁵⁹; o, ancora, almeno sino a non molto tempo fa, dalle «linee-guida» dell'ANAC, previste dall'ormai abrogato art. 213, comma 2, del vecchio Codice dei contratti pubblici, cui si affiancavano altresì gli «altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati» previsti nella medesima sede⁶⁰.

Trattasi, del resto, di fenomeno che, oltre ad essere destinato ad acuirsi in maniera alluvionale coll'attuazione delle misure previste nel «PNRR», trova invero riscontro in un'amplissima attività di *moral suasion* esercitata, anche in ambito negoziale⁶¹, dalle Autorità di vigilanza europee – in particolare Autorità bancaria europea (EBA), Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e Autorità europea delle

⁵⁴ *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*, Parigi, 1997, 6.

⁵⁵ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., 451.

⁵⁶ P. SCHLESINGER, *Il «nuovo» diritto dell'economia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 51 ss., il quale rileva che la «giustificazione» della peculiare forma d'indipendenza delle *Authorities* «va ricercata nella preoccupazione che (...) potessero manifestarsi influenze e pressioni da parte dell'esecutivo o di maggioranze governative o di potentati economici» (*ivi*, 55); [profetiche appaiono allora le pregevoli considerazioni di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., *passim* (invero già espresse in ID., *L'età della decodificazione*, in *Dir. e soc.*, 1978, 631 ss.)].

⁵⁷ Del resto, secondo taluno, “[s]oft law significa diritto non vincolante, ma «non privo di conseguenze, perlomeno sul piano fattuale»: E. BATTELLI, *Brevi riflessioni sul superamento del positivismo legislativo e sull'ordine a “normatività graduata” nel diritto contrattuale*, in *Pol. dir.*, 2016, 423 ss., spec. 426; in termini simili anche G. ALPA, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. SIRENA, Milano, 2006, 37 ss., spec. 47, per il quale “la fonte non solo deve esser valutata secondo la sua «durezza» e la sua «valenza», ma anche secondo il suo effetto empirico. Vi sono regolamenti, deliberazioni, circolari di autorità indipendenti che oggi «pesano» di più delle leggi approvate dai Parlamenti; vi sono modelli contrattuali che valgono di più delle regole inserite nei codici; vi sono iniziative «persuasive» (per l'appunto di *moral suasion*) che valgono di più dei tradizionali atti autoritativi”.

⁵⁸ Cui si aggiungono «linee guida», «avvisi» e, addirittura, «Q&A», pubblicati sui rispettivi siti web: sul tema si rimanda a M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, cit., *passim*.

⁵⁹ Ad esempio, in una delle più recenti, datata 28 luglio 2021, l'IVASS ha invitato le compagnie di assicurazione, sulla scia di quanto già richiesto dall'EIOPA, ad adottare un'adeguata sorveglianza sull'utilizzo delle complesse tecniche di mitigazione del rischio.

⁶⁰ Oggi, con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36), tali strumenti di regolazione, incluse le citate «linee-guida», sono destinati a venir meno alla luce del disposto dell'art. 225, comma 16 del nuovo Codice, secondo cui, a far data dalla sua entrata in vigore, “in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'ANAC adottati in attuazione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove non diversamente previsto dal presente codice, si applicano le corrispondenti disposizioni del presente codice e dei suoi allegati”. Invero, si potrebbe tuttavia ritenere che, per effetto della nuova disciplina, non tanto sia venuto meno il potere di diramare atti di *soft law* da parte dell'ANAC, quanto piuttosto tale potere sia stato definitivamente istituzionalizzato, giacché l'art. 222, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici, riconduce quelli che nel precedente sistema erano le «linee-guida» o gli «altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati» entro la categoria degli «atti amministrativi generali».

⁶¹ S. AMOROSINO, *L'incidenza delle regolazioni internazionali ed europee sui rapporti civilistici inerenti ai mercati finanziari*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1009 ss.



assicurazioni e dei fondi pensione (EIOPA) –, le cui frenetiche «*opinions*» condizionano sempre più la sistemica funzione di regolazione in ambito sovranazionale e, per il tramite delle *Authorities* dei vari Stati membri, anche nazionale.

Sotto il medesimo versante, poi, sia pure in diversa prospettiva, non è possibile ignorare come anche l'attività «para-giurisdizionale» («sanzionatoria» o, comunque, di «*dispute resolution*») esercitata dalle Autorità indipendenti contribuisca, e non poco, all'assolvimento della complessiva funzione di regolazione⁶². Non di rado, gli operatori professionali, proprio al fine di rifuggire eventuali decisioni pregiudizievoli, adeguano spontaneamente le proprie condotte ai precedenti «giustiziali» delle *Authorities* (anche di «*advocacy*»), creando così una sorta di «*regulation by litigation*»⁶³, che, non a caso, ha indotto taluna dottrina a parlare di «regolazione sommersa»⁶⁴ o, addirittura, di «criptoregolazione»⁶⁵. «Regolazione sommersa» (o «criptoregolazione») che, soprattutto nel campo *antitrust*, ha ormai assunto un'importanza cruciale, anche per via della disciplina sul *private enforcement* contenuta nella dir. n. 2014/104/UE, attuata con il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3⁶⁶, che attribuisce valore di prova «privilegiata» – e, in taluni casi, «vincolante» – all'accertamento condotto dall'AGCM in sede «giustiziale».

Ne dà plastica rappresentazione quanto accaduto nel settore bancario dopo la nota pronuncia delle Sezioni unite in materia di fidejussioni *omnibus* redatte in conformità allo schema ABI del 2002⁶⁷; fidejussioni che, in ragione dell'accertata esistenza di un'intesa anti-concorrenziale nel mercato di riferimento⁶⁸, sono state colpite dalla scure della nullità parziale («a valle»), *ex comb. disp. art. 2, comma 2, lett. a)*, legge 10 ottobre 1990 n. 287 e art. 1418, comma 1, cod. civ.; e ciò per lo meno – secondo quanto emerge dalla pronuncia citata – ove stipulate in un arco temporale prossimo a quello dell'accertamento condotto in sede «autoritativa», ovvero – secondo l'Arbitro Bancario e Finanziario – anche ove stipulate successivamente, sempreché sia accertata l'effettiva persistenza dell'intesa restrittiva al momento della concessione della garanzia⁶⁹.

4. – E se sì tanto poliedrici ed eclettici appaiono gli strumenti normalmente adoperati nell'assolvimento del nobile compito regolatorio, ancor più variopinte e articolate risultano le modalità della loro concreta incidenza sul versante negoziale.

Per fugare dubbi di sorta, però, inframettiamo subito che la regolazione svolta dalle *Authorities* tocca solitamente solo fattispecie contrattuali che hanno già avuto – per volontà delle parti – la loro più compiuta epi-

⁶² Come giustamente sottolineato da M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., 453, il quale, in maniera condivisibile, rileva che “pur quando il regolatore dirime la singola situazione conflittuale, in realtà, non si estrania del ruolo che gli è proprio e quindi tende istintivamente a chiarire, orientare o correggere l'applicazione futura delle regole già poste, rendendo così la statuizione *inter alios acta* di potenziale interesse anche per gli altri soggetti non implicati”.

⁶³ Citando le parole di M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *www.federalismi.it*, 2017, 19.

⁶⁴ M. BUCCELLO, *Alcune ipotesi di regolazione sommersa nel settore dell'energia*, in *Contratti dell'energia*, cit., 219 ss.

⁶⁵ M. ANGELONE, *o.u.c.*, 453.

⁶⁶ Su cui si rimanda, almeno, a G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva “antitrust private enforcement”*, in *Dir. ind.*, 2016, 228 ss.; G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno “antitrust”: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 305 ss.; B. CARAVITTA DI TORITTO, *Overview on the Directive 2014/104/EU*, in *Riv. it. antitrust*, 2015, 2, 48 ss.

⁶⁷ Cass., Sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, 309 ss., con nota di M.S. MAISANO.

⁶⁸ Prov. 2 maggio 2005 n. 55, emanato dalla Banca d'Italia nell'allora funzione di Autorità di tutela della concorrenza nel mercato bancario.

⁶⁹ ABF, Collegio di coordinamento, 29 dicembre 2022, n. 16511, in *dirittobancario.it*, 13 febbraio 2023.



fania⁷⁰. Rari, infatti, sono i casi in cui, almeno *de iure*, la fonte autoritativa si rivela abilitata ad incidere sull'*an* della stipulazione⁷¹ o, comunque, sul complessivo procedimento di conclusione ed esecuzione del regolamento negoziale⁷².

Pur de-limitata in siffatta maniera, l'attività autoritativa riesce comunque ad incidere su una molteplicità di profili della contrattazione, che dalla fase pre-negoziale si propagano a quella costitutiva, slargandosi, da qui, sino a quella propriamente funzional-esecutiva. Così, seguendo un approccio ormai usitato⁷³, volto a classificare le manifestazioni del potere «conformativo»⁷⁴ secondo una scala crescente d'intensità (o pervasività), è utile muovere il discorso da quegli interventi che, precedendo l'effettiva conclusione del contratto, appaiono *prima facie* dotati – almeno in teoria – di una minore attitudine «perturbativa» della sfera di autonomia dei contraenti.

Per la verità, anche condensando l'analisi rispetto alla sola fase genetica del contratto, ci s'avvede agevolmente che sono innumerevoli e minuziose le regole di condotta (prevedenti appositi obblighi pubblicitari, informativi e di trasparenza) imposte dalle *Authorities* a carico dei soggetti «forti» (banche, intermediari, gestori di pubblici servizi); regole che, inevitabilmente, finiscono per ripercuotersi sugli atti conclusi con le controparti consumeristiche, determinando una sorta di serrata «procedimentalizzazione» nella formazione del vincolo negoziale, con tutti i relativi problemi di *enforcement* (privato) che ne derivano in caso di mancato rispetto⁷⁵.

Si pensi, giusto per dare maggiore concretezza alle affermazioni che precedono, agli obblighi pre-contrattuali imposti dalla Banca d'Italia per quanto concerne l'offerta di servizi bancari e finanziari⁷⁶, o dall'IVASS nel settore assicurativo in merito al «fascicolo informativo» e al relativo contenuto⁷⁷, ovvero, e

⁷⁰ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., 314.

⁷¹ Si pensi, rispetto al settore dell'energia elettrica e del gas naturale, agli obblighi a contrarre sanciti dall'art. 1, comma 2, d.l. 18 giugno 2007 n. 73 (conv. con mod. in legge 3 agosto 2007 n. 125) o dall'art. 1, comma 46, legge 13 settembre 2004 n. 239, a carico delle imprese esercenti la maggior tutela e il servizio di salvaguardia in favore dei clienti che non abbiano trovato un fornitore sul mercato libero; o, ancora, nel settore delle telecomunicazioni, rispetto ai fenomeni della c.d. «interconnessione» o del «roaming» (su cui F. MERUSI, *La legalità delle autorità indipendenti*, cit., 38 ss.; e, più di recente, D. FAUCEGLIA, *La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche*, in *Contratti*, 2018, 4, 475 ss., spec. 482 ss.).

⁷² È il caso dei contratti nei mercati finanziari regolamentati, su cui si veda R. NATOLI, *I contratti di borsa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI, II, Bologna, 2012, 376 ss.

⁷³ Pur con innegabili diversità, assumono il medesimo approccio seguito nel testo, tra gli altri, G. ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti in Istituzioni, mercato e democrazia*. Liber amicorum per Alberto Predieri, a cura di S. AMOROSINO-G. MORBIDELLI, N. MORISI, Torino, 2002, 11 ss., spec. 22; M. MAUGERI, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in AA.VV., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012, 299 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., 163 ss.

⁷⁴ Prediligiamo l'espressione «conformazione» del contratto, anziché «integrazione», perché, come autorevolmente segnalato (M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., 446), «appare piuttosto riduttivo continuare a discorrere di integrazione *tout court*, dovendosi prediligere l'impiego del più moderno concetto di «conformazione», che si presta a rappresentare meglio e in modo più icastico la proteiformità e la latitudine del fenomeno eterointegrativo allorquando lo si osservi sotto la lente dei poteri delle *authorities*».

⁷⁵ Per ovvie ragioni, non è possibile trattare in questa sede del tema delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto degli obblighi imposti nella fase pre-contrattuale, tema che, com'è noto, involve a sua volta la complessa distinzione tra regole «di condotta» e regole «di validità», sulla quale, tuttavia, si vedano almeno i noti pronunciamenti Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss., con nota di F. GALGANO (e in *Contratti*, 2008, 393 ss., con nota di A. GENTILI).

⁷⁶ Si pensi, in via esemplificativa, che le «Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», adottate dalla Banca d'Italia in data 29 luglio 2009 e modificate da ultimo in data 30 giugno 2021 per adeguare la disciplina alla dir. 2015/2366/UE (c.d. «PSD 2»), arrivano addirittura a stabilire, nell'Allegato 1, i criteri d'impaginazione e le scelte tipografiche da seguire nella stesura delle clausole per assicurarne o migliorarne la leggibilità e l'intelligibilità; in dottrina, tra i contributi più recenti, anche rispetto alle esigenze ingenerate dalla pandemia da Covid-19, si veda T. RUMI, *Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del Decreto Liquidità*, in *Contratti*, 2020, 4, 463 ss.

⁷⁷ Si veda il Regolamento IVASS del 2 agosto 2018, n. 41 (che ha sostituito il precedente Regolamento IVASS 26 maggio 2010,



ancóra, dalla Consob per quanto riguarda le attività d'investimento e i servizi accessori⁷⁸. Parimenti degne di nota sono, poi, le prescrizioni di carattere pre-negoziale dettate dalle *Authorities* operanti nei mercati delle *utilities* e dei servizi di pubblica utilità, che non di rado impongono specifici obblighi d'informazione e correttezza cui devono attenersi i fornitori nei confronti dei consumatori e degli utenti⁷⁹; obblighi che, per giunta, diventano particolarmente stringenti in taluni casi particolari, come quello dell'attivazione di servizi e forniture non richiesti⁸⁰.

E il quadro, come già detto con riguardo ai differenti moduli operativi prescelti dalle Autorità di regolazione, è destinato inevitabilmente a complicarsi, quanto meno nel settore dei *digital markets*, coll'implementazione, prevista nel «PNRR», dei poteri dell'AGCM secondo le previsioni del *Digital Markets Act*⁸¹.

Di là dagli obblighi che precedono il contratto, poi, molto spesso l'intervento delle *Authorities* involve direttamente il contenuto regolamentare di questo, realizzando quel fenomeno di eterointegrazione negoziale che, più d'altri, ha fatto rivolgere le attenzioni della dottrina – forse, a tratti, eccessivamente circoscritte – verso il complesso fenomeno regolatorio⁸².

Il rapporto contrattuale finisce così per divenire la risultante⁸³ di determinazioni risalenti alle parti e dell'imposizione di molteplici elementi contenutistici fissati direttamente dalle Autorità, e riguardanti tanto gli

n. 35), recante la disciplina degli obblighi d'informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi, di cui al Titolo XIII del Codice delle assicurazioni private; a questo si aggiunga anche il reg. IVASS 2 agosto 2018, n. 40 (che ha sostituito il precedente Regolamento ISVAP 16 ottobre 2006, n. 5), che detta le regole di presentazione e di comportamento nei confronti della clientela nell'offerta dei contratti di assicurazione. In dottrina, sul tema si veda G. GITTI, *Autonomia privata*, cit., 135 ss.

⁷⁸ Si veda, emblematicamente, la Parte II del “nuovo” Regolamento «Intermediari» – adottato dalla Consob con delibera 15 febbraio 2018, n. 20307 in attuazione della dir. 2014/65/UE (c.d. «MiFID II») –, che è interamente dedicata alla «trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi/attività di investimento e dei servizi accessori»; in dottrina, per la nuova disciplina, si veda F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2019, 137 (spec. nt. 5).

⁷⁹ Si veda, per le *utilites*, quanto previsto nel Titolo III del «Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali» (Allegato A alla delibera ARERA 366/2018/R/com del 28 giugno 2018 ss.mm.ii.), mentre, per il settore delle telecomunicazione, gli obblighi informativi imposti agli operatori, nel caso di contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, definiti dal «Regolamento per la tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche» (approvato con delibera Agcom 25 settembre 2015, n. 519/15/CONS); su tali temi si vedano G. GITTI, *Autonomia privata*, cit., 138; G. GABASSI, *Delibera AGCom 519/15/CONS e Regolamento UE n. 2120/2015: due occasioni mancate per la tutela degli utenti nei contratti aventi ad oggetto servizi di comunicazione elettronica?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 746 ss., spec. 762 ss.

⁸⁰ Si veda, ad esempio, l'art. 5 dell'allegato A alla delibera AEEGSI 153/2012/R/com del 19 aprile 2012, come modificata e integrata dalla delibera 208/2016/R/eel del 2016 (recante «Misure preventive e ripristinatorie nei casi di presunti contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale»), che impone al venditore ulteriori obblighi in caso di contratti stipulati fuori dai locali commerciali o mediante forme di comunicazione a distanza: sul tema, F. LONGOBUCCO, *Forniture non richieste e proceduralizzazione dell'attività d'impresa: doveri di status del professionista?*, in *Giur. it.*, 2014, 2623 ss. Peraltro, analoghe tutele sussistono anche nel settore delle comunicazioni elettroniche, come conferma l'art. 3, comma 3, del cit. Reg. AGCom 25 settembre 2015, n. 519/15/CONS: si veda G. GABASSI, *op. cit.*, 790 ss.

⁸¹ Regolamento (UE) n. 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) n. 2019/1937 e (UE) n. 2020/1828.

⁸² Si veda il dialogo promosso sul tema dalla civilistica in occasione del Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002, *Il Contratto e le Autorità indipendenti*, i cui contributi sono stati poi raccolti nell'insuperabile volume G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit.

⁸³ L'effetto ultimo è dunque una «proliferazione» e «parcelizzazione» delle fonti di disciplina del contratto (come rilevato, del resto, da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 364 ss. e 394), che comporta, di risulta, una riduzione, per un verso, delle prerogative dei contraenti (tanto da far parlare di «crisi della autoreferenzialità» del contratto: P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, 334), e, per altro verso, dello spazio riservato nella materia contrattuale al legislatore statale (N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 418); fenomeno, soprattutto quello da ultimo menzionato, che s'inserisce perfettamente in quel processo di «de-centralizzazione» del codice civile, i cui albori sono stati individuati da autorevolissima dottrina proprio nell'immediato secondo dopoguerra, allorchando lo Stato, da semplice arbitro dell'economia, diviene soggetto attivo nel mercato (N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 9 ss.).



aspetti più squisitamente «economici», quanto quelli più propriamente «normativi», arrivando talvolta ad integrare quei requisiti di «forma-contenuto» che, nella prospettiva del «neo-formalismo negoziale»⁸⁴, sono richiesti dall'ordinamento sotto pena di nullità. Il tutto, in definitiva, nel solco di una ormai sempre più labile distinzione, se non di una vera e propria sovrapposizione, tra (spazio riservato al) diritto privato e (spazio riservato al) diritto pubblico (dell'economia)⁸⁵.

A tal proposito basti solo soffermarsi, quanto ai contenuti «economici», sulle numerose delibere – specie nel settore energetico – volte a fissare autoritativamente tariffe e regimi tariffari applicabili, delibere che, manco a dirsi, hanno ultimamente acquisito un'importanza senza eguali alla luce della grave crisi energetica occorsa negli ultimi mesi; oppure, quanto invece ai contenuti «normativi», sui numerosi esempi di clausole uniformi diramate autoritativamente nel settore assicurativo⁸⁶, bancario⁸⁷, finanziario⁸⁸, energetico⁸⁹ e, finanche, nel settore dei contratti pubblici⁹⁰.

Rispetto a tale linea d'intervento è evidente che la sfida ricostruttiva rimane ancora oggi quella di comprendere in che modo le prescrizioni incidenti sulla fase funzionale del contratto possano imporsi ad un'eventuale contraria volontà delle parti (*recte*: della parte «forte»), ed è altrettanto evidente che il relativo esito è legato a doppio filo all'ulteriore questione, già detta, riguardante la corretta «collocazione» (ordinamentale) del diritto promanante dalle *Authorities*. Sfida che, nonostante l'apparente problematicità del profilo da ultimo citato⁹¹, è risolta senza troppe difficoltà dalla prevalente dottrina⁹² attraverso un richiamo al

⁸⁴ L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 127; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, *passim*; ID., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 772 ss.; G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 328 ss.

⁸⁵ Non a caso, s'è parlato a tal proposito di «pubblicizzazione del contratto», quale *species* di una più ampia «pubblicizzazione del diritto privato» (C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, II ed., Milano, 2000, 34), derivante, del resto, dall'esigenza di reagire ai fallimenti del mercato, dacché la necessità di «operare una eterodeterminazione dei fini perseguiti dai singoli operatori» [L. GIANI-A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. COCA, I ed., Torino, 2008, 509], attuata mediante una «normativa formalmente privatistica, ma sostanzialmente pubblicistica, che mira alla cura di interessi superindividuali e che, come tale, presenta carattere cogente ed autoritativo» (M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., 139).

⁸⁶ Si veda la (quasi) integrale predeterminazione da parte dell'IVASS delle clausole che compongono i contratti di assicurazione sulla vita connessi a un finanziamento: Regolamento del 3 maggio 2012, n. 40 concernente la «Definizione dei contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita di cui all'articolo 28, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27».

⁸⁷ Si vedano le già citate «Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» della Banca d'Italia che, in conformità all'art. 117 TUB, dettano, alla Sez. III, le «disposizioni in materia di forma e contenuto minimo dei contratti».

⁸⁸ Così gli artt. 37 e 38 del cit. Regolamento «Intermediari» della Consob integrano e specificano, a mo' di elenco di elementi minimi, gli artt. 23 e 24 TUF in merito ai contenuti del contratto relativo ad attività o servizi d'investimento.

⁸⁹ Si pensi alle offerte standardizzate, cc.dd. «PLACET», che i fornitori di luce e gas del mercato libero hanno l'obbligo di presentare, sulla base di condizioni contrattuali uniformi, previste con la delibera dell'allora AEEGSI 555/2017/R/com del 27 luglio 2017; o, anche, ai requisiti contenutistici imposti per i contratti del settore energetico dall'art. 11 dell'Allegato A alla citata delibera ARERA 366/2018/R/com del 28 giugno 2018.

⁹⁰ Con la previsione dei bandi-tipo e dei contratti-tipo diffusi dall'ANAC, a norma degli allora artt. 71 e 213, comma 2, del vecchio Codice dei contratti pubblici; previsione oggi confermata anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 222, comma 2).

⁹¹ Si veda M. NUZZO, *Relazione introduttiva*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della «Rassegna di diritto civile»*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2006, 336, che riconosce come, nell'attuale contesto, sempre più spesso dilagino «norme imperative di estrazione secondaria», portato, peraltro, dello «straordinario ampliamento della legislazione speciale e della normativa secondaria di rilevanza civilistica». Si veda sul tema anche E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, cit., 520 e 523, il quale s'esprime, invece, in termini di «sistema di normazione cogente di matrice amministrativa».

⁹² Propendono per tale soluzione, *ex multis*, C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione*, cit., *passim*, spec. 104 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., 162 ss.; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, 110 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indi-*



meccanismo della nullità (totale o parziale) e, se del caso, conseguente inserzione automatica di clausole, di cui agli artt. 1339, 1418 e/o 1419 cod. civ., ovvero, e direttamente, automatica integrazione regolamentare ai sensi dell'art. 1374 cod. civ.⁹³.

Ma, se innegabilmente, nella prospettiva gius-civilistica, quella dianzi citata costituisce una delle più anose *querelle*, il quadro è ulteriormente complicato dalla tendenza a che “il baricentro delle misure regolatorie (...) si sta via via spostando dal contratto (cioè dall'area dell'atto e del correlativo rapporto negoziale) al momento organizzativo stesso dell'attività imprenditoriale”⁹⁴.

Si pensi a tal proposito, tra le altre, alle prescrizioni in materia di governo societario imposte dall'IVASS al fine di adeguare i modelli di *governance* delle imprese di assicurazione ai rispettivi profili di rischiosità⁹⁵, o anche alle numerose norme *lato sensu* «organizzative» rivolte alle imprese operanti nel settore dell'investimento e contenute nei Regolamenti «Intermediari»⁹⁶ ed «Emittenti»⁹⁷ della Consob; senza, peraltro, negligenza la continua insorgenza di nuovi obblighi organizzativi derivanti da fonti, anche di *soft law*, unionali⁹⁸.

In definitiva, la regolazione dell'economia, sulla scia del sempre maggior rilievo riconosciuto al fattore organizzativo nelle diverse forme d'estrinsecazione della libertà negoziale (d'impresa)⁹⁹, non sembra più limitarsi ad una mera «conformazione» del contratto, sul presupposto (difficile da smentire) dell'identificazio-

pendenti, norme imperative e diritto dei contratti, cit., 520 ss.; e, pur in una prospettiva parzialmente diversa, discorrendo di «nullità testuale a fattispecie virtuale» e di «sindacato sui fini», G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 217 ss., spec. 226 ss. Posizione radicalmente diversa, e invero più complessa, è quella di M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., 78 ss., che propende per distinguere le conseguenze dell'inosservanza dei provvedimenti autoritativi a seconda della modalità d'intervento prescelta dall'Autorità (atti regolamentari, atti diversi e atti amministrativi generali).

⁹³ La differente prospettazione di cui nel testo dipende, com'è intuitivo, dall'eventualità che vi sia stata (primo caso) o meno (secondo caso) una estrinsecazione regolamentare dell'autonomia privata contraria alle determinazioni «autoritative».

⁹⁴ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatori»*, cit., 445 e, sui risvolti economici (*recte*: micro-economici) del fattore organizzativo, si veda invece N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999 (ivi, S. MARTUCCELLI, *Ronald H. Coase, o del neo-istituzionalismo economico*).

⁹⁵ Regolamento IVASS del 3 luglio 2018, n. 38, che, tra gli altri, si occupa del ruolo degli organi sociali, dell'adeguatezza della struttura organizzativa, del sistema di controllo interno, del sistema di gestione dei rischi e dell'idoneità alla carica degli esponenti aziendali e di coloro che svolgono le funzioni fondamentali.

⁹⁶ Si pensi alle prescrizioni contenute nell'art. 78 del cit. Regolamento «Intermediari» Consob in materia di requisiti di conoscenza e competenza del personale che esercita attività d'intermediazione.

⁹⁷ Cospicue sono le norme contenute nella Parte III del Regolamento «Emittenti» Consob, dedicate, tra l'altro, all'informazione societaria, agli assetti proprietari, all'esercizio del diritto di voto assembleare, alla composizione degli organi di amministrazione e controllo, alla tutela delle minoranze, ai patti parasociali.

⁹⁸ Ad esempio, le regole in materia di *governance* previste dall'IVASS vanno lette alla luce delle previsioni di cui alla dir. 2009/138/CE (c.d. «Solvency II»); parimenti le norme sull'organizzazione societaria e sui requisiti imposti per l'esercizio delle attività regolamentate in base alla normativa Consob si ricollegano alle previsioni di cui alla dir. n. 2014/65/UE (c.d. «MiFID II»): basti pensare al cit. art. 78 del Regolamento «Intermediari» da leggere alla luce dell'art. 25, par. 1, il quale prescrive espressamente alle imprese d'investimento “di garantire e dimostrare (...) che le persone fisiche che forniscono consulenza alla clientela in materia di investimenti o informazioni su strumenti finanziari, servizi d'investimento o servizi accessori per conto dell'impresa d'investimento sono in possesso delle conoscenze e competenze necessarie”. Ulteriori conferme di tale tendenza anche a livello europeo si ravvisano, poi, nel reg. n. 2017/1129/UE (c.d. regolamento prospetto), che, nel disciplinare il prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato preannuncia, al Considerando n. 8, che l'informativa racchiusa nel documento in parola e disposta per tutelare gli investitori non impedisce alle autorità competenti dei singoli Stati di stabilire altri requisiti “in particolare in materia di governo societario”. Si vedano, inoltre, tra gli atti di *soft law*, gli «Orientamenti sulla *governance* interna» emanate dall'EBA ai sensi della dir. n. 2019/2034/UE (c.d. «IFD»); gli «Orientamenti sulla valutazione dell'idoneità dei membri dell'organo di gestione e del personale che riveste ruoli chiave emanate» dall'EBA e dall'ESMA ai sensi dell'art. 9, par. 1, della cit. n. 2014/65/UE (c.d. «MiFID II») e dell'art. 91, par. 12, della dir. n. 2013/36/UE (c.d. «CRD IV»), tenendo tuttavia conto anche delle modifiche apportate dalla dir. n. 2019/878/UE (c.d. «CRD V»).

⁹⁹ P. CORRIAS, *Incidenza dell'impresa e conformazione del contratto di assicurazione*, in *Giust. civ.*, 2017, II, 509 ss., spec. 514-515.



ne del mercato con gli atti che vi si pongono; ma, semmai, spingendosi oltre, ipostatizza una vera e propria «conformazione» dell'autonomia privata, sul presupposto (ancóra più difficile da smentire) dell'identificazione del mercato con i suoi attori.

5. – Le superiori considerazioni, volutamente stringate, permettono a malapena – e ne siamo ben consapevoli – di comprendere l'ampia e proteiforme complessità del fenomeno regolatorio, soprattutto per quanto concerne i rapporti tra le Autorità indipendenti, il contratto e l'autonomia (anche organizzativa) dei privati. Ciononostante, dalla disamina sin qui svolta ci pare emerga una conclusione di non poco momento: l'interprete dell'oggi, che intenda approcciarsi con profitto ad un'indagine sul delicato rapporto tra autonomia privata ed etero-regolazione, è, suo malgrado, chiamato ad assolvere taluni, delicatissimi, compiti.

Essi stanno (per lo meno) in ciò:

a) nell'inquadrare preliminarmente gli strumenti di regolazione *more solito* impiegati dalle *Authorities*, valutandone soprattutto tipologia e «forza» ordinamentale;

b) nel verificare se, e in che modo, codesti strumenti siano in grado di incidere sui diversi «momenti» della vicenda contrattuale, e cioè i) se, e in che modo, siano capaci di condizionarne la fase genetica; ii) se, e in che modo, siano capaci di condizionarne la fase esecutiva; iii) se vi siano, e quali siano, le conseguenze della mancanza del prospettato condizionamento;

c) nel prendere atto della necessità, imposta dall'assolvimento dei superiori compiti, di riflettere altresì sui limiti della postulata capacità «conformativa» degli strumenti di regolazione sul contratto;

d) nel valutare infine se, e in che termini, l'assolvimento della complessiva funzione regolativa possa ritenersi assoggettata al sindacato giurisdizionale.

E se si volessero dismettere, anche solo per un istante, i comodi panni dell'osservatore, indossando invece quelli angusti dell'interprete chiamato a districarsi nelle articolate maglie della regolazione «autoritativa», ci s'avvedrebbe presto di quanto faticoso sia il percorso or ora tracciato.

5.1. – Procedendo nell'ordine fissato, e partendo quindi dal primo compito cennato, da quanto sin qui rilevato, e in particolare dal riconoscimento del rilievo acquisito, anche a livello sovranazionale, dagli atti di regolazione non normativi («*soft law*» e «giustiziali»), emerge con disillusa chiarezza che l'approccio sinora predicato – consistente nel vano sforzo di rintracciare, all'interno della intricata congerie di provvedimenti, delibere, linee-guida ed orientamenti emanati dalle Autorità indipendenti, gli atti, e quei soli atti, inquadrabili nel novero delle fonti (secondarie) dell'ordinamento, sì da poter giustificare la loro necessaria incidenza sul piano negoziale, e, da qui, sul mercato – rischia di rilevarsi per il nostro interprete del tutto infruttuoso, oltre che ampiamente distante dalla realtà.

S'ha dunque l'impressione che, pur prescindendo volutamente da ogni ulteriore questione circa la discussa legittimazione «nomopoietica» delle Autorità indipendenti¹⁰⁰, abbisogni ri-leggere il problema dell'inqua-

¹⁰⁰ Legittimazione ormai pacificamente ricondotta dalla giurisprudenza amministrativa, da un lato, nella istituzione delle *Authorities* ad opera di norme di rango primario (cfr. Cons. St., Sez. atti norm., 14 marzo 2005, n. 11603, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 528 ss., e, in tempi più recenti, Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, in *Pluris*, 2015) e, dall'altro, nell'esistenza di specifiche garanzie di coinvolgimento e partecipazione dei destinatari della regolazione, idonee a bilanciare, sotto un profilo di legalità «procedimenta-



drammento degli strumenti di regolazione, superando ogni prospettiva basata sulla tradizionale «teoretica delle fonti»¹⁰¹: il che, si badi bene, non significa totale abbandono di un approccio argomentativo più rispondente alla sicurezza e alla certezza dei traffici giuridici¹⁰², ma semplicemente riconoscimento dell'ideoneità di nuovi formanti¹⁰³ ad incidere concretamente sulla singola vicenda negoziale¹⁰⁴.

Non potrà sfuggire, del resto, che, da tempo ormai, la dottrina più sensibile al tema sembra condividere i rilievi di fondo che sorreggono il convincimento dianzi riferito: in tal senso, in uno dei più recenti contributi sul tema, è stata – a nostro parere, correttamente – evidenziata l'opportunità di ragguardare il problema degli atti di regolazione promananti dalle Autorità indipendenti seguendo un approccio «sostanziale», anziché rigidamente «formale», pur nel rispetto del (indubbiamente vincolante) principio di legalità¹⁰⁵. Del resto, già anni or sono, illustre dottrina aveva avvertito su come l'avvento delle *Authorities*, imposto dall'accelerazione degli scambi (ormai privi di ogni connotazione dialogica)¹⁰⁶, potesse minare in radice le logiche gerarchiche tradizionali, in quanto “sciolte dai lacci degli apparati legislativi, le autorità sono appunto poste in grado di provvedere, ossia di valutare volta per volta i bisogni e gl'interessi in gioco e di adottare rapidamente le misure necessarie”¹⁰⁷. Ma, ferma tale constatazione, per tale dottrina era altrettanto vero che “il legislatore non rimane inerte (...), ma partecipa alla produzione normativa rimettendo ad altro organo la determinazione di una frazione di norma”¹⁰⁸.

E se il serrato corso del ragionamento sinora apprestato non c'inganna, la medesima prospettiva deve, per necessità, estendersi oggi a tutti i «nuovi» moduli operativi della regolazione, abbracciando in particolare non solo quelle forme d'intervento comunque riconducibili a schemi di produzione normativa «convenzionali», ma anche tutte quelle ipotesi di «regolazione sommersa» o «criptoregolazione» che così sonoramente agitano – e spaventano – gli operatori economici.

le», il parziale temperamento che inevitabilmente l'attività regolatoria produce rispetto al principio di legalità «sostanziale» (Cons. St., Sez. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 600, e, in tempi più recenti, Cons. St., Sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 744, in *Pluris*, 2016).

¹⁰¹ E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, cit., 523.

¹⁰² Sulla cui indubbia centralità ed utilità si veda N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, 11 ss., spec. 12-13.

¹⁰³ È bene chiarire che nella prospettiva qui seguita non s'intende affatto aderire alla tesi, sia pure autorevolmente espressa, che, prendendo atto dell'inadeguatezza di ogni tentativo volto a incasellare gli atti delle Autorità di regolazione entro le fonti secondarie dell'ordinamento, e anche al fine di consentire un sindacato costituzionale sugli stessi, è propensa ad attribuire a questi forza di legge: così, *ex plurimis*; G. GRASSO, *Autorità amministrative indipendenti e Regioni*, cit., 809; ID., *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 233 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., 86 [se pur nel già visto senso di atti «extra ordinem» (*op. cit.*, 93)]; R. RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 147 (per il quale, gli atti delle *Authorities* sarebbero comunque «leggi derivate»); F. MERUSI-M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, cit., 186 [che, in ragione del presupposto fondamento «comunitario» della normativa «regolatoria» posta dalle *Authorities*, e del conseguente primato del diritto euro-unione, propendono per la prevalenza degli atti «regolatori» su eventuali fonti primarie domestiche con questi contrastanti (eppure, neglignendo che, di là dalla *primauté*, il diritto dell'Unione va inteso siccome integrato con i singoli ordinamenti nazionali, ponendosi semmai un obbligo nei confronti del legislatore nazionale di eliminare l'eventuale antinomia venutasi a creare)].

¹⁰⁴ Si veda, sia pure in prospettiva differente rispetto a quella qui addotta, le riflessioni svolte, più d'un ventennio fa, da P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 365: “(...) anche le *Authorities* (...) legiferano, regolamentano, introducendo così principi e regole. Ciò modifica la teoria delle fonti che non è più quella di una volta”, dacché “[s]i avverte, dunque, la necessità di costruire la teoria delle fonti in base non soltanto alla gerarchia ma alla competenza, profilo questo, a noi sconosciuto anche per tradizione costituzionale (...). La pluralità delle situazioni, invece, è tale da legittimare un concorso nella produzione della normativa”.

¹⁰⁵ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., 314 e 323 ss.

¹⁰⁶ Il riferimento corre, ovviamente, a N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 347 ss.

¹⁰⁷ M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., 78.

¹⁰⁸ M. ORLANDI, *o.u.c.*, 81.



Chiaramente, prima di giungere a tanto, si dovrà forse rimaneggiare con cura le questioni, troppo spesso sbrigativamente risolte, relative alla natura e alla estensione della riserva di legge (eventualmente) esistente in materia ai sensi dell'art. 41 (o 42-43?) Cost.¹⁰⁹.

Ma questo è un altro discorso su cui, in questa sede, non ci è dato soffermarsi.

5.2. – Procedendo innanzi, l'interprete che volesse seguire il solco da noi tracciato s'avvedrà presto che, una volta approntata la spinosa questione relativa all'inquadramento formale degli strumenti di regolazione, una seconda, cruciale, verifica si staglia all'orizzonte. Essa sta tutta in ciò, e cioè nella presa d'atto de – e nell'individuazione di una ragionevole giustificazione per – i multiformi effetti che detti strumenti di regolazione sono idonei a produrre sui diversi momenti della vicenda negoziale, da ciò che riguarda la sola fase pre-contrattuale, alle prescrizioni idonee a spiegare un effetto propriamente etero-integrativo sul contenuto regolamentare dell'atto negoziale, senza peraltro negligere il tema, non meno ostico, delle conseguenze derivanti da una possibile mancata conformazione spontanea dell'autonomia privata agli esiti della regolazione.

A tal proposito, si ricorderà, la dottrina domestica è abbastanza salda sulle (già accennate) posizioni emerse nel corso del dibattito degli ultimi decenni, e ciò sia con riguardo al mancato rispetto, da parte dei contraenti (*recte*: del contraente «forte»), degli obblighi pre-contrattuali imposti dalle Autorità di regolazione, sia con riguardo al mancato adeguamento spontaneo del regolamento contrattuale al contenuto prescrittivo dettato in sede regolatoria.

Anche su tale specifico punto, però, ci pare che, così come già sentenziato con riguardo all'inquadramento delle fonti regolatorie, siano più d'una le ragioni che, sia pure con cautela, dovrebbero condurre ad un'attenta ri-considerazione delle posizioni sin qui maturate.

Rispetto ai primi, infatti, la tesi che vorrebbe la validità dell'atto negoziale comunque insensibile al mancato rispetto degli obblighi comportamentali «regolatori» non sembra tener conto delle molteplici – e tonanti – ragioni che rendono quanto mai opportuna una convinta ri-meditazione della rigida distinzione tra regole «di condotta» e regole «di validità»¹¹⁰.

Ne è conferma, tra gli altri, il recente pronunciamento delle Sezioni unite in materia di contratti derivati di tipo *interest rate swap*¹¹¹, col quale – in maniera alquanto discontinua rispetto ai tratteggi insegnamenti – s'è concluso che la mancata osservanza degli obblighi d'informazione incombenti sul contraente «forte», e la conseguente mancata trasfusione nel regolamento contrattuale del contenuto informativo derivatone, potrebbero incidere sulla valutazione di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ., e dunque sulla vali-

¹⁰⁹ Si veda, ad esempio, la posizione di F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., 48, secondo il quale “[p]er l'intervento pubblico nell'economia la Costituzione prevede, come abbiamo visto, la riserva di legge, per la regolazione no”, sicché “il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni a una autorità regolatrice”.

¹¹⁰ Contro tale distinzione, sia pur per ragioni non celatamente «assiologiche», si veda il pregevole studio di G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*, spec. 31 ss.; sulla incertezza della distinzione detta nel testo, si veda, inoltre, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, II ed., Torino, 2005, 48 ss. Correttamente, secondo G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 41 ss. e 99 ss., ad esser entrata in crisi, per la verità, non è tanto la distinzione tra regole «di validità» e regole «di condotta», quanto piuttosto il criterio discrezionale di «non interferenza», secondo cui la nullità andrebbe negata qualora l'obbligo inadempito si innesti soltanto nella fase di formazione del contratto e non, invece, quando riguardi il contenuto essenziale del negozio, la forma e/o la legittimazione a concluderlo.

¹¹¹ Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Nuov. dir. civ.*, 2021, 1, 191 ss., con note di M. MAGGIOLÒ-G. CAPALDO-R. DI RAIMO-S. D'ANDREA.



dità dell'atto negoziale, ove, in concreto, la parte «debole» non sia riuscita ad avere contezza degli effettivi scenari probabilistici derivanti dalla «scommessa» finanziaria conclusa¹¹².

Quanto invece al mancato rispetto delle prescrizioni contenutistiche promananti dalle Autorità, la prevalente dottrina¹¹³, come già detto, risolve il problema attraverso il richiamo al meccanismo della nullità (totale o parziale) e, se del caso, conseguente inserzione automatica di clausole, di cui agli artt. 1339, 1418 e/o 1419 cod. civ., ovvero, e direttamente, automatica integrazione regolamentare ai sensi dell'art. 1374 cod. civ. Anche noi, in altra sede, c'eravamo prodigati per dimostrare la fondatezza di una siffatta conclusione¹¹⁴.

Tuttavia, volgendo oggi lo sguardo alle evoluzioni del fenomeno regolatorio, ci sentiamo di dire che questa prospettiva, per quanto indubbiamente predicabile, non è affatto necessitata come si vorrebbe.

Autorevole dottrina, infatti, già tempo addietro, aveva messo in evidenza, in maniera alquanto convincente, che le previsioni di fonte autoritativa potessero integrare “non (...) inserimento «automatico», ma obbligo delle parti di convenire la clausola, secondo il contenuto determinato dall'autorità”, giacché “[q]ui a rigore non ci troviamo dinanzi a un fenomeno di eteronormazione, ma appunto alla imposizione di un obbligo suscettibile di adempimento o inadempimento”¹¹⁵; e, più di recente, altra dottrina non ha mancato di evidenziare come l'integrazione negoziale conseguente agli atti delle Autorità potrebbe in realtà intendersi come «integrazione autentica» che impone “la predisposizione, soprattutto ad opera di colui che di fatto si trova nelle vesti del «professionista», di clausole redatte secondo il programma informativo (precontrattuale) e contenutistico (contrattuale) dettato dai provvedimenti delle Autorità indipendenti di volta in volta rilevanti”¹¹⁶.

Appare, quindi, più che mai opportuno ri-volgere una rinnovata attenzione al meccanismo integrativo operante nei settori (*recte*: contratti) «amministrati», ragguardando al concreto atteggiarsi delle dinamiche regolatorie e valutando queste anche alla luce dell'inevitabile unitarietà che oramai contraddistingue il rapporto tra *nomos* e autonomia nella definizione della complessiva vicenda negoziale¹¹⁷.

Seguendo tale itinerario, allora, più d'una perplessità potrebbe verosimilmente agitare il nostro interprete rispetto al tentativo «tradizionale» di incasellare il problema dell'incidenza «regolatoria» sul contratto entro le anguste maglie del comb. disp. artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ.¹¹⁸, risultando, invero, ben più per-

¹¹² Simile posizione era già stata espressa in Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in *Giur. it.*, 2017, 1271 ss.

¹¹³ Propendono per tale soluzione, *ex multis*, C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione*, cit., *passim*, spec. 104 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., 162 ss.; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., 110 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, cit., 520 ss.; e, pur in una prospettiva parzialmente diversa, discorrendo di «nullità testuale a fattispecie virtuale» e di «sindacato sui fini», G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, cit., 226 ss.; posizione radicalmente diversa, e invero più complessa, è invece quella di M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., 78 ss., che propende per distinguere le conseguenze dell'inosservanza dei provvedimenti autoritativi a seconda della modalità d'intervento prescelta dall'Autorità (atti regolamentari, atti diversi e atti amministrativi generali).

¹¹⁴ E. TEDESCO, *Regolazione dell'economia*, cit., 237-238.

¹¹⁵ M. ORLANDI, *Autonomia privata*, cit., 82-83.

¹¹⁶ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., 340.

¹¹⁷ Si veda, a mo' di sineddoche, le preziose considerazioni di N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 711 ss., spec. 730, il quale, nell'ambito di un più ampio discorso su una proposta di revisione dei criteri codicistici d'interpretazione, rileva come debba ormai riconoscersi che “il contenuto contrattuale è il risultato di un concorso di fonti diverse, delle quali la determinazione volitiva delle parti è una soltanto”, sì che “l'ambito di efficacia del contratto può essere definito non assumendo ad esclusivo parametro di riferimento gli interessi delle parti contraenti, ma appunto collocando questi interessi in un contesto più generale, attento dunque a finalità che si ricordano con il contratto, ma non si esauriscono nel contratto”.

¹¹⁸ Non a caso, già anni or sono, con riguardo alle prerogative «regolatorie» esercitate sui contratti «a monte» della filiera energetica dall'allora AEEG (e, in particolare, traendo spunto dalla soluzione adottata con la delibera n. 248/2004/AEEG, che aveva imposto ai grossisti-importatori un obbligo di rinegoziazione dei contratti con i venditori al dettaglio, producendo così effetti anche sui



suasivo e condivisibile quell'approccio olistico volto, in sostanza, a riconoscere che il negozio – e, per tale via, il rapporto negoziale – altro non è che “la sintesi, sul piano formale, delle determinazioni provenienti da (...) diverse fonti”¹¹⁹, tuttavia “unificate in sede di qualificazione e tutte concorrenti a comporre la fattispecie giuridica dell'atto”¹²⁰.

Peraltro, ricollegandoci alla indubbia necessità di superare l'approccio vetero-formalista in tema d'inquadramento delle fonti della regolazione, una siffatta revisione – o, comunque, ri-meditazione – pare essere suggerita anche dalla rinnovata fisionomia assunta dal fenomeno regolatorio, caratterizzato ormai, anche a livello europeo, non solo da un ripetuto impiego di strumenti d'intervento c.d. «soft», ma altresì da una sempre maggiore ingerenza sull'organizzazione imprenditoriale e sui requisiti soggettivi dei contraenti (*recte*: del contraente «forte»).

Il nostro interprete, pertanto, dovrà necessariamente indugiare anche su tali profili e rimuginare, anzi, sulla stessa possibilità di ritrarvene ulteriori argomenti a sostegno di una più attuale e non consustanziale concezione del diritto civile; una concezione, s'intende, nella quale l'autonomia privata, sempre più spesso degradata a mero atto «di impulso» negoziale¹²¹, non può (più) considerarsi un *quid* intangibile¹²².

Il che, in definitiva, potrebbe forse condurre ad abbandonare la ormai insufficiente locuzione «conformazione del contratto» in favore della più consona «conformazione dell'autonomia privata».

contratti d'importazione stipulati tra produttori esteri di energia e grossisti-importatori), autorevole dottrina aveva rilevato come il “nuovo approccio regolamentare inaugurato dall'Aeeg” avesse ormai comportato il superamento del “meccanismo basato sull'imposizione di regole imperative, a cui i privati sono chiamati ad uniformarsi, (...) mettendo in soffitta la sua logica che, nell'ordinamento italiano, trova radice nella norma *antitrust* del *Fascio* ossia nell'art. 1339 c.c.”: G. GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 2, 173 ss., spec. 176 ss.

¹¹⁹ Come rileva M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., 146 ss., “l'incremento e la pervasività delle prescrizioni regolamentari poste dalle autorità indipendenti ha comportato un'alterazione degli equilibri esistenti all'interno della gamme delle fonti di integrazione del contratto” finendo per “«togliere ossigeno» agli usi, sia normativi che negoziali”, favorendo “una produzione ed un ricambio di norme pressoché continuo, dal quale scaturiscono ricorrenti e ripetute modifiche al regolamento negoziale che risulta *in fieri*” (*op. cit.*, 147) e determinando per numerosi contratti “notevoli deviazioni dal regime (tipico) codicistico”, tanto da dar vita ad un vero e proprio “contratto «amministrato»” (*op. cit.*, 148-149). Ad ogni modo, malgrado la rilevanza, quantitativa e qualitativa, degli interventi etero-integrativi, la dottrina è tendenzialmente favorevole ad ammettere che la vicenda che risulta dall'intervento «conformativo» rimanga contrattuale (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 49 e 501 ss.), e ciò anche perché l'idea stessa che l'autonomia privata vada concepita siccome totalmente slegata da vincoli ordinamentali, ancorché derivanti dalla regolazione «autoritativa», è una *contradictio in terminis* [si veda, magistralmente, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 49, per il quale la stessa autonomia non “è da considerare come forza originaria, dotazione naturale dei singoli, *ma come fattore interno all'ordine giuridico*” (corsivo dell'A.); o, anche, P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 186, che ammonisce avvertendo che l'autonomia non va confusa con il mero «arbitrio»].

¹²⁰ Si veda, magistralmente, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 202-203, il quale, non a caso, subito prima afferma che “nell'ordinamento vigente la disciplina del rapporto che trova la sua fonte sul negozio è dettata insieme dalle *parti*, nell'esercizio del loro potere di autonomia, e dall'*ordinamento*” (corsivo aggiunto). *Contra*, sia pure non meno autorevolmente, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 50 ss., secondo cui il rapporto tra «ordinamento giuridico» e «autonomia privata» non verrebbe in rilievo guardando al contratto da un punto di vista statico, ma solo a quello dinamico, ossia dal lato degli effetti. Trattasi, tuttavia, di posizione non condivisibile, soprattutto alla luce dell'attuale contesto socio-ordinamentale, anche perché – come ben evidenziato da A. MATTIA SERAFIN, *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo contrattuale*, Napoli, 2021, 224 – un tale approccio presuppone la conclusione, allo stato difficilmente sostenibile, che il primo punto di vista “possa interessare più il «sociologo» che il «giurista»”.

¹²¹ Così, magistralmente, N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., 359 (conclusione, peraltro, condivisa anche da chi segue diversa prospettiva: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 322 ss.).

¹²² Si veda N. IRTI, *Contratto e fonti regolative*, in *Contratti dell'energia e regolazione*, cit., 1, per il quale (giustamente) “[l']autonomia privata non è un dogma, ma una creatura del tempo”; e ciò perché “*le fonti regolative non trovano il contratto, ma fanno il contratto*, il quale non progredisce né regredisce, non si espande e non si ritrae, ma è, di epoca in epoca, così come è conformato dalle fonti regolative” (corsivo dell'A).



5.3. – Una volta completati i faticosi compiti innanzi descritti, il nostro interprete, non ancora pago, non potrà di certo rifuggire l'ulteriore interrogativo relativo ai limiti (interni ed esterni) alla etero-conformazione «regolatoria» e, in generale, al problema dei controlli, in termini gius-civilistici, sulle modalità di esplicazione di tale delicata funzione.

Sul punto è già stato autorevolmente proposto di ravvisare nei canoni di «ragionevolezza» e di «proporzionalità», letti anche alla luce del criterio di «sussidiarietà orizzontale»¹²³, i parametri fondamentali per scongiurare eventuali derive «regolatorie» da parte delle *Authorities*¹²⁴; parametri, nella specie, da utilizzare al fine di ammettere un eccentrico controllo di meritevolezza¹²⁵ (o di liceità¹²⁶) sul singolo contratto «conformato», sì da realizzare, di riflesso, anche quel controllo «a monte» che pare difettare con riguardo all'intervento autoritativo in sé.

Senonché, a noi pare che un simile approccio, pur nella convinta adesione ad una metodologia che non sminuisca il ruolo cardine ormai assunto dal formante «principialistico»¹²⁷, rischi di condurre ad esiti non propriamente soddisfacenti¹²⁸. E ciò non tanto per quell'argomento¹²⁹ – evidentemente non invocabile nel nostro caso¹³⁰ – che ritiene addirittura «abusivo» l'uso diretto dei principi costituzionali nei rapporti tra privati, ma soprattutto perché la riconosciuta (ed innata) «polisemia»¹³¹, «indeterminatezza»¹³² e «ambiguità»¹³³ che connota i parametri suesposti mal si concilierebbe con le esigenze di certezza e sicurezza che il

¹²³ M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., 206 ss.

¹²⁴ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., 455 ss.

¹²⁵ Si veda P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., 217 ss.; nota è la posizione di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 611 secondo cui “[i]l giudizio di meritevolezza dell’atto deve essere espresso alla luce dei principi fondamentali dell’ordinamento e dei valori che lo caratterizzano”.

¹²⁶ Secondo un approccio volto a distinguere il controllo di liceità da quello di meritevolezza (sulla differenza qualitativa tra i due, comportando il primo un giudizio «in negativo» e il secondo una valutazione «in positivo», si veda A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, III ed., Torino, 2009, 207.

¹²⁷ Sul tema si veda, da ultimo, l'autorevole riflessione di F. ADDIS, *Argomentazione «per principi» e individuazione della fattispecie «a posteriori»*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 3, 5 ss.

¹²⁸ Il tutto pur prescindendo dall'ulteriore ostacolo, tutt'altro che secondario, rinvenibile nella normativa consumeristica, che esclude dal giudizio di vessatorietà le clausole meramente riprodotte di disposizioni di legge (art. 34, comma 3, cod. cons.); sul tema e sulla necessità di ricomprendere – anche, e soprattutto, alla luce dell'art. 1, part. 2, dir. n. 93/13/CEE [che parla di altresì di «disposizioni (...) regolamentari»] – nella locuzione «disposizioni di legge» anche le norme di rango secondario, si veda, *ex plurimis*, P. SIRENA, *Art. 1469-ter, comma 3*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, 602; e, in giurisprudenza, Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Banca borsa tit.*, 2010, II, 687 ss., con nota di S. CORRADI, *Brevi riflessioni sui profili probatori e risarcitori in tema di responsabilità da inadempimento dell'intermediario finanziario*; ed in *Danno resp.*, 2009, 506 ss., con nota di V. SIRGIOVANNI, *La Cassazione interviene di nuovo sulle norme di condotta degli intermediari finanziari*.

¹²⁹ Così A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, 747 ss. (sulla «proporzionalità», spec. 753-757; sulla «ragionevolezza», spec. 757-760).

¹³⁰ S'intende siccome connotato da un intervento, sia pure mediato ed *ab externo*, di un «regolatore» indipendente indubbiamente assoggettato a norme pubblicistiche: e, invero, si veda A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 338, il quale, con riguardo alla «proporzionalità», afferma che “il principio di proporzionalità trova applicazione in tutti i casi in cui vi sia esercizio di potestà da parte di una pubblica amministrazione o, più ampiamente, da parte di un soggetto che pone in essere attività amministrativa” (corsivo aggiunto), dacché la conclusione, ripresa dalla dottrina cit. nella nota precedente, della “inapplicabilità del principio all'attività di diritto privato” (similmente, già in tempi non sospetti, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, 1965, 367, nt. 523, secondo cui detto criterio presupporrebbe uno «intervento autoritativo»).

¹³¹ A. MORRONE, *Principio di ragionevolezza e definizione di «diritto»*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE-A. SPADARO, Torino, 2002, 285.

¹³² S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, 37.

¹³³ G. SCACCIA, *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *La ragionevolezza*, cit., 387 ss., spec. 393, ove la «ragionevolezza» è definita “sfuggente, polimorfa e ambigua” (tanto da venir sovente definita attraverso un linguaggio «perifrastico»: ID., *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 1).



mercato innegabilmente richiede¹³⁴, ancor più quando a venire in discussione è la delicata funzione di regolazione su di esso incidente¹³⁵.

La strada da percorrere, allora, potrebbe forse essere altra.

Posto che non è peregrino ravvisare il fondamento degli interventi di conformazione – o, almeno, di una parte consistente di essi¹³⁶ –, anche sull'organizzazione dell'impresa, nell'art. 41 Cost.¹³⁷, e precisamente nella clausola di «utilità sociale» ivi prevista, il passo naturalmente successivo potrebbe essere quello di riconoscere nella stessa clausola, non solo il fondamento della potestà conformativa, ma altresì il limite di tale potestà, normalmente assunto e specificato – s'intende – attraverso le norme di rango primario attributive delle funzioni regolatorie.

D'altronde, già tempo addietro, ineguagliabile maestro aveva dimostrato come la formula «utilità sociale» dovesse intendersi quale “formula verbale riassuntiva di una serie di interessi a rilievo sociale”¹³⁸ e come, pertanto, compito dell'interprete fosse proprio quello “di individuare (...) quali sono gli interessi che nel settore dei rapporti economici emergono sul piano formale accanto a quelli del soggetto che pone in essere l'attività economica e in che modo si realizzi fra loro l'equilibrio”¹³⁹.

Alla luce di tale percorso argomentativo, si potrebbe quindi sostenere – ma, chiaramente, si tratta qui d'un semplice abbozzo – che proprio la clausola di «utilità sociale» possa rappresentare il parametro di giudizio, il punto d'equilibrio tra l'ampiezza e la pervasività degli interventi conformativi delle Autorità e l'assetto d'interessi in concreto perseguito dai privati¹⁴⁰.

¹³⁴ Si veda, sia pure in prospettiva non velatamente assiologica, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, 334 ss., e ora in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. FERRONI, Napoli, 2002, 441 ss., spec. 447, che definisce come «riconosciuta» l'operatività, in ispecie, del principio di «proporzionalità» “nel mercato, nel libero mercato”.

¹³⁵ In generale su tali rischi si veda, per tutti, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*, spec. 16-17. Invero, anche la dottrina più favorevole ad ammettere una diretta applicazione dei canoni di «ragionevolezza» e «proporzionalità» nei rapporti tra privati (in ispecie negoziali), non fa mistero di tutte le contraddizioni che, già in punto di teoria generale, una tale operazione comporta. Ne dà riprova la conclusione cui, di recente, è giunta giovane (sia pure già autorevole) dottrina (A. MATTIA SERAFIN, *La presupposizione*, cit., 249-250), che, nel tentativo (invero, notevole) di ricostruire la discussa figura della «presupposizione» quale «tecnica argomentativa composita» ispirata a «ragionevolezza» e «proporzionalità» (*op. cit.*, 258 ss.), riconosce che “«durante» l'incessante attività ermeneutica, sollecitata dalla dialettica euristica tra norma e fatto” i suddetti principi “(...) p[ossono] assumere ora la forma della «clausola generale» (...), ora la forma di un «criterio argomentativo»“, risultando così frustrate le esigenze cui si faceva riferimento nel testo (per la difficile qualificazione dei suddetti «parametri», si veda già prima S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, II ed., Milano, 2016, 1, il quale, con più specifico riferimento alla «ragionevolezza», constata che essa è “definita di volta in volta principio, clausola generale, standard, parametro, criterio di valutazione”).

¹³⁶ Invero, corre l'obbligo di precisare che, accanto all'art. 41 Cost., altre norme e altri interessi d'indubbia rilevanza costituzionale ed europea potrebbero ben rappresentare il fondamento legittimante gli interventi di etero-conformazione sul contratto e, a monte, la stessa esistenza delle Autorità indipendenti da cui questi promanano. Così, senza pretese di esaustività, si possono ricordare le previsioni di cui agli art. 47 Cost. che, nel sancire la tutela del risparmio in tutte le sue forme, ben potrebbero rappresentare fondamento delle funzioni regolatorie ed etero-integrative attribuite alla Banca d'Italia (e, *sub specie*, anche alla Consob o all'IVASS); ancora, l'art. 21 Cost., su cui fondare l'attività dell'AGCOM; o, addirittura, l'art. 2 Cost., in relazione agli interventi del Garante per la protezione dei dati personali. In ogni caso, sul tema della «copertura» costituzionale ed euro-unionale dell'attività regolatoria si vedano, *ex plurimis*, S. BATTAINI-G. VESPERINI, *Indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale in Arbitri dei mercati*, cit., 73 ss.; G. GITTI-P. SPADA, *La regolazione di mercato come strategia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 16 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., 33 ss.

¹³⁷ Così anche M. ANGELONE, *op. ult. cit.*, 34.

¹³⁸ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 81.

¹³⁹ M. NUZZO, *o.l.c.*

¹⁴⁰ Peraltro, lo stesso A., quasi premonendo l'avvento dei proteiformi moduli operativi delle *Authorities*, avvertiva che le molteplici combinazioni tra interessi compendiabili sotto la clausola di «utilità sociale» e atti a contenuto patrimoniale “difficilmente possono essere fissate da uno strumento rigido qual è la legge” (*op. loc. cit.*, 58).



Con l'ovvia, ma dovuta, precisazione che un siffatto parametro, ove correttamente ragguardato alla stregua della sua innegabile polifunzionalità, consentirebbe, per vero, un duplice complementare sindacato.

Il primo, in sede di giudizio di costituzionalità, tendente a vagliare la congruenza della norma di rango primario attributiva di funzioni «regolatorie» all'Autorità e l'interesse di volta in volta costituzionalmente riconducibile al concetto di «utilità sociale»; congruenza che, per accidente (tutt'altro che infrequente), potrebbe in concreto difettare ove la legge istitutiva di una *Authority* si limiti a riconoscere a questa poteri normativi senza però esplicitarne i relativi contenuti (o, peggio, non riconosca espressamente neppure poteri di tal fatta).

Il secondo, invece, affidato al giudice ordinario e volto nella sostanza a valutare, per il tramite d'un giudizio comparativo fra l'assetto negoziale risultante all'esito dell'intervento «conformativo» e l'interesse specificamente rilevante in termini di «utilità sociale», il corretto esercizio dei poteri «regolatori» da parte dell'Autorità; ché, se questi ultimi non dovessero risultare giustificati alla stregua dell'interesse concretamente ritenuto prevalente sotto un profilo costituzionale, il vizio s'estenderebbe anche all'atto d'autonomia privata, a meno che non s'obliteri, prescindendone, l'intervento, «indipendente» ma pur sempre amministrativo, operato sul contratto¹⁴¹.

5.4. – Da ultimo, arrivati al termine delle fatiche che (forse immeritadamente) abbiamo voluto assegnare all'interprete dell'oggi, non potrà di certo essere ignorato il complesso tema del sindacato giurisdizionale sugli atti e, in genere, sull'attività regolatoria svolta dalle Autorità a ciò deputate, non foss'altro perché trattasi di tema che implica, ed è a sua volta implicato da, tutti i compiti che abbiamo sopra cennato: dall'analisi sulle fonti della regolazione a quella sugli strumenti regolatori, dall'indagine sul rapporto tra l'autonomia privata e l'operato autoritativo a quella sui limiti di tale operato.

Le soluzioni prospettabili in materia sono, per cattiva sorte del nostro interprete, ampiamente incerte¹⁴², e ciò anche per via di una serie di limiti, tutti strutturalmente connaturati al nostro ordinamento, quali l'esistenza di una pluralità di giurisdizioni¹⁴³ e la presenza – tra queste – di un giudice dedicato (il giudice amministrativo)¹⁴⁴, che tuttavia appare ancora oggi eccessivamente legato a logiche di tipo impugnatorio.

¹⁴¹ Questa, in sostanza, la conclusione che l'illustre dottrina dianzi citata arriva a formulare: “[l]’individuazione degli interessi riassunti nella formula [«utilità sociale»] consente alla Corte costituzionale, in sede di accertamento della legittimità costituzionale della legge ordinaria, di valutare, in relazione alle situazioni in concreto disciplinate, la congruenza fra la norma sottoposta al suo esame e l’interesse costituzionalmente tutelato. Al giudice ordinario, in sede di accertamento della validità dell’atto [negoziale], di valutare il contrasto fra la concreta funzione di quel negozio e l’interesse sociale prevalente”: M. NUZZO, *o.u.c.*, 83.

¹⁴² Per avvedersene, basti qui ricordare che autorevole dottrina s’è interrogata, ad esempio, sui caratteri che deve avere il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, e sui relativi parametri alla stregua dei quali esso deve essere condotto, arrivando alla conclusione che, da un lato, il giudice dovrebbe dapprima verificare il rispetto delle norme procedurali, ma, dall’altro, spingersi oltre, giungendo sino al terreno della discrezionalità (così A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 640 ss. e 644 ss.). Tuttavia, come autorevolmente evidenziato, la discrezionalità di cui godono le *Authorities* è talmente lata da sfociare nella «politicità», dacché “la classica garanzia messa in campo dalla giurisdizione vacilla” (M. ANGELO, *o.u.c.*, 86-87). Per ovviare all’*impasse*, è stato allora proposto di assicurare l’effettività della giurisdizione attraverso un controllo di «rispondenza» ai «principi generali dell’azione amministrativa» e, in particolare, mediante una valutazione in termini di «ragionevolezza», «adeguatezza» e «proporzionalità» delle determinazioni adottate rispetto agli obiettivi regolatori da raggiungere (così, pressoché in termini, F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti*, cit., par. 4, che discorre di necessità di “vagliare la regola posta dall’autorità nella sua intrinseca ragionevolezza anziché limitarsi a guardarla attraverso la lente d’ingrandimento – davvero troppo riduttiva – della conformità alla fonte superiore secondo il principio di legalità”, e ciò malgrado il sindacato condotto in base a tale ultimo principio “possa sembrare in sé più rigoroso”; sul tema si veda anche F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 191 ss.).

¹⁴³ Il tema, com’è ovvio, s’interseca all’ulteriore, delicata, questione relativa all’eventuale scrutinio da parte della Corte costitu-



Tali profili ordinamentali, è evidente, mal s'attagliano con le necessità imposte da un effettivo «*judicial review*» sull'operato delle Autorità indipendenti¹⁴⁵, e chiamano in causa, al contempo, l'ormai improcrastinabile esigenza di una matura riflessione sull'effettività della tutela giurisdizionale anche rispetto alla «regolazione» in sé considerata.

6. – Giunti all'epilogo del faticoso viaggio nella regolazione, l'interprete dell'oggi, così come anche il lettore, potrà forse rimanere deluso della diffusa mancanza di risolutività nelle diverse questioni discusse, e che, non a caso, abbiamo inteso presentare sotto forma di veri e propri «còmpiti» per chi abbia la voglia (ed il coraggio) di vagliare lo spinoso rapporto tra autonomia privata e regolazione del mercato.

Tuttavia, l'approccio da noi seguito ci è stato suggerito dall'esigenza, che reputiamo doverosa da considerare quando s'affronta una materia sì tanto articolata come quella regolatoria, di dismettere qualsiasi «ansia» classificatoria, prediligendo, invece, una maggiore cautela ed umiltà di indagine.

Non foss'altro perché qualsiasi soluzione, quantunque parziaria o tematicamente de-limitata, avrebbe un retrogusto dolcemente amaro, rappresentando, non solo un presuntuoso tentativo di tirar fuori dal cilindro nulla più di un «*trompe-l'œil*», ma soprattutto per il problematico rapporto che avvince «auto-» ed «etero-nomia» in ambito negoziale, e la cui sicura implicazione nel tema in discorso ci restituisce plastica sintesi dell'elevato grado di problematicità di cui anch'esso finisce per colorarsi.

Una «*excusatio non petita*»? Forse.

Ma di certo, per chiunque provi a cimentarsi nel tema, non una «*accusatio manifesta*».

zionale degli atti adottati dalle Autorità indipendenti e, in particolare, degli atti aventi carattere «normativo». Sul punto taluno ha sostenuto che, anche in base agli indici ritraibili dall'ordinamento attualmente vigente, potrebbero esistere margini per predicare un sindacato di costituzionalità sugli atti delle *Authorities* (così M. ANGELONE, *o.u.c.*, 89 ss.). Senonché, a noi pare che gli argomenti portati a sostegno di una siffatta conclusione, già di per sé fragili, dimostrino tutti i loro limiti ove si considerino attentamente i tratti del fenomeno «regolatorio». Anzitutto, l'assunto che il lemma «legge» di cui all'art. 134 Cost. possa ricomprendere al suo interno anche atti normativi di rango non primario, oltre a scontrarsi contro l'indubbio modello di sindacato costituzionale accolto dal nostro Costituente, ignora – o, meglio, oblitera – tutte le delicate questioni, già sopra viste, relative alla collocazione degli atti delle Autorità entro la tradizionale gerarchia delle fonti. Quanto, poi, all'ulteriore argomento secondo cui la Corte costituzionale avrebbe comunque aperto il proprio sindacato alle norme contenute in fonti secondarie, e in particolare a quelle contenute nei regolamenti cc.dd. «integrativi», basti rilevare che, così ragionando, si omette completamente di considerare la marcata differenza che intercorre tra codesti regolamenti e gli atti «normativi» di regolazione, che, come già ricordato, sono ampiamente disancorati dalle fonti primarie su cui (eventualmente) possono fondarsi in termini di «legittimazione».

¹⁴⁴ Giustappunto elevato a «giudice dell'economia»: A. SANDULLI, *Gli strumenti di controllo*, in *Il sistema amministrativo italiano*, cit., 363 ss., spec. 376.

¹⁴⁵ Si veda, ad esempio, L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2015, 406 ss., che, non a caso, prospetta l'esigenza di strumenti e tecniche che favoriscano una interazione tra giudice amministrativo e Autorità indipendenti al fine di accrescere la consapevolezza del primo sull'impatto sia economico che sociale degli atti di regolazione oggetto di scrutinio.



MATTEO BOSELLI

Dottore di ricerca – Università degli Studi di Parma

PAGAMENTO AL CREDITORE APPARENTE E FRODI INFORMATICHE

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive.* – 2. *Alcune osservazioni preliminari sul destinatario del pagamento.* – 3. *Cenni sull'apparenza giuridica.* – 4. *Il pagamento al creditore apparente.* – 5. *I presupposti applicativi dell'art. 1189, comma 1, cod. civ. Le così dette «circostanze univoche».* – 6. *La «buona fede» del solvens.* – 7. *Il pagamento al rappresentante apparente; in particolare, la posizione della giurisprudenza.* – 8. *Le frodi informatiche.* – 9. *Il fenomeno del così detto «man in the middle».* – 10. *Considerazioni conclusive.*

1. – L'esigenza di indagare la fattispecie del pagamento al creditore apparente, in relazione al tema delle frodi informatiche, si rannoda al (sempre più) frequente impiego, nell'odierna prassi negoziale, specie nel contesto del commercio elettronico, di evoluti strumenti di pagamento informatici, com'è a dirsi, a titolo di esempio, per le comuni carte di credito e di debito oppure per i bonifici bancari.

L'incessante diffusione degli scambi commerciali sul *web* e dei servizi di pagamento *on line*, ha favorito, infatti, la proliferazione, nell'attuale pratica degli affari, delle così dette «frodi informatiche», sicché si rivela opportuno esaminare, sotto il profilo civilistico, quali conseguenze giuridiche possano prospettarsi nell'eventualità in cui il debitore esegua la prestazione in favore di un soggetto che, attraverso sofisticate tecniche di sottrazione dell'identità digitale, si sia presentato quale legittimo destinatario del pagamento.

Nelle correnti pratiche commerciali, invero, accade, oramai con significativa ricorrenza, che il debitore di un'obbligazione pecuniaria esegua il pagamento, in dipendenza di una frode informatica, a vantaggio di un creditore soltanto “apparente”; nel qual caso, si porrà, intuitivamente, l'interrogativo, se il debitore possa ritenersi liberato dall'obbligazione, ai sensi dell'art. 1189, comma 1, cod. civ., oppure se sia tenuto a effettuare il pagamento, altresì, in favore del “vero” creditore.

Le frequenti occasioni di contenzioso, suscitate dalla sempre maggiore diffusione delle truffe digitali, forniscono, pertanto, l'occasione per una riflessione su un istituto di carattere generale, quale è il pagamento al creditore apparente, che sembra destinato a trovare oggi una spiccata applicazione pratica e a prestarsi a soluzioni eterogenee, tagliate sulle diverse fattispecie concrete.

2. – L'indagine della figura del creditore apparente, inserita nella cornice delle frodi informatiche, non può che essere preceduta da alcune considerazioni preliminari circa il destinatario del pagamento, che, come



è noto, raffigura il soggetto legittimato a ricevere il pagamento, ovvero il titolare del potere di accettare la prestazione, con effetto estintivo del rapporto obbligatorio¹.

Ebbene, l'art. 1188, comma 1, cod. civ. consegna la regola secondo la quale il pagamento deve essere effettuato al creditore o al suo rappresentante oppure alla persona indicata dal creditore o autorizzata dalla legge o dal giudice a riceverlo².

La legittimazione a ricevere il pagamento, pertanto, coincide, di regola, con la titolarità del credito, sicché il debitore, di norma, è tenuto a eseguire la prestazione direttamente al creditore; non di meno, vi sono alcune ipotesi nell'ambito delle quali la legittimazione a ricevere il pagamento è dissociata dalla titolarità del credito, o per volontà del creditore, il quale abbia incaricato un suo rappresentante o indicato – come legittimato a ricevere il pagamento – un soggetto diverso, oppure per volontà della legge o per decisione del giudice³.

Quanto al rappresentante⁴, il relativo potere viene conferito mediante procura, con la precisazione che, secondo il consolidato insegnamento della Suprema Corte di Cassazione, l'art. 1392 cod. civ. – in base al quale la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere – trova sì applicazione, in forza del rinvio contenuto nell'art. 1324 cod. civ., rispetto agli atti unilaterali negoziali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, epperò non già rispetto agli atti giuridici «in senso stretto» o «meri atti giuridici», quale è la ricezione della prestazione, il cui compimento non soggiace a criteri di validità formale⁵, sicché la rappresentanza a ricevere l'adempimento, con effetto liberatorio per il *solvens*, ai sensi dell'art. 1188, comma 1, cod. civ., può risultare anche da una condotta concludente, a sua volta dimostrabile con ogni mezzo, incluse le presunzioni⁶.

¹ In generale, sul destinatario del pagamento, si vedano, almeno: R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, s. d., ma 1958, 560 ss.; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1994, 233 ss.; C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. IX, t. 1, Torino, 1999, II ed., 108 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, dir. da N. Lipari-P. Rescigno, coord. da A. Zoppini, vol. III, *Obbligazioni*, t. 1, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, 161 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2018, II ed., 23 ss.

² Al riguardo, si vedano, almeno: R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 560 ss.; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 233 ss.; C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., 108 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 161 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 24 ss.

³ Sul punto, v., per tutti, G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 161 ss., il quale rammenta come, di là della previsione contemplata dall'art. 1188, comma 1, cod. civ., siano presenti nell'ordinamento giuridico anche altre ipotesi in cui il creditore difetta della legittimazione a ricevere la prestazione, com'è a dirsi, a titolo di esempio, nel caso di incapacità del creditore (art. 1190 cod. civ.) o di suo fallimento (art. 44 l. fall.) [oggi, liquidazione giudiziale (art. 144 del d.lgs. n. 14/2019)].

Sul punto, si veda anche M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 120 ss.

⁴ Per un approfondimento sul rappresentante del creditore, si legga, almeno, M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 49 ss., *ivi*, numerosi richiami, la quale puntualizza che «l'esistenza di un procuratore all'incasso non impedisce al *dominus* di ricevere la prestazione personalmente e di esigerla».

Riguardo alla rappresentanza, in termini generali, è imprescindibile il richiamo a: W. D'AVANZO, voce *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, s. d., ma 1967, 801 ss.; V. DE LORENZI, voce *Procura*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XV, Torino, s. d., ma 1997, 318 ss.; M. GRAZIADEI-R. SACCO, voce *Sostituzione e rappresentanza*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVIII, Torino, s. d., ma 1998, 616 ss.

⁵ In generale, sulla forma dei negozi, si leggano, almeno: N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, *passim*; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*.

In tema, v., inoltre, F. ADDIS, *La forma*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di G. Amadio-F. Macario, vol. I, *Parte generale. Le obbligazioni. Il contratto. Il fatto illecito e le altre fonti dell'obbligazione*, Bologna, 2014, 618 ss.

Si rivela di perdurante interesse, infine, il contributo di G. BONILINI, *La forma del mutuo dissenso*, nota a Cass. civ., 7 marzo 1997, n. 2040, in *Contratti*, 1997, 546 ss.

⁶ Si esprime, in questi termini, Cass. civ., 9 ottobre 2015, n. 20345, in *Banca dati De Jure*.

In senso conforme, cfr. Cass. civ., 15 maggio 2018, n. 11737, in *Banca dati De Jure*.



A differenza del rappresentante, il quale è legittimato a esigere il pagamento in nome e per conto del creditore, la «persona indicata dal creditore» (o indicatario di pagamento, o *adiectus solutionis causa*)⁷ è autorizzata esclusivamente a ricevere la prestazione, e non anche a pretendere l'adempimento, in quanto rimane sostanzialmente estranea al rapporto obbligatorio; infatti, diversamente da quanto accade nel contesto della rappresentanza, in cui il creditore affida a un suo rappresentante la riscossione del credito, mediante l'indicazione di pagamento⁸, il creditore si limita a dichiarare al debitore colui che è legittimato a ricevere il pagamento, con la conseguenza che il debitore, una volta eseguita la prestazione nei confronti dell'indicatario, è liberato dall'obbligazione⁹.

L'indicazione di pagamento, peraltro, va tenuta distinta, a sua volta, dalla delegazione attiva di pagamento¹⁰, per il solo effetto della quale si determina una modificazione soggettiva nel lato attivo del rapporto obbligatorio, in quanto, suo tramite, il creditore (delegante) incarica il debitore (delegato) di eseguire la presta-

In generale, sulle presunzioni, v., almeno, S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 891 ss.

⁷ Riguardo all'indicatario di pagamento, si veda, per tutti, M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 68 ss.

⁸ Secondo M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 72 ss., l'indicazione di pagamento «è una dichiarazione effettuata dal creditore al debitore, anche in modo implicito e senza vincoli formali (ad esempio attraverso la previsione di un conto corrente postale o bancario sul quale eseguire il versamento della somma di denaro dovuta), con la quale il primo individua una persona che riceva la prestazione *per lui*», e, strutturalmente, si configura «come un atto unilaterale recettizio, rivolto dal creditore al debitore, a contenuto partecipativo (la comunicazione degli estremi del soggetto avente la legittimazione a ricevere per lui, utili per realizzare il pagamento nelle sue mani)».

⁹ Sul punto, si veda C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2019, III ed., 43.

Sulle differenze tra rappresentanza e indicazione di pagamento, v.: R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 561; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 247 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 163 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 68 ss., la quale precisa che, a séguito dell'indicazione di pagamento, viene attribuita, al *solvens*, la facoltà alternativa di pagare nelle mani dell'indicatario, anziché solo in quelle del creditore (il quale non potrebbe rifiutare la prestazione), con piena efficacia liberatoria.

In giurisprudenza, si veda Cass. civ., 23 giugno 1997, n. 5579, in *Banca dati De Jure*, secondo la quale, l'incaricato a ricevere il pagamento, ai sensi dell'art. 1188, comma 1, cod. civ., è persona diversa sia dal rappresentante sia dal mandatario del creditore, trattandosi di soggetto cui viene conferito esclusivamente il (limitato) potere di ricevere la prestazione e i relativi atti allo stesso inscindibilmente connessi, così che quello scaturente dalla indicazione operata dal creditore non può ritenersi un potere rappresentativo in senso tecnico.

Nel senso che gravi sul debitore, in caso di contestazioni, l'onere di provare che il creditore gli avesse indicato il terzo quale *adiectus solutionis causa*, v. Cass. civ., 13 gennaio 2012, n. 390, in *Banca dati De Jure*.

¹⁰ Come è noto, il Codice civile disciplina soltanto la delegazione passiva (art. 1268 cod. civ.); si ritiene, tuttavia, che le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, possano ricorrere, altresì, alla delegazione attiva (o di credito). Sul punto, nella manualistica, v., almeno, A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2021, XXV ed. a cura di F. Anelli-C. Granelli, 419 ss.

Riguardo al concetto di autonomia privata, si legga N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 555 ss., ad avviso del quale, «a ben vedere, il discorrere, che si fa da giuristi e politici, di un allargare o restringere, proteggere o limitare, l'autonomia privata, è un discorrere illogico e improprio. Non c'è un'autonomia originaria e naturale, che il diritto manipoli e lavori, ma soltanto l'autonomia definita dalla legge in un dato momento storico. Essa è, ed è soltanto, autonomia normativa, storica della stessa mutevole storicità delle norme che, di tempo in tempo, la definiscono e determinano. L'autonomia privata designa soltanto una classe tipica di fattispecie, prevista da norme, che dispongono gli effetti secondo il contenuto deciso dalle parti. Una tecnica normativa di costruzione di fattispecie ed effetti».

Sull'autonomia privata come autonomia negoziale, si veda, inoltre, P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, 2021, 125 ss.

Sul tema, è imprescindibile anche il richiamo a G. PERLINGIERI, *Il diritto civile tra principi e regole. Autonomia negoziale*, Napoli, 2015, *passim*.

Sull'autonomia testamentaria, v., almeno: A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 39 ss.; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, *passim*; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, (ristampa, Napoli, 2018), *passim*; G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, 789 ss.; P. RESCIGNO, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, I, 437 ss.; F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022, 1 ss.

In tema, v., inoltre, N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 927 ss.



zione in favore di un terzo (delegatario), il quale non riceve il pagamento nell'interesse del creditore (delegante), bensì nell'interesse proprio¹¹.

L'ultimo inciso del comma 1 dell'art. 1188 cod. civ. contempla, infine, i destinatari del pagamento su base legale o giudiziale; vale a dire, coloro i quali sono autorizzati a ricevere il pagamento in forza di una disposizione normativa o di un provvedimento giudiziale¹².

Tanto premesso, il capoverso dell'art. 1188 cod. civ. disciplina, invece, l'eventualità in cui il debitore esegua la prestazione nelle mani di un soggetto che non rientri in alcuna delle categorie contemplate dal primo alinea del medesimo articolo, stabilendo che il pagamento effettuato in favore di chi non fosse legittimato a riceverlo libera il debitore soltanto se il creditore lo abbia ratificato o, comunque, ne abbia approfittato¹³.

L'efficacia liberatoria del pagamento a soggetto non legittimato presuppone, quindi, alternativamente, la ratifica o l'approfittamento da parte del creditore¹⁴; in assenza di anche uno solo di codesti elementi, il pagamento soggettivamente irregolare non acquisterà efficacia liberatoria, bensì originerà un'ipotesi di indebito soggettivo *ex latere accipientis*, con la conseguenza che il *solvens* potrà pretendere, nei confronti dell'*accipiens*, la restituzione di quanto indebitamente pagato¹⁵.

3. – Al cospetto della figura del creditore apparente, diviene imprescindibile il richiamo alla nozione di apparenza giuridica, o *apparentia iuris*, la quale è stata eloquentemente descritta da un interprete come «situazione di fatto che manifesta come reale una situazione giuridica non reale»¹⁶.

¹¹ In tal senso, v. C. NOBILI, *Le obbligazioni*, cit., 43.

Sulle differenze tra l'indicazione di pagamento e la delegazione di pagamento, v., altresì, A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 255 ss.

¹² Sul punto, v., almeno: G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 164 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 86 ss., ad avviso della quale appartiene alla prima categoria, a titolo di esempio, l'esecutore testamentario (art. 703 cod. civ.), mentre è riconducibile alla seconda, sempre a titolo esemplificativo, il sequestratario nominato dal giudice ex art. 1216, comma 2, cod. civ.

¹³ Sulla fattispecie contemplata dal comma 2 dell'art. 1188 cod. civ. si vedano: R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 561, ad avviso del quale: «La disposizione del cpv. dell'art. 1188 trova la sua ragione, per una ipotesi, nei principi generali della ratifica (il creditore, approvando l'agire di colui che ha ricevuto il pagamento, fa propri gli effetti dell'agire medesimo, sanando con effetto *ex tunc* il difetto originario di legittimazione), e, per l'altra, nei principi dell'arricchimento, che trovano ragione di essere applicati una volta che risulti essersi la utilità, derivante dall'attività solutoria del debitore, egualmente prodotta a vantaggio del creditore (*utilis versio*)»; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 266 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 165 ss., secondo il quale «per approfittamento deve intendersi sia la circostanza che il pagamento è comunque pervenuto nel patrimonio del creditore sia quella che, sebbene indirizzato al non legittimato, il creditore abbia ritratto dall'adempimento un risultato favorevole o un incremento patrimoniale (si pensi al pagamento effettuato dal debitore al creditore *ex art.* 1216, comma 2, cod. civ. il quale consegue l'utilità economica della liberazione da un proprio debito)»; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 88 ss., ad avviso della quale la ratifica si prospetta «quale atto unilaterale del creditore, che potrà essere dedotto implicitamente da comportamento concludente, non necessitando di una forma particolare, a carattere recettizio».

¹⁴ In tal senso, v.: G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 165 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 88 ss.

In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 5 giugno 2007, n. 13113, in *Banca dati De Jure*, secondo la quale la prova che il creditore abbia ratificato il pagamento, oppure ne abbia approfittato, deve essere fornita dal *solvens*, il quale invochi la liberazione dal debito.

¹⁵ In questi termini, si veda A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 430.

¹⁶ Così, A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, s. d., ma 1958, 685 ss., ad avviso del quale «si parla, appunto, di apparenza giuridica, di apparenza del diritto, di apparenza della situazione giuridica, o, infine, con espressione appositamente modellata, di *apparentia iuris*», quando l'apparenza è «relativa ad una situazione giuridica e più particolarmente a un diritto soggettivo».

Secondo l'Autore, «una situazione giuridica appare esistente mentre in realtà esistente non è e questo suo apparire e non essere mette in gioco interessi umani di rilievo che la legge non può ignorare».



Si è in presenza di apparenza giuridica, invero, quando vi sia uno scostamento tra lo stato di fatto, idoneo a suscitare nei terzi il legittimo affidamento nella situazione apparente, e lo stato di diritto sottostante¹⁷.

Al qual riguardo, si è puntualmente soggiunto che, onde l'apparenza possa assumere rilevanza per il diritto positivo, la situazione "manifestata" debba consistere, appunto, in una situazione giuridica¹⁸.

Orbene, il Codificatore del 1942 ha attribuito rilevanza applicativa all'*apparentia iuris* soltanto rispetto a talune, circoscritte, ipotesi, nell'ambito delle quali possono annoverarsi, a titolo di esempio: il pagamento al creditore apparente (art. 1189, comma 1, cod. civ.); l'acquisto dall'erede apparente (art. 534, secondo e comma 3, cod. civ.)¹⁹; l'acquisto dal titolare apparente, in materia di simulazione (art. 1415, comma 1, cod. civ.)²⁰.

«Si può osservare», prosegue l'Autore, «partendo dalla immediata suggestione etimologica del termine, che l'apparenza è un apparire, l'apparire dell'irreale come reale – dove è chiaro che l'apparire, in quanto denominatore universale dei fenomeni, è una categoria molto più ampia dell'apparenza, potendosi dare, per esempio, oltre l'apparire dell'irreale come reale, l'apparire del reale come reale, l'apparire dell'irreale come irreale, e anche un apparire neutro, indifferente ad ogni realtà o irrealtà. Ma per entrare senz'altro nel giro dei concetti utili alla presente esposizione, è soprattutto importante dire che l'apparenza non è un apparire opaco, un puro fatto che rivela soltanto se stesso, giacché un fenomeno che si limita a rivelare se stesso non può mai essere apparente: esso si dà per quello che è; solo quando un fenomeno oltre se stesso fa apparire un altro fenomeno, e lo fa apparire come reale mentre è irreale, sorge l'apparenza. Questo ci mette sull'avviso che l'apparenza ha una struttura complessa. Essa è – diciamo per ora vagamente – un *quid* relazionale: il suo apparire è piuttosto un trasparire, l'apparire di un fenomeno attraverso un altro fenomeno».

«L'apparenza come situazione di fatto che manifesta e fa apparire reale una situazione giuridica non reale», peraltro, conclude l'Autore, «non può ricorrere se non quando si abbia una situazione capace di spiegare forza segnalatrice di realtà. Non possono pertanto dare luogo ad ipotesi di apparenza quei fatti che sono caratterizzati da una struttura opaca e che perciò non sono in grado di segnalare alcunché, al di fuori della propria esistenza».

In generale, sull'apparenza giuridica, si legga, inoltre, G. STOLFI, *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934, *passim*.

V., altresì: N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto. Profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2015, *passim*; F. VENOSTA, *Dichiarazioni inviate o pervenute in fotocopia, principio di apparenza e conclusione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2016, 79 ss.

¹⁷ Al riguardo, si veda A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 682 ss.

Sul punto, v., inoltre, L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, nota a Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, in *Contratti*, 2021, 645.

¹⁸ Al riguardo, si veda A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 691 ss., il quale precisa: «Mentre la situazione manifestante può essere costituita da un qualsiasi fatto, la situazione manifestata – che appare, ma non è reale – è costituita di necessità da una situazione giuridica: normalmente dalla titolarità di un diritto soggettivo. Ciò non significa che il falso rinvio, operato dalla situazione generatrice di apparenza, non possa riguardare un'altra situazione di fatto: si tratterà però di un fatto giuridico, che viene in considerazione esclusivamente per gli effetti che produce, sicché in definitiva si farà capo sempre ad una situazione giuridica. In ciò peraltro sta una delle fondamentali ragioni della rilevanza per il diritto del fenomeno dell'apparenza, perché la realtà giuridica sfugge di norma alla possibilità di un sicuro accertamento e richiede comunque indagini lunghe e complesse. Difatti i casi di apparenza che la legge prevede e disciplina sono quelli in cui questo accertamento presenta maggiori difficoltà. Poiché a sua volta la titolarità dei diritti soggettivi influisce direttamente sulla legittimazione del soggetto, la situazione giuridica che in virtù dell'apparenza sembra esistente è una situazione di legittimazione. Il collegamento tra apparenza e legittimazione – che vale a delimitare rigorosamente lo ambito entro il quale opera il fenomeno – è indicato dalla stessa legge, la quale definisce creditore apparente colui che "appare legittimato" a ricevere il pagamento in base a circostanze univoche (art. 1189 cod. civ.), mentre altre volte parla di "titolare apparente" (così negli artt. 1415 e 1416 cod. civ.). Si tratterà, ovviamente, di legittimazione apparente – lo sottolinea testualmente l'art. 1189 cod. civ. – come apparente è la titolarità del relativo diritto soggettivo: titolarità e legittimazione che circostanze di fatto fanno apparire esistenti mentre non esistono nella realtà giuridica».

In proposito, cfr. anche L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 646.

¹⁹ Per un efficace esame di sintesi della disciplina dell'erede apparente, si veda G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2022, XI ed., 145 ss. V., inoltre, E. BARGELLI, *L'erede apparente*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, s. d., ma 2009, 1473 ss., *ivi*, numerosi richiami.

²⁰ Si veda L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 646.

In tema, v., inoltre, S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, Napoli, 2023, 11 ss., *ivi* numerosi richiami dottrinali, la quale ricomprende, tra le fattispecie di apparenza del diritto, anche l'ipotesi, di derivazione giurisprudenziale, della conclusione dell'affare con il rappresentante apparente.



La *ratio* sottesa alle varie fattispecie di apparenza giuridica va ravvisata nell'esigenza di tutelare, da un lato, l'interesse del terzo che in buona fede abbia riposto il proprio affidamento sulla situazione apparente²¹ e, dall'altro lato, la speditezza e la certezza dei traffici giuridici²², le quali sarebbero evidentemente pregiudicate se si richiedesse un pregnante accertamento della realtà in ambiti quali, appunto, l'adempimento dell'obbligazione o la proprietà acquistata a titolo ereditario²³.

Nell'álveo dell'*apparentia iuris*, peraltro, si è soliti distinguere l'apparenza «pura», od «oggettiva», la cui manifestazione non è riconducibile alla condotta colposa di alcun soggetto, e l'apparenza «colposa», la cui insorgenza è determinata, invece, dalla negligenza di uno o più soggetti²⁴.

Nell'apparenza così detta «pura», in altri termini, rileva in chiave oggettiva il solo dato materiale del manifestarsi di una situazione di fatto non corrispondente a diritto; nell'apparenza così detta «colposa», invece, è necessario verificare l'esistenza di una condotta negligente imputabile a taluno dei soggetti coinvolti²⁵.

Fattispecie tipica di apparenza giuridica «pura», od «oggettiva», è stata rinvenuta, dalla prevalenza degli interpreti, proprio nell'art. 1189, comma 1, cod. civ., il quale definisce «creditore apparente» colui che appaia legittimato a ricevere il pagamento «in base a circostanze univoche»²⁶. Di contro, l'accezione «colposa» dell'apparenza viene spesso evocata, soprattutto dalla più recente giurisprudenza, in modo piuttosto ambiguo, con riguardo alla differente fattispecie del pagamento al rappresentante apparente del creditore, sicché, in detta ipotesi, come si illustrerà meglio nel prosieguo²⁷, si tende a richiedere che il *solvens*, il quale invochi il principio dell'apparenza, fornisca la prova non solo di aver confidato senza sua colpa nella situazione ap-

²¹ In tal senso, si veda A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 685, secondo il quale, nell'apparenza, «la tutela del terzo è resa necessaria dalla mancanza di un documento o titolo formale, e deve poggiare perciò necessariamente su una situazione di buona fede specificamente giustificata da una situazione di fatto oggettivamente capace di trarre in inganno qualsiasi terzo. Questa è appunto la ragione giustificatrice della sua utilità. Il suo ambito di applicazione risulta indubbiamente più ristretto, ma entro questo ambito si spiega un autonomo istituto giuridico, e il termine apparenza non perde ogni significato proprio, come avviene quando sta a designare, senza nessuna essenziale necessità, il modo di operare del formalismo rispetto ai terzi».

Riguardo all'affidamento, si legga, inoltre, R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, s. d., ma 1957, 662, per il quale «si giunse così alla formulazione di un principio generale (cosiddetto principio dell'apparenza) secondo cui: tutte le volte che un soggetto crea per fatto proprio un'apparenza giuridica a sé sfavorevole non può opporre il vero stato di fatto e di diritto, difforme dall'apparenza, al terzo che abbia confidato (variante: che abbia confidato senza propria colpa) nell'apparenza ingannevole».

²² In questi termini, v. A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 682 ss., ad avviso del quale: «L'esigenza di rendere più spedite le varie forme di circolazione giuridica dei beni con l'estendersi del commercio e dei traffici e con l'intensificarsi del ritmo dei rapporti economici, ha imposto nei tempi moderni una rafforzata tutela dei terzi e, per converso, una minore garanzia dei diritti preesistenti e delle situazioni giuridiche precostituite».

²³ Sul punto, si veda S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 11.

²⁴ Così, L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 646.

²⁵ Si esprimono, in questi termini, L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 646.

Sul tema, v. anche S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 16, la quale precisa che, nell'apparenza «pura», «è sufficiente che l'errore sia causato dalla situazione di fatto che manifesta la situazione irreali», là dove, nell'apparenza «colposa», «è necessario che l'errore nel quale incorre il soggetto sia provocato da un comportamento doloso o colposo del reale titolare del diritto».

²⁶ Nel senso che l'*apparentia iuris* disciplinata dall'art. 1189, comma 1, cod. civ. vada intesa nella sua accezione «pura» od «oggettiva», v. A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 693, secondo il quale «il carattere oggettivo dell'apparenza è messo in forte rilievo soprattutto nell'art. 1189 c.c.», in cui «risulta evidente anzitutto la struttura dell'apparenza», atteso che «vi è un fenomeno manifestato (apparire legittimato a ricevere il pagamento), un fenomeno manifestante (le circostanze univoche) e un legame puramente oggettivo (in base a) per cui il secondo fenomeno manifesta il primo alla stregua delle normali regole e connessioni dell'esperienza».

Nello stesso senso, si vedano: C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., 113; L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 645, per i quali, «la buona fede del debitore sarebbe da valutarsi con esclusivo riferimento alla diligenza di quest'ultimo, in ossequio ad un principio di "responsabilità" – o "autore-sponsabilità" – dell'apparente creditore».

²⁷ Sul punto, v., *infra*, par. 7.



parente, ma anche che il suo erroneo convincimento sia stato determinato da un comportamento colposo del creditore.

4. – Il carattere oggettivo dell'apparenza, come si è accennato, emerge soprattutto nella norma affidata al comma 1 dell'art. 1189 cod. civ., la quale stabilisce: «Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede»²⁸.

L'antecedente storico dell'art. 1189 cod. civ. è rinvenibile nell'art. 1242 cod. civ. 1865, il quale, impiegando espressioni sensibilmente differenti, disponeva: «Il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito, è valido, ancorché il possessore ne abbia in appresso sofferta l'evizione»²⁹.

La Relazione del Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942 illustra in modo eloquente il cambiamento di prospettiva esibito dall'art. 1189 cod. civ. vigente, il quale designa come creditore apparente non più «chi si trova nel possesso del credito», bensì «colui che appare legittimato a ricevere la *solutio* in base a circostanze univoche»³⁰.

Mediante codesta «formula elastica», il Codificatore del 1942 ha voluto quindi abbandonare «l'impropria dizione dell'art. 1242 del codice anteriore, che considerava creditore apparente chi era nel possesso del credito», in favore di una previsione che attribuisce tale qualifica a «chi si trova in una situazione di fatto implicante esercizio effettivo del diritto, tale da suscitare affidamento di una reale appartenenza del diritto stesso», con la precisazione che «l'affidamento non deve derivare da apprezzamenti soggettivi e cioè dal modo come il debitore ha potuto intendere il contegno di colui al quale ha pagato; deve aversi riguardo invece alla valutazione che di detto contegno avrebbe potuto ragionevolmente farsi in base a considerazioni obiettive»³¹.

²⁸ Sull'argomento, si vedano, almeno: A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 693; R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 561; M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IV, Torino, s. d., ma 1959, 1156 ss.; M. COLOMBATTO, voce *Creditore apparente*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. V, Torino, s. d., ma 1989, 36 ss.; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 272 ss.; F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, in *Contr. impr.*, 1999, 676 ss.; C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., 113 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 167 ss.; C. ADRIANO, *Pagamento al creditore apparente*, in *Trattato delle obbligazioni*, dir. da L. Garofalo-M. Talamanca, *La struttura e l'adempimento*, t. V, *La liberazione del debitore*, a cura di M. Talamanca-M. Maggiolo, Padova, 2010, 355 ss.; E. DAMIANI, *Commento all'art. 1189 cod. civ. Pagamento al creditore apparente*, in *Comm. Cod. civ.*, dir. da E. GABRIELLI, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, vol. I, *Artt. 1173-1217*, Torino, 2012, 468 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 101 ss.

²⁹ Al riguardo, v., almeno: M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1156, il quale, puntualmente, precisa che «il riferimento al "possesso del credito" ed alla "evizione" era connesso alla origine della norma, sorta probabilmente per regolare l'ipotesi del pagamento fatto a colui che si trovava nel possesso dei documenti del credito, a titolo di successione *mortis causa* (erede o legatario apparente), ovvero in virtù di una cessione invalida»; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 272 ss., il quale rammenta: «Sconosciuta al Diritto romano, la regola che sancisce l'efficacia liberatoria del pagamento al creditore "apparente" trae il suo riconoscimento dai giuristi del secolo XVII e, dopo avere incontrato l'autorevole avallo del Pothier, è recepita nel *code civil* (art. 1240). Essa trascorre *telle quelle* nel nostro codice abrogato del 1865 (art. 1242)».

Anche M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 108 ss., ricorda che la formula dell'art. 1242 cod. civ. 1865 ricalcava quella dell'art. 1240 del Codice civile francese.

³⁰ Si veda la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942, n. 563, 118, consultabile sul sito www.consiglionazionaleforense.it.

Sul punto, v. anche: A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 273 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 110.

³¹ Si esprime, in questi termini, la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942, n. 563, 118, cit.

V., inoltre: A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 273 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 110.

Per alcuni spunti comparatistici, si legga M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 110 ss., la quale rammenta, fra l'altro, che la medesima opzione, impiegata dall'art. 1189 cod. civ., è stata seguita, di recente, anche dal legislatore francese, il



Ebbene, la norma racchiusa nell'art. 1189, comma 1, cod. civ. contempla una peculiare ipotesi in cui si verifica una scissione tra l'estinzione dell'obbligazione e la realizzazione del diritto di credito³², in quanto all'efficacia liberatoria del pagamento non si accompagna, eccezionalmente, il soddisfacimento dell'interesse del creditore³³. Scissione, quest'ultima, che, a ben vedere, non è punto sconosciuta all'ordinamento giuridico, sol che si consideri che la stessa si determina, altresì, a titolo di esempio, quando l'obbligazione si estingue in virtù di uno dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dell'adempimento non satisfattori, quali la novazione, la remissione del debito o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

La *ratio* della norma in esame, chiaramente ispirata al *favor debitoris*, è stata rinvenuta nella tutela dell'affidamento del debitore e, correlativamente, nell'esigenza di evitare inutili impacci alla circolazione della ricchezza e ai traffici giuridici; impacci che inevitabilmente si verificherebbero, ove al debitore si richiedessero controlli estremamente rigorosi sulla legittimazione dell'*accipiens*, che lo esporrebbero, tra l'altro, al rischio di ritardo nell'adempimento³⁴.

A ben vedere, infatti, la disposizione normativa in esame consente di mantenere, entro i confini della normale diligenza imposta al debitore dall'art. 1176 cod. civ.³⁵, l'impegno che deve adibire il *solvens* nell'accertamento della legittimazione a ricevere dell'*accipiens*; in assenza della norma calata nell'art. 1189, comma 1, cod. civ., invero, il debitore che non avesse certezze circa la sussistenza della legittimazione a ricevere il pagamento in capo all'*accipiens* dovrebbe scegliere se attendere a eseguire la prestazione, esponendosi così alle conseguenze del ritardo, oppure adempiere egualmente, subendo, però, in tal caso, il rischio di dover rinnovare il pagamento al creditore effettivo³⁶.

Il disposto dell'art. 1189, comma 1, cod. civ. non si può spiegare, invece, in termini di auto-responsabilità o di sanzione per il "vero" creditore, il cui contegno non assume alcun rilievo autonomo nella fattispecie

quale, con la Riforma del 2016, «ha ritenuto preferibile modificare il precedente dettato e sancire la validità del pagamento eseguito in buona fede «à un *créancier apparent*» (art. 1342-3) senz'altro aggiungere».

³² Nel senso che, nell'ipotesi del pagamento al creditore apparente, prevista dall'art. 1189, comma 1, cod. civ., si verifichi «una scissione tra il momento dell'attuazione dell'obbligo del creditore e quello della realizzazione del diritto del creditore», si veda R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 561.

V., inoltre: M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 103; C. NOBILI, *Le obbligazioni*, cit., 44.

³³ Sul punto, v. F. CAMILLETI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 676.

³⁴ Al riguardo, si vedano: R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 561, secondo il quale, la validità del pagamento al creditore apparente «trova fondamento nella necessità di procurare la liberazione al debitore che abbia attuato il contenuto dell'obbligo, rivolgendo la sua attività verso chi appariva all'esterno in possesso dei requisiti normalmente idonei a giustificare la legittimazione a ricevere la prestazione del debitore»; L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1314; F. CAMILLETI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 676; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 170; C. NOBILI, *Le obbligazioni*, cit., 45.

V., inoltre, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, nota a *Trib. Milano*, 4 aprile 2022, n. 2950, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 271 ss.

Secondo M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 106 ss., il legislatore avrebbe optato «per un riassetto dell'equilibrio tra le parti del *vinculum iuris* a vantaggio del debitore, in funzione della preminente esigenza non solo (e non tanto) di tutelare il legittimo affidamento del soggetto passivo», «quanto piuttosto di non gravare irragionevolmente la posizione della parte passiva che nella vicenda esecutiva ha tenuto un comportamento ineccepibile. Tale giudizio discende dalla considerazione delle circostanze oggettive in cui il pagamento si è svolto, dell'esattezza della prestazione eseguita in base ai parametri contenutistici, temporali, spaziali rilevanti, e della conformità dello sforzo debitorio al canone di diligenza scolpito all'art. 1176 c.c.».

³⁵ Per un approfondimento del contenuto della diligenza nell'adempimento, sia sufficiente il richiamo a G. SICCHIERO, *Dell'adempimento. Artt. 1176-1179*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2016, 4 ss.

³⁶ In questi termini, v. P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 271.

Sul punto, v. anche: G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 170; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 106; C. NOBILI, *Le obbligazioni*, cit., 45.



normativa in esame, potendo, tutt'al più, rafforzare il giudizio di sussistenza dei presupposti ivi contemplati³⁷.

È stato osservato, peraltro, che la preferenza accordata alla posizione del debitore, rispetto all'ordinario è sito non liberatorio, che si avrebbe in applicazione dell'art. 1188 cod. civ., possa spiegarsi anche alla luce di una condotta del creditore effettivo non rispettosa del dovere di cooperazione nella vicenda esecutiva del rapporto obbligatorio, discendente dal più ampio dovere di comportarsi secondo correttezza ex art. 1175 cod. civ.³⁸.

Merita di essere rilevato, altresì, come, a differenza di quanto accade nel contesto del capoverso dell'art. 1188 cod. civ., in cui l'estinzione dell'obbligazione e la realizzazione dell'interesse del creditore si raggiungono grazie a un *quid pluris*, successivo all'esecuzione della prestazione, costituito da un atto (la ratifica) o un fatto (l'approfittamento) immediatamente riferibile al creditore, nell'ambito dell'art. 1189, comma 1, cod. civ., invece, il medesimo risultato (liberazione del debitore e soddisfacimento del creditore) consegue a un diverso meccanismo, più articolato e complesso, che determina una differente scansione temporale della vicenda estintiva del rapporto obbligatorio, rispetto alle due parti in questione: in via immediata, per il debitore; in un momento successivo, per il creditore³⁹. Il debitore, infatti, in presenza delle condizioni contemplate dall'art. 1189, comma 1, cod. civ.⁴⁰, si libererà dall'obbligazione con l'esecuzione della prestazione all'apparente legittimato a riceverla, in conformità quindi allo schema ordinario dell'esatto adempimento, là dove il creditore otterrà, invece, il soddisfacimento del proprio interesse soltanto rivolgendosi all'*accipiens*, il quale è tenuto alla restituzione, nei confronti del creditore medesimo, di quanto abbia indebitamente ricevuto, giusta la previsione racchiusa nel comma 2 dell'art. 1189 cod. civ.⁴¹.

Giova porre l'accento, infine, sull'affinità dell'art. 1189, comma 1, cod. civ. con altre disposizioni normative, compendiate nel Codice civile, implicanti la liberazione del debitore che abbia eseguito la prestazione in favore di un soggetto non legittimato a riceverla, le quali, seppure con le loro peculiarità, possono contribuire a individuare i criteri alla cui presenza sia possibile ritenere applicabile la tutela in esame⁴².

Nell'ambito di codeste disposizioni, meritano di essere richiamati, a titolo di esempio: l'art. 534, comma 2, cod. civ., che dispone la salvezza dei diritti acquistati per effetto di convenzioni a titolo oneroso da terzi che provino di aver contrattato in buona fede con l'erede apparente⁴³; l'art. 1264 cod. civ., in base al quale,

³⁷ Così, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 271 ss.

³⁸ Al riguardo, si veda M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 106.

³⁹ Sul punto, v. M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 102 ss.

⁴⁰ Sulle quali, si soffermerà l'attenzione nel prosieguo; v., *infra*, parr. 5 e 6.

⁴¹ Sul punto, v., almeno, M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 103, la quale precisa che, per il creditore, «la realizzazione del programma obbligatorio è rimessa non al tempo e all'atto di adempimento del *solvens*, bensì alla restituzione della prestazione da chi l'ha ricevuta senza esservi legittimato a farlo: soggetto sul quale, pertanto, devia la pretesa creditoria».

⁴² Al riguardo, si vedano: M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 112 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 18 ss.

⁴³ Si confronti M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 113, la quale rammenta: «la regola non opera rispetto a beni immobili o beni mobili registrati se l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede apparente non siano stati trascritti prima della trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario veri o prima della trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente. L'erede apparente, pertanto, si presenta nel traffico giuridico quale putativo titolare del diritto di credito intestato al *de cuius*, sicché ove riceva la prestazione dal *solvens* in buona fede, nel concorso delle altre condizioni dell'art. 1189, si determinano i presupposti per la liberazione di quest'ultimo».

La stessa richiama, altresì, l'art. 69 del Regolamento UE n. 650/2012, i cui parr. 3 e 4, in tema di effetti del certificato successorio europeo, dispongono: «Chiunque, agendo sulla base delle informazioni attestate in un certificato, esegua pagamenti o consegna beni a una persona indicata nel certificato come legittimata a ricevere pagamenti o beni, è considerato aver agito con una persona legittimata a ricevere pagamenti o beni, a meno che sappia che il contenuto del certificato non corrisponde al vero o che il fatto di non



sebbene la cessione del credito⁴⁴ abbia effetto, nei confronti del debitore ceduto, quando egli l'abbia accettata o quando gli sia stata notificata, il debitore che abbia pagato al cedente prima della notificazione non è tuttavia liberato, se il cessionario prova che il *solvens* fosse a conoscenza dell'avvenuta cessione⁴⁵; l'art. 2559 cod. civ., giusta il quale, nonostante la cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta abbia efficacia, per i terzi, dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese, il debitore ceduto è tuttavia liberato, se paga in buona fede all'alienante⁴⁶; l'art. 1836, comma 1, cod. civ., il quale dispone la liberazione della banca che, senza dolo o colpa grave, adempia la prestazione nei confronti del possessore del libretto di deposito pagabile al portatore, anche se il possessore medesimo non sia l'effettivo depositante⁴⁷; l'art. 1889, comma 2, cod. civ., che, similmente, in tema di polizze assicurative all'ordine o al portatore, prevede la liberazione dell'assicuratore che, senza dolo o colpa grave, adempia la prestazione nei confronti del giratario o del portatore della polizza, anche se questi non sia l'assicurato⁴⁸; l'art. 1992, comma 2, cod. civ., il quale, analogamente, in tema di titoli di credito, dispone la liberazione del debitore che, senza dolo o colpa grave, adempia la prestazione in favore del possessore del titolo, anche se lo stesso non sia il titolare del diritto⁴⁹.

In tutte le fattispecie dianzi richiamate, è dato rinvenire alcuni tratti comuni: l'efficacia liberatoria del pagamento eseguito a chi appare, ma in realtà non è, legittimato a riceverlo; una situazione di apparenza oggettiva, sostenuta da elementi riconoscibili; uno stato soggettivo del *solvens*, che contribuisce alla creazione della situazione apparente (la buona fede, l'assenza di dolo o di colpa grave). Elementi, questi ultimi, che vengono ricavati, in linea di principio, dall'art. 1189, comma 1, cod. civ., potendosi quindi affermare, in definitiva, che codesta norma racchiuda la regola di diritto comune che prescrive le condizioni generali per l'efficacia liberatoria del pagamento effettuato nelle mani di un destinatario apparente⁵⁰.

5. – Il comma 1 dell'art. 1189 cod. civ. individua i presupposti, di natura oggettiva e soggettiva, alla presenza dei quali il pagamento al creditore apparente può acquistare efficacia liberatoria per il debitore; vale a dire, da un lato, la sussistenza di «circostanze univoche» che inducano il *solvens* a ritenere che l'*accipiens* sia legittimato a ricevere il pagamento, e, dall'altro lato, la prova, fornita dal *solvens*, di avere agito in «buona fede»⁵¹.

saperlo derivi da colpa grave. Se una persona menzionata nel certificato come legittimata a disporre di beni ereditari dispone di tali beni a favore di un'altra persona, si considera che quest'ultima, ove agisca sulla base delle informazioni attestate nel certificato, abbia acquistato da una persona avente il potere di disporre dei beni in questione, a meno che sappia che il contenuto del certificato non corrisponde al vero o che il fatto di non saperlo derivi da negligenza grave».

Sulla disciplina dell'erede apparente, si veda, almeno, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 145 ss.

⁴⁴ In generale, sulla cessione del credito, v., almeno: P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Artt. 1260 – 1267*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1982 (ristampa, Napoli, 2010), *passim*; U. STEFINI, *La cessione del credito*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, già dir. da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger-V. Roppo-F. Anelli, vol. XI, *Le obbligazioni*, Milano, 2020, *passim*.

Sul tema, si vedano anche A. NATALE, *La circolazione del credito nelle procedure concorsuali*, Milano, 2018, *passim*; A. NATALE, *Le vicende traslative del credito*, Milano, 2020, *passim*, *ivi*, numerosi richiami dottrinali e giurisprudenziali.

⁴⁵ Sul punto, v., almeno: M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 115; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 19 ss.

⁴⁶ Si vedano: M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 115; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 27 ss.

⁴⁷ Cfr. M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 114.

⁴⁸ In questi termini, v. M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 114.

⁴⁹ Si confronti M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 114, la quale richiama, inoltre, l'art. 46 del R.D. n. 1169/1933 e gli artt. 38 e 45 del r.d. n. 1736/1933.

⁵⁰ Sul punto, v. M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 115 ss.

⁵¹ Al riguardo, si vedano: R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 561; A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 693 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1156; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 272 ss.; F. CAMILLETTO, *Il pa-*



Quanto al presupposto oggettivo, l'apparente legittimazione del ricevente deve risultare da «circostanze univoche», ovverosia da circostanze oggettive idonee a determinare, appunto, in un soggetto di ordinaria diligenza, il ragionevole convincimento dell'esistenza della legittimazione a ricevere il pagamento in capo all'*accipiens*, a prescindere da qualsivoglia valutazione circa l'apprezzamento soggettivo che il *solvens* abbia potuto compiere⁵².

In altri termini, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1189, comma 1, cod. civ., si rivela necessaria, anzitutto, la sussistenza di circostanze obiettivamente capaci di far apparire come reale una situazione che reale non è, univocamente orientate a far sembrare l'*accipiens* come il “vero” creditore⁵³, divenendo, invece, irrilevanti le valutazioni soggettive compiute dal *solvens* nel caso concreto⁵⁴.

La tutela in esame quindi può essere accordata, in definitiva, soltanto in presenza di una raffigurazione della realtà che avrebbe potuto crearsi nella mente di qualunque soggetto si fosse trovato nella medesima situazione⁵⁵, e purché la convinzione del debitore di pagare al “vero” creditore sia maturata non già sulla base di apprezzamenti soggettivi sul contegno dell'*accipiens*, bensì in virtù di circostanze oggettivamente univoche, tali da escludere profili di negligenza nel controllo del debitore⁵⁶.

Orbene, l'individuazione degli elementi costitutivi dell'apparenza e delle «circostanze univoche» è rimessa al prudente apprezzamento dell'interprete, non essendo presenti, nella norma in esame, né criteri di selezione di tali elementi né indicazioni esemplificative⁵⁷.

pagamento al creditore apparente, cit., 676 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 167 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 117 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 17 ss.

⁵² Si esprimono, in tal senso: R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 561; A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 693 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1156; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 272 ss.; F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 679; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 167 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 137 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 17 ss.

⁵³ Si vedano, ancora: R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 561; A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 693 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1156; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-1200*, cit., 272 ss.; F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 679; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 167 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 137 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 17 ss.

⁵⁴ Sul punto, v. F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 679 ss., il quale precisa: «Argomentare diversamente, a valutare l'idoneità dell'apparenza prendendo come parametro di riferimento la valutazione soggettiva del *solvens*, significherebbe, oltre che andare contro il tenore letterale della norma, dilatarne a dismisura la sua applicazione in quanto ogni errore, afferendo ad un fatto intellettuale, può essere ricondotto alle personali e soggettive valutazioni del debitore». L'Autore precisa, inoltre, che «per circostanze univoche debba intendersi l'obiettivo situazione di apparenza da cui il *solvens* trae il proprio convincimento sull'altrui legittimazione».

Si veda, però, anche S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 52 ss., secondo la quale: «L'apprezzamento delle circostanze che manifestano una situazione inesistente è, per sua natura, dotato di una carica soggettiva che ne inibisce una oggettivizzazione, giacché non possono non venire in rilievo peculiarità attinenti, principalmente, alle qualità soggettive delle parti e agli interessi coinvolti nel singolo rapporto obbligatorio. Lo ha avvertito lo stesso legislatore, regolamentando specifiche ipotesi di pagamento al creditore apparente in maniera tale da apprestare tutela al *solvens* che rivesta qualità tali da rendere maggiormente meritevole di tutela il suo interesse alla liberazione», come sarebbe a dirsi, a titolo di esempio, in relazione all'art. 2559 cod. civ., in tema di crediti relativi all'azienda ceduta. Invero, «in assenza di detta previsione e aderendo alla ricostruzione che subordina l'applicazione della tutela ex art. 1189 c.c. alla presenza di circostanze oggettive idonee a indurre in errore l'uomo medio, probabilmente l'interprete negherebbe tutela al *solvens* che abbia pagato al cedente/creditore originario, essendo la preventiva pubblicità una circostanza oggettivamente in grado di escludere la situazione di apparenza».

⁵⁵ In questi termini, cfr. S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 51 ss.

⁵⁶ Si veda G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 168.

⁵⁷ In tal senso, v. M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 137, la quale rimarca: «L'univocità (delle circostanze) è connotato che, a seconda delle peculiarità del caso concreto, emerge da indizi positivi, rilevanti e chiari, che unitariamente considerati asseverano la verosimiglianza della situazione apparente. In altre evenienze può risultare in negativo come assenza di evidenze che contrastino la conclamata inferenza di legittimazione a ricevere dell'accipiente. Lo scrutinio si fonda sugli elementi



Al qual riguardo, è stato affermato che le «circostanze univoche» possano essere desunte, a titolo di esempio, dalla condotta tenuta dall'*accipiens* nella vicenda esecutiva⁵⁸ oppure dalla mancata collaborazione del creditore, il quale, sempre a titolo esemplificativo, in violazione del dovere di comportarsi secondo correttezza ex art. 1175 cod. civ., non abbia indicato al debitore l'attuale titolare del diritto di credito o, comunque, il soggetto legittimato a ricevere la prestazione⁵⁹.

Alla luce di quanto esposto, risulta intuitivamente molto difficoltoso stabilire, *a priori*, se una data situazione possa integrare «circostanza univoca», rilevante ai sensi dell'art. 1189, comma 1, cod. civ.; problema, questo, che meriterà dunque una soluzione tagliata sul caso concreto.

6. – La presenza di «circostanze univoche» non può determinare, di per sé sola, l'efficacia liberatoria del pagamento effettuato nei confronti del creditore apparente, dovendo essere integrata, di necessità, come si è già accennato, dall'elemento soggettivo della «buona fede» in capo al *solvens*⁶⁰.

Ai sensi dell'art. 1189, comma 1, cod. civ., invero, il debitore, per poter essere liberato dall'obbligazione, deve aver eseguito il pagamento al legittimato apparente non solo sulla base di «circostanze univoche», ma, altresì, in «buona fede»⁶¹; vale a dire, nella piena convinzione – fondata su un'ignoranza o su un errore scusabili⁶², ingenerati dalla situazione di apparenza – di aver agito secondo diritto⁶³.

esteriori della fattispecie, in quanto tali oggettivi, che, in modo preciso, concorde, inequivoco significano la sussistenza della legittimazione a ricevere nell'accipiente (putativo)».

⁵⁸ Sul punto, si veda M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 138, *ivi*, numerose esemplificazioni.

⁵⁹ In tal senso, v. M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 145 ss., ad avviso della quale, nella prassi applicativa, circostanze univoche, atte a fondare una situazione di apparente legittimazione a ricevere il pagamento, sono state rinvenute, a titolo di esempio: nei legami familiari e affettivi esistenti tra il vero creditore e l'*accipiens*; nella ripetuta prassi di pagamenti, effettuati dal *solvens*, nelle mani di un soggetto apparentemente incaricato dal creditore a riscuoterli, tutti andati a buon fine, e nell'assenza di rilievi mossi dal creditore in ordine alla loro regolarità; in consolidati rapporti commerciali, nell'arco dei quali l'accipiente ha agito quale incaricato del vero creditore; *etc.*

⁶⁰ Al riguardo, si vedano, almeno: A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 693; M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1156 ss.; F. CAMILLETI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 683 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 168; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 149 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 56 ss.

V., inoltre, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 270 ss.

⁶¹ Per alcune considerazioni generali circa il concetto di buona fede, si vedano, almeno: P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, 745 ss.; F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2009, 241 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 2010, 157 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 166 ss.; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 297 ss.; R. SACCO, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ., Agg.*, vol. VII, Torino, s. d., ma 2012, 1 ss.; G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contr. e impr.*, 2015, 245 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*; G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716 ss.; L. BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, *Riv. dir. civ.*, 2017, 541 ss.; N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1 ss.; N. CIPRIANI, *Buona fede e interpretazione*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, 407 ss.; L. GHIDONI, *Atti emulativi e abuso del diritto: l'occasione per l'affermazione di un principio?*, in *Studium iuris*, 2014, 676 ss.

⁶² Sul punto, v.: M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1156, ad avviso del quale, la «buona fede», prevista dall'art. 1189, comma 1, cod. civ., «non riguarda la semplice ignoranza, ovvero sia la concreta credenza che l'*accipiens* sia veramente legittimato a ricevere il pagamento, ma riguarda invece l'ignoranza *incolpevole*, fondata cioè su di un errore scusabile»; F. CAMILLETI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 680, il quale sottolinea «come per errore scusabile debba intendersi l'errore comune (è noto il brocardo *error communis facit ius*) riferibile ad una collettività astratta di soggetti, i quali, pur facendo ricorso ai normali criteri di diligenza e prudenza (o a quella diversa richiesta dal tipo di attività prestata, art. 1176, comma 2, cod. civ.) nell'accertare la realtà di



Può quindi affermarsi che la «buona fede», nel contesto dell'art. 1189 cod. civ., vada intesa come l'incolpevole convinzione che l'*accipiens* sia il "vero" creditore o, comunque, il legittimo destinatario del pagamento⁶⁴. Definizione, quest'ultima, che, a ben vedere, pare possa essere ricavata, in via generale, dall'art. 1147, comma 1, cod. civ., la cui norma, come è noto, definisce possessore di buona fede «chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto»⁶⁵.

È sì vero che la «buona fede», nella fattispecie in esame, rileva soprattutto nella sua accezione "soggettiva", riferendosi a uno stato psicologico del debitore, consistente nell'effettiva ignoranza della realtà⁶⁶; eppure, non si è mancato di osservare come possa assumere importanza, per le finalità in questione, anche la «buona fede» "in senso oggettivo", concepita come modalità di comportamento improntata al dovere di correttezza, cui sono tenute a ispirarsi entrambe le parti del rapporto obbligatorio⁶⁷.

Secondo l'opinione preferibile, inoltre, il presupposto soggettivo della «buona fede» deve sussistere nel

una determinata situazione giuridica, sono stati tratti in inganno in quanto tale realtà non era obiettivamente riconoscibile. Il giudizio sulla scusabilità va dunque condotto in base all'*id quod plerumque accidit*, essendo invece irrilevanti le motivazioni soggettive che in una determinata circostanza hanno spinto il debitore a confidare nella situazione di apparenza, ritenendo legittimato chi legittimato non è. L'errore di percezione della realtà deve pertanto essere riconducibile a tutta la categoria dei debitori che potenzialmente avrebbero potuto trovarsi nella situazione virtuale»; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 168, ad avviso del quale: «La sola apparenza quale situazione di fatto, ossia la divergenza tra l'apparire e l'essere, non ha di per sé forza legittimante e deve essere integrata dall'elemento soggettivo ossia dalla rappresentazione che di essa si faccia il debitore in buona fede che esegue il pagamento nell'erronea convinzione che lo stato di fatto rispecchi la realtà giuridica. Il fenomeno dell'apparenza è quindi collegato necessariamente a quello dell'errore scusabile»; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 150 ss., secondo la quale, lo stato psicologico in esame, a confronto con la realtà, può essere qualificato «alla stregua di errore, inteso come falsa rappresentazione o ignoranza circa l'effettiva titolarità della legittimazione a ricevere nella fattispecie concreta in capo all'uno o ad altro soggetto».

Sul punto, v., altresì, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 270.

Riguardo all'errore, in generale, si legga, almeno, G. PERLINGIERI, *Riccardo Fubini e «la dottrina dell'errore in diritto civile italiano»*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 1673 ss.

⁶³ In tal senso, v.: A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 693; M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1156 ss.; F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 683 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 168; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 150 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 56 ss.

Cfr., inoltre, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 270 ss.

⁶⁴ In questi termini, v. P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 270.

Sul punto, v., inoltre: M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1156; F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 683 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 168; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 150 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 56 ss.

In giurisprudenza, si veda, almeno, Cass. civ., 4 giugno 2013, n. 14028, in *One Legale*.

⁶⁵ In tal senso, si confronti, almeno, F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 683, per il quale, la definizione, fornita dall'art. 1147 cod. civ., seppure sia formulata unicamente in tema di possesso, può valere «per tutte le ipotesi in cui si fa riferimento alla buona fede, essendo applicazione di un principio generale».

⁶⁶ Al riguardo, si veda S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 56 ss.

V., inoltre, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 270.

⁶⁷ Si esprime, in questi termini, S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 56 ss., ad avviso della quale: «la buona fede oggettiva, coincidente con il dovere di correttezza, integra una clausola generale idonea ad arricchire il contenuto del rapporto obbligatorio, così da determinare la condotta in concreto esigibile ai soggetti coinvolti e garantire la soddisfazione degli interessi di cui gli stessi sono portatori; la buona fede oggettiva – espressione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost. – consente di conformare le condotte delle parti ai valori dell'ordinamento (ma anche – come si vedrà – alle tendenze legislative affermatesi in un determinato contesto storico) e a delimitarne i confini, partecipando in via diretta alla definizione del contenuto del rapporto obbligatorio».

Sulla distinzione, tra buona fede "soggettiva" e buona fede "oggettiva", v., diffusamente, A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Padova, 2021, 43 ss.



momento in cui il *solvens* esegua il pagamento, essendo irrilevante che lo stesso venga eventualmente a sapere, in un momento successivo, che l'*accipiens* non fosse il soggetto legittimato a ricevere la prestazione (*ma-la fides superveniens non nocet*)⁶⁸.

È affermazione sicura, peraltro, come si è già ricordato, che l'ignoranza, o l'errore, circa l'effettiva titolarità della legittimazione a ricevere il pagamento, debba essere "ragionevole" o, comunque, "scusabile"⁶⁹; vale a dire, debba basarsi su una condotta diligente del debitore, non potendosi dubitare dell'applicabilità, anche alla fattispecie in esame, del dovere di diligenza nell'adempimento, scolpito nell'art. 1176 cod. civ., che impone, appunto, al debitore anche un diligente accertamento della legittimazione a ricevere dell'*accipiens*⁷⁰.

In altri termini, affinché il debitore possa beneficiare della tutela prevista dall'art. 1189 cod. civ., occorre che egli abbia posto in essere una condotta adeguata alla cura degli interessi del creditore e che abbia diligentemente verificato la sussistenza della legittimazione a ricevere la prestazione in capo all'*accipiens*⁷¹.

Va escluso, di contro, che possa avere efficacia liberatoria il pagamento connotato da un comportamento negligente del debitore, il quale abbia ommesso di utilizzare l'avvertenza e la cautela ordinariamente richieste per sindacare la legittimazione a ricevere della persona, nelle cui mani si accinga a adempiere⁷².

La «buona fede» rilevante ai sensi dell'art. 1189, comma 1, cod. civ. non può ritenersi sussistente, *a fortiori*, in caso di conoscenza, da parte del *solvens*, del difetto di legittimazione a ricevere dell'*accipiens*, atteso che la conoscenza della situazione effettiva opera come elemento che sterilizza l'efficacia liberatoria del pagamento⁷³.

È stato anche osservato, in proposito, che nella valutazione della diligenza impiegata dal debitore incida, inevitabilmente, altresì, la condotta in concreto tenuta dal creditore, vigendo una inversa proporzionalità tra la misura della scusabilità dell'errore e la condotta imputabile all'effettivo titolare del credito; a ben vedere, infatti, ove il creditore ponga in essere una condotta, commissiva od omissiva, idonea a ingenerare nel debitore l'errore circa l'effettiva titolarità della legittimazione a ricevere il pagamento, sarà minore il grado di diligenza richiesto al debitore medesimo in fase di adempimento⁷⁴.

⁶⁸ Al riguardo, si veda, almeno, F. CAMILLETI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 683, il quale precisa: «l'atto in grado di danneggiare il vero creditore è quello solutorio, ed è quindi a quel momento che bisogna far riferimento per valutare lo stato psicologico del debitore».

⁶⁹ Si vedano: M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1156; F. CAMILLETI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 680; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 168; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 150 ss.

V., altresì, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 270.

In giurisprudenza, v.: Cass. civ., 25 gennaio 2018, n. 1869, in *One Legale*; Cass. civ., 21 settembre 2021, n. 25509, in *One Legale*.

⁷⁰ In tal senso, si vedano: M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 151 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 62 ss., la quale precisa: «È il dovere di diligenza, inteso quale "criterio di responsabilità", che consente di valutare la conformità del comportamento del debitore a quello dovuto, nel senso che consente di decidere circa l'imputabilità all'obligato della causa che ha condotto all'inadempimento e di conseguenza la responsabilità del debitore nei confronti del creditore effettivo. L'elemento discriminante a tal fine è l'aver o meno il debitore adottato la diligenza del "buon padre di famiglia"».

V. anche P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 270 ss.

⁷¹ Cfr. S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 71.

⁷² Sul punto, v. M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 153.

In giurisprudenza, v.: Cass. civ., 4 marzo 1993, n. 2645, in *One Legale*; Cass. civ., 11 febbraio 1998, n. 1386, in *One Legale*.

⁷³ Si confronti, in proposito, M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 153 ss., ad avviso della quale: «l'apparenza arriva fin dove non v'è conoscenza della realtà, elemento, quest'ultimo, che non può coesistere con la buona fede».

⁷⁴ In questi termini, v. S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 70, secondo la quale, le due figure di buona fede ("oggettiva" e "soggettiva") enterebbero in correlazione.



La condotta colposa del creditore, in altri termini, non è elemento imprescindibile ai fini della liberazione del debitore, che abbia adempiuto in «buona fede» a un terzo non legittimato, epperò non può che rilevare in sede di accertamento della responsabilità del debitore *ex artt. 1176 e 1218 cod. civ.*, giacché, qualora il creditore abbia tenuto un comportamento idoneo a creare l'apparente legittimazione a ricevere da parte di un terzo, si ampliaranno i margini di scusabilità dell'errore del debitore e si ridurrà il grado di diligenza allo stesso richiesta, a ragione del dovere di cooperazione gravante sul creditore medesimo (cfr. *artt. 1175-1375 cod. civ.*)⁷⁵.

Tra le circostanze capaci di incidere sul *quantum* di diligenza esigibile al debitore, può essere annoverata anche la pubblicità⁷⁶, atteso che il principio dell'apparenza pare non possa essere invocato in presenza di forme di pubblicità legale⁷⁷, ove si accerti, a titolo di esempio, che il difetto di legittimazione a ricevere dell'*accipiens* avrebbe potuto essere verificato, senza eccessiva difficoltà, mediante la consultazione del registro delle imprese (*artt. 2188 ss. cod. civ.*)⁷⁸.

Di contro, tra le circostanze capaci di giustificare l'applicazione della tutela prevista dall'*art. 1189, comma 1, cod. civ.*, ben può essere richiamata l'esibizione, da parte dell'*accipiens*, di un documento attestante la legittimazione a ricevere la prestazione, com'è a dirsi, a titolo di esempio, nell'ipotesi del diritto incorporato in un titolo di credito⁷⁹.

La lettera dell'*art. 1189, comma 1, cod. civ.* consente di desumere, infine, che l'onere di provare la sussistenza della «buona fede» sia posto a carico del debitore⁸⁰. Al qual riguardo, si afferma che la «buona fede» non è presunta, non applicandosi, alla fattispecie in esame, la regola sancita dal primo inciso dell'*art. 1147, comma 3, cod. civ.*; non di meno, la prova della «buona fede» potrà essere fornita, dal *solvens*, mediante il ricorso a presunzioni, ai sensi degli *artt. 2727 e 2729 cod. proc. civ.*⁸¹.

7. – È sorta la questione, oramai da lunga data, se l'applicazione dell'*art. 1189 cod. civ.* possa essere estesa, oppure no, anche all'ipotesi in cui il pagamento sia effettuato in favore del rappresentante apparente del creditore, ovvero sia in favore di colui il quale, secondo la percezione del debitore, appaia dotato del potere di agire in nome e per conto dell'effettivo titolare del credito⁸².

⁷⁵ Così, S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 72 ss., ad avviso della quale sono idonei a fondare il convincimento del debitore, di agire secondo diritto, e a giustificare, quindi, l'applicazione della tutela in esame, a titolo di esempio, tutti quegli atti di "tolleranza", compiuti dal creditore precedentemente all'adempimento, capaci di ingenerare nel debitore la convinzione che un determinato soggetto sia legittimato a ricevere la prestazione oggetto dell'obbligazione.

⁷⁶ Al riguardo, v., diffusamente, S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 83 ss.

⁷⁷ Sul punto, si veda A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 690.

⁷⁸ In questi termini, si veda G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 168.

⁷⁹ Per un approfondimento, si rinvia a S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 96 ss.

⁸⁰ Sul punto, v., almeno: M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 156 ss.

V., inoltre, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 271.

⁸¹ Si esprime, in questi termini, M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 158.

Nello stesso senso, si veda anche P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 271.

Sulle presunzioni, v., per tutti, S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, cit., 891 ss.

⁸² Sulla questione, si vedano, almeno: A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 700; R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 561 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1157; F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 684 ss.; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 171; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 132 ss.; A. D'ADDA, *Pagamento al creditore apparente ed al rappresentante apparente: un orientamento giurisprudenziale*



Orbene, secondo un orientamento giurisprudenziale piuttosto risalente⁸³, condiviso da parte minoritaria della dottrina⁸⁴, l'art. 1189 cod. civ. non potrebbe applicarsi alla fattispecie del pagamento al rappresentante apparente del creditore, che, pertanto, rimarrebbe disciplinata dalla norma racchiusa nell'art. 1188, comma 2, cod. civ., in virtù della quale, come si è già accennato⁸⁵, il pagamento a soggetto non legittimato a riceverlo libera il debitore soltanto se intervengano la ratifica o l'approfittamento del creditore. A codesta soluzione si addiverrebbe, secondo l'orientamento in esame, sul rilievo che: dai Lavori preparatori e dalla Relazione al Codice civile del 1942 si ricaverebbe che la legittimazione a ricevere il pagamento si identifichi con la titolarità del credito; la *rubrica legis* e il tenore letterale dell'art. 1189 cod. civ. si riferirebbero soltanto al «creditore apparente» e non anche al «rappresentante apparente» del creditore; la norma affidata all'art. 1189, comma 1, cod. civ., stabilendo l'efficacia liberatoria del pagamento al creditore apparente, avrebbe natura eccezionale rispetto a quanto stabilito dall'art. 1188, comma 1, cod. civ. e, di conseguenza, non potrebbe applicarsi, neppure in via analogica, al pagamento effettuato nelle mani del rappresentante apparente del creditore; il *solvens* non potrebbe mai invocare la propria «buona fede», in quanto sarebbe sempre in grado di accertare agevolmente se l'*accipiens* sia legittimato, oppure no, a ricevere il pagamento in forza di un potere di rappresentanza effettivamente conferitogli, domandandogli la giustificazione dei poteri rappresentativi, in conformità a quanto previsto dall'art. 1393 cod. civ.⁸⁶

Secondo un differente orientamento giurisprudenziale⁸⁷, di segno opposto a quello appena evocato e condiviso dalla prevalente dottrina⁸⁸, l'art. 1189 cod. civ. potrebbe trovare applicazione non solo nell'ipotesi, tipica, del pagamento al creditore apparente, ma anche in quella, non legislativamente disciplinata, del pagamento al rappresentante apparente del creditore. Invero, in virtù di tale interpretazione, che appare sicuramente preferibile rispetto a quella dianzi esposta: i Lavori preparatori al Codice civile del 1942 avrebbero valore meramente orientativo e sarebbero utili a rendere chiara la portata di un testo ambiguo, non già di un te-

sempre ambiguo, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1356 ss.; L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 646 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 30 ss.

V., inoltre: G. LEANDRI, *Il pagamento nelle mani del falsus procurator del creditore*, in *Persona e mercato*, 2018, 4 ss.; P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 272 ss.

⁸³ Al riguardo, si vedano: Cass. civ., 25 febbraio 1953, n. 457, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 118 ss., con nota di L. MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al falsus procurator*; Cass. civ., 9 maggio 1955, n. 1326, in *Foro it.*, 1955, I, 1322 ss.; Cass. civ., 26 settembre 1955, n. 2633, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1612 ss.

⁸⁴ Si vedano, in particolare: M. STOLFI, *Sul pagamento al falsus procurator*, nota ad App. Milano, 22 luglio 1958, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1959, 64 ss.; L. MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al falsus procurator*, nota a Cass. civ., 25 febbraio 1953, n. 457, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 118 ss.

⁸⁵ V., *supra*, par. 2.

⁸⁶ In giurisprudenza, si vedano: Cass. civ., 25 febbraio 1953, n. 457, cit.; Cass. civ., 9 maggio 1955, n. 1326, cit.; Cass. civ., 26 settembre 1955, n. 2633, cit.

Per la dottrina, v.: M. STOLFI, *Sul pagamento al falsus procurator*, cit., 64 ss.; L. MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al falsus procurator*, cit., 118 ss.

⁸⁷ Sul punto, si confrontino: Cass. civ., 19 maggio 1947, n. 762, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 644 ss.; Cass. civ., 9 agosto 1968, n. 2839, in *Giust. civ. rep.*, 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, 379 ss.; Cass. civ., 16 gennaio 1979, n. 309, in *Giust. civ. rep.*, 1979, voce *Obbligazioni e contratti*, 266 ss.; Cass. civ., 24 settembre 1986, n. 5741, in *One Legale*; Cass. civ., 4 dicembre 1992, n. 12921, in *One Legale*; Cass. civ., 19 febbraio 1993, n. 2020, in *One Legale*; Cass. civ., 18 maggio 2012, n. 7916, in *One Legale*; Cass. civ., 5 aprile 2016, n. 6563, in *One Legale*; Cass. civ., 21 giugno 2022, n. 19930, in *One Legale*.

⁸⁸ Al riguardo, si vedano: R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 561; M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1157; F. CARMILLETI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 686 ss.; C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., 116 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 125 ss.; A. D'ADDA, *Pagamento al creditore apparente ed al rappresentante apparente: un orientamento giurisprudenziale sempre ambiguo*, cit., 1356 ss.; L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 646 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 32 ss.

V., inoltre: G. LEANDRI, *Il pagamento nelle mani del falsus procurator del creditore*, cit., 4 ss.; P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 273.



sto «univoco, sensato, tecnicamente e sistematicamente corretto», come sarebbe da intendere quello recato dall'art. 1189 cod. civ.⁸⁹; in presenza di un contrasto tra la *rubrica legis* dell'articolo in esame, che fa riferimento al «creditore apparente», e il contenuto del suo comma 1, che si riferisce, più genericamente, a «chi appare legittimato» a ricevere il pagamento, dovrebbe attribuirsi prevalenza interpretativa al suo contenuto, atteso che la locuzione «chi appare legittimato» ricomprenderebbe non solo il creditore, ma anche il suo rappresentante apparente⁹⁰; l'art. 1189 cod. civ., attestando l'efficacia liberatoria del pagamento al creditore apparente, non sarebbe punto norma eccezionale, bensì espressione di un principio generale, quale la tutela della buona fede, che ispira l'intera disciplina delle obbligazioni e dei contratti (cfr. artt. 1175, 1337, 1366, 1376 e 1460 cod. civ.)⁹¹, sicché potrebbe applicarsi, se non in linea diretta, quanto meno in via analogica, anche all'ipotesi del pagamento al rappresentante apparente, ai sensi dell'art. 12, comma 2, Disp. prel. cod. civ.; la richiesta di giustificazione dei poteri di rappresentanza costituirebbe, a norma dell'art. 1393 cod. civ., una facoltà e non già un obbligo⁹².

Occorre porre l'accento, poi, su una terza interpretazione, che sembra essersi oramai consolidata nella più recente giurisprudenza⁹³, in virtù della quale il pagamento eseguito in favore del rappresentante apparente del creditore libererebbe il debitore soltanto qualora il *solvens* riesca a provare, oltre alla sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 1189 cod. civ., che la situazione di apparente legittimazione a ricevere sia stata creata da un comportamento colposo del creditore.

È ricorrente, invero, nella giurisprudenza di merito e di legittimità, l'affermazione secondo la quale l'art. 1189 cod. civ., che riconosce efficacia liberatoria al pagamento effettuato dal debitore in «buona fede» «a chi appare legittimato a riceverlo», si applica, per identità di *ratio*, sia all'ipotesi del pagamento eseguito al creditore apparente, sia a quella in cui il pagamento venga effettuato a persona che appaia autorizzata a riceverlo per conto del creditore effettivo, il quale abbia determinato, o concorso a determinare, l'errore del *solvens*, facendo sorgere in quest'ultimo in «buona fede» una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'*accipiens*⁹⁴.

⁸⁹ In questi termini, si veda C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., 116.

V. anche G. LEANDRI, *Il pagamento nelle mani del falsus procurator del creditore*, cit., 7.

⁹⁰ In tal senso, si veda, espressamente, M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, cit., 1157, ad avviso del quale: «Nell'insanabile contrasto tra le due formule, a noi sembra che debba darsi prevalenza a quella adoperata nel contenuto della disposizione, la quale attribuisce alla norma un significato che la lega sistematicamente al precedente art. 1188. Se, invero, il pagamento – che di solito deve essere effettuato al titolare del diritto, ovvero sia al creditore – può e anzi deve, in certi casi, essere effettuato ad una persona diversa, la quale è semplicemente “legittimata a riceverlo”, ci sembra giusto che alla “apparenza” della titolarità del credito non possa attribuirsi diverso trattamento rispetto alla “apparenza” della, più generale, legittimazione a ricevere l'adempimento. Il fondamento della disciplina del pagamento fatto all'“apparente” creditore – ovvero sia la tutela del *solvens* di buona fede – impone che la medesima disciplina venga estesa a tutte le ipotesi in cui il pagamento venga effettuato all'apparente legittimato a ricevere».

⁹¹ Cfr., sul punto, F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 688.

⁹² Si veda F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, cit., 688.

V., inoltre, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 273.

⁹³ In tal senso, si vedano, in luogo di tante: Cass. civ., 22 maggio 1990, n. 4595, in *One Legale*; Cass. civ., 3 settembre 2005, n. 17742, in *One Legale*; Cass. civ., 9 agosto 2007, n. 17484, in *One Legale*; Cass. civ., 13 settembre 2012, n. 15339, in *One Legale*; Cass. civ., 4 giugno 2013, n. 14028, in *One Legale*; Cass. civ., 11 settembre 2013, n. 29847, in *One Legale*; Cass. civ., 25 gennaio 2018, n. 1869, in *One Legale*; Cass. civ., 19 aprile 2018, n. 9758, in *One Legale*; Cass. civ., 15 giugno 2020, n. 11442, in *One Legale*; Cass. civ., 21 settembre 2021, n. 25509, in *One Legale*.

Per la giurisprudenza di merito, si vedano, almeno: Trib. Bari, 30 gennaio 2018, n. 498, in *One Legale*; Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, in *Contratti*, 2021, 641 ss., con nota di L. CASTELLI, C. BOSCO, P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit.; Trib. Marsala, 30 luglio 2021, n. 587, in *One Legale*.

⁹⁴ Si esprimono, in questi termini, fra le altre: Cass. civ., 22 maggio 1990, n. 4595, cit.; Cass. civ., 9 agosto 2007, n. 17484, cit.; Cass. civ., 13 settembre 2012, n. 15339, cit.; Cass. civ., 25 gennaio 2018, n. 1869, cit.



Onde sia giustificata l'applicazione dell'art. 1189 cod. civ. anche all'ipotesi del pagamento al rappresentante apparente del creditore, la giurisprudenza prevalente ricorre oggi alla soluzione dell'apparenza «colposa», richiedendo, appunto, che la situazione di apparenza sia stata causata colposamente dal creditore effettivo (o falso rappresentato) e che il debitore sia tenuto a fornire la prova di tale ulteriore elemento.

Una rapida riflessione, peraltro, convince di come codesto orientamento, tendendo a ricostruire la fattispecie del pagamento al *falsus procurator* del creditore quale ipotesi di apparenza «colposa» non possa punto essere condiviso⁹⁵.

A tacer d'altro, invero, tale soluzione sembrerebbe creare una regola pretorile, di diritto vivente, dal dubbio fondamento normativo, che inopinatamente richiederebbe – al solo fine di ricondurre il pagamento al rappresentante apparente sotto l'egida dell'art. 1189 cod. civ. – l'accertamento di un presupposto *extra-testuale* e ulteriore (ovverosia la condotta colposa del creditore), rispetto ai presupposti espressamente e tassativamente previsti dalla disposizione normativa in esame⁹⁶.

Come si è già ricordato⁹⁷, infatti, ai sensi dell'art. 1189, comma 1, cod. civ., l'efficacia liberatoria del pagamento al creditore apparente presuppone, unicamente, da un lato, la sussistenza di «circostanze univoche» che inducano il *solvens* a ritenere che l'*accipiens* sia legittimato a ricevere il pagamento e, dall'altro lato, la prova, fornita dal *solvens*, di avere agito in «buona fede», senza che vi sia riferimento alcuno alla condotta, per di più colposa, del «vero» creditore, la quale, ove sussistente, potrà determinare, tutt'al più, un ampliamento dei margini di scusabilità dell'errore del debitore e una riduzione del grado di diligenza allo stesso richiesta⁹⁸.

Merita di essere condivisa, pertanto, la posizione di un interprete, ad avviso del quale «la soluzione “della terza via”», cui è pervenuta la giurisprudenza più recente, «trova certo ragione in uno sforzo di mediazione e contemperamento tra interessi divergenti ma, come spesso occorre, non è forse quella sistematicamente più corretta», sicché sarebbe stato «più ragionevole» ipotizzare l'applicazione dell'art. 1189 cod. civ. a ogni situazione di apparenza, enfatizzando, eventualmente, il controllo, sull'effettiva sussistenza delle «circostanze univoche»⁹⁹; solo in tal modo «si sarebbe guadagnato, senza cortocircuiti sistematici, quel necessario contemperamento tra interessi contrapposti del creditore e del debitore», che sta alla base dell'orientamento giurisprudenziale in esame, il quale, per un verso, è favorevole all'estensione, dell'art. 1189 cod. civ., all'ipotesi del pagamento al rappresentante apparente, ma, per altro verso, è «preoccupato di controllarne gli effetti»¹⁰⁰.

Può anche essere soggiunto, al riguardo, che, ove non si voglia ammettere l'applicazione diretta, della disciplina in esame, all'ipotesi del pagamento al rappresentante apparente del creditore, non potrà di certo ne-

⁹⁵ Per una critica al più recente orientamento giurisprudenziale, da ultimo evocato, si vedano: M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 133 ss.; A. D'ADDA, *Pagamento al creditore apparente ed al rappresentante apparente: un orientamento giurisprudenziale sempre ambiguo*, cit., 1359 ss.; L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 650 ss.; P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 276 ss.

⁹⁶ In tal senso, si vedano: M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 133 ss.; A. D'ADDA, *Pagamento al creditore apparente ed al rappresentante apparente: un orientamento giurisprudenziale sempre ambiguo*, cit., 1359 ss.; L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 650 ss.; P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 276 ss.

⁹⁷ V., *supra*, parr. 5 e 6.

⁹⁸ Sul punto, si veda, per tutti, S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 72 ss.

⁹⁹ Così, A. D'ADDA, *Pagamento al creditore apparente ed al rappresentante apparente: un orientamento giurisprudenziale sempre ambiguo*, cit., 1360.

¹⁰⁰ Si esprime, in questi termini, A. D'ADDA, *Pagamento al creditore apparente ed al rappresentante apparente: un orientamento giurisprudenziale sempre ambiguo*, cit., 1360.



garsene l'applicazione per il tramite dello strumento dell'*analogia legis*, racchiuso nell'art. 12, comma 2, Disp. prel. cod. civ., non dovendo essere qualificata come norma eccezionale quella recata dall'art. 1189, comma 1, cod. civ.

Nella cornice giurisprudenziale testé tratteggiata, suscitano perplessità ancor più acute, infine, quelle pronunzie¹⁰¹ che sembrerebbero orientate a estendere, anche alla fattispecie espressamente regolata dall'art. 1189 cod. civ., del pagamento al «creditore apparente», la soluzione, già di per sé criticabile, dell'apparenza «colposa», concepita con riferimento alla diversa ipotesi, non regolamentata, del pagamento al rappresentante apparente del creditore¹⁰².

Non è infrequente, invero, l'affermazione del principio giurisprudenziale secondo il quale il pagamento effettuato al rappresentante apparente, al pari di quello eseguito al creditore apparente, libera il debitore di «buona fede» ai sensi dell'art. 1189 cod. civ., a condizione che il debitore medesimo, il quale invochi il principio dell'apparenza giuridica, fornisca la prova non solo di aver confidato senza sua colpa nella situazione apparente, ma anche che il suo erroneo convincimento sia stato determinato da un comportamento colposo del creditore, che abbia fatto sorgere nel *solvens* in «buona fede» una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'*accipiens*¹⁰³.

8. – Nell'attuale prassi negoziale, specie nel contesto del commercio elettronico, gli scambi commerciali si svolgono principalmente sul *web* e coinvolgono i più evoluti strumenti di pagamento informatici, quali, a titolo di esempio, le carte di credito e di debito o i bonifici bancari.

Agli innegabili vantaggi discendenti da codesta prassi, essenzialmente riconducibili a una più agevole circolazione della ricchezza e a una maggiore speditezza dei traffici giuridici, si accompagnano, non di meno, inevitabili rischi, nel cui ambito non può che essere annoverata la diffusione delle frodi, così dette, informatiche¹⁰⁴.

Varie e molteplici si rivelano essere le tecniche per il tramite delle quali possa consumarsi una frode informatica; la più conosciuta e diffusa è senza dubbio oggi quella del «*phising*», che consiste nell'invio di messaggi (tramite *e-mail* o altri mezzi di comunicazione), recanti il logo contraffatto di istituti di credito o di altri enti, invitando il destinatario a fornire dati personali riservati, quali *password*, codici di accesso o coordinate bancarie, e motivando la richiesta con asserite ragioni di carattere tecnico¹⁰⁵.

¹⁰¹ Si vedano: Cass. civ., 3 settembre 2005, n. 17742, cit.; Cass. civ., 4 giugno 2013, n. 14028, cit.; Cass. civ., 11 settembre 2013, n. 29847, cit.; Cass. civ., 19 aprile 2018, n. 9758, cit.; Cass. civ., 15 giugno 2020, n. 11442, cit.; Cass. civ., 21 settembre 2021, n. 25509, cit.

Per la giurisprudenza di merito, si vedano, almeno: Trib. Bari, 30 gennaio 2018, n. 498, cit.; Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.

¹⁰² Sul punto, si legga, almeno, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 278.

¹⁰³ In questi termini, v.: Cass. civ., 3 settembre 2005, n. 17742, cit.; Cass. civ., 4 giugno 2013, n. 14028, cit.; Cass. civ., 11 settembre 2013, n. 29847, cit.; Cass. civ., 19 aprile 2018, n. 9758, cit.; Cass. civ., 15 giugno 2020, n. 11442, cit.; Cass. civ., 21 settembre 2021, n. 25509, cit.

Nella giurisprudenza di merito, v.: Trib. Bari, 30 gennaio 2018, n. 498, cit.; Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.

¹⁰⁴ Merita di essere ricordato, in via incidentale e senza pretesa di completezza, come le frodi informatiche abbiano ricevuto attenzione anche da parte del legislatore penale, il quale ne ha espressamente sancito la punibilità all'interno del Codice penale (art. 640-ter cod. pen.).

¹⁰⁵ Al riguardo, si vedano, almeno, L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 648.



Recentemente, in giurisprudenza¹⁰⁶, è stata ritenuta ancor più sofisticata, rispetto al «*phishing*», la tecnica del «*third man in the middle*» o «*man in the middle*»¹⁰⁷, la quale si sostanzia in un attacco informatico in cui un soggetto viola la sicurezza di un sistema e diventa, così, in grado di leggere, inserire o modificare i messaggi scambiati tra due parti comunicanti, senza che nessuna di loro se ne accorga o, sospettato l'attacco, sia in grado di sapere se il collegamento sia stato realmente compromesso¹⁰⁸.

Nell'ambito delle frodi informatiche, oltre al «*phishing*» e al «*man in the middle*», merita di essere richiamata, a mero titolo esemplificativo, anche la «*Business e-mail compromise fraud*» (o, in forma abbreviata, «*Bec fraud*»), la quale sfrutta la manipolazione e la compromissione dell'*e-mail* di lavoro di un'azienda; suo tramite, infatti, i truffatori impiegano indirizzi *e-mail* somiglianti a quelli di un'azienda oppure, in certi casi, gli *accounts* di posta elettronica effettivi (ottenuti, a titolo di esempio, tramite *e-mail* di «*phishing*» o acquistati sul *dark web*), per inviare messaggi in cui si fingono rappresentanti o dipendenti dell'azienda medesima, allo scopo di convincere il destinatario del messaggio a compiere un'azione dannosa, come un pagamento a favore di un fornitore o la condivisione di informazioni riservate, quali dati bancari o numeri di carte di pagamento.

Orbene, nel variegato contesto delle frodi informatiche, le quali possono assumere, a seconda del caso concreto, le più disparate fisionomie¹⁰⁹, ben può accadere, per quanto attiene alle finalità in esame, che il debitore di un'obbligazione pecuniaria, proprio in dipendenza di una frode informatica, perpetrata da un *hacker*, esegua il pagamento a vantaggio di un creditore soltanto «apparente»; nel qual caso, occorrerà accertare, caso per caso, se possa verificarsi, oppure no, l'effetto liberatorio previsto dall'art. 1189, comma 1, cod. civ.

A ben vedere, il tema delle truffe digitali si presta a essere esaminato in relazione non soltanto alla fattispecie del pagamento al creditore apparente, ma anche a quella del pagamento al «rappresentante apparente» del creditore¹¹⁰.

Efficacemente, invero, è stata richiamata, al riguardo, la distinzione, proposta dall'art. 30-*bis* del d.lgs. n. 141/2010 in materia di contratti di credito al consumo, tra furto d'identità con «impersonificazione totale» e furto d'identità con «impersonificazione parziale»¹¹¹. In base all'art. 30-*bis* del d.lgs. n. 141/2010, la «impersonificazione totale» è definita come l'«occultamento totale della propria identità mediante l'utilizzo indebito di dati relativi all'identità e al reddito di un altro soggetto», mentre la «impersonificazione parziale» si

Allorquando i messaggi non soltanto rechino la corretta denominazione dell'istituto di credito, ma si inseriscano, altresì, nella conversazione contenente messaggi genuini e autentici, effettivamente provenienti dall'istituto di credito medesimo, si è in presenza del fenomeno conosciuto con il nome di «*spoofing*»: sul punto, cfr., almeno, Arbitrato Bancario Finanziario, Collegio di Roma, Decisione n. 24970/2021 del 10 dicembre 2021, reperibile sul sito www.arbitratobancariofinanziario.it.

¹⁰⁶ In questi termini, v. L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 648.

V., inoltre, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 280.

Sul tema, si legga, altresì, S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 113 ss.

¹⁰⁷ V., più a fondo, *infra*, par. 9.

Sul tema, si legga, altresì, S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 113 ss.

¹⁰⁸ Cfr. Trib. Milano, 4 dicembre 2014, in *One Legale*, la cui pronuncia opera una distinzione tra «*phishing*», «*man in the middle*» e «*man in the browser*», definendo, quest'ultimo fenomeno, come un virus che si insinua nel programma che si utilizza per accedere a internet e che intercetta i dati mentre vengono digitati.

¹⁰⁹ Si legga, in argomento, R. FRAU, *Home banking, phishing e responsabilità civile della banca*, nota a Cass. civ., 12 aprile 2018, n. 9158, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 622 ss., *ivi*, numerosi richiami.

¹¹⁰ Su codesta distinzione, v., più a fondo, *supra*, par. 7.

¹¹¹ La riflessione, suggerita da L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 648 ss., è stata ripresa, altresì, da S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 116 ss.



identifica con l'«occultamento parziale della propria identità mediante l'impiego, in forma combinata, di dati relativi alla propria persona e l'utilizzo indebito di dati relativi ad un altro soggetto». La prima ipotesi ricorre, dunque, quando l'*hacker*, occultando totalmente la propria identità, si sia impossessato del profilo digitale di un altro soggetto; la seconda, invece, allorché l'*hacker*, utilizzando i propri dati identificativi in combinazione con quelli di un altro soggetto, abbia fatto apparire all'esterno una relazione tra gli stessi, che però in realtà è inesistente¹¹². Quanto alla prima ipotesi, si pensi, a titolo di esempio, al furto di identità da parte di un soggetto che si sostituisca sul *web* a un'altra persona fisica, la quale sia effettivamente titolare di un diritto di credito; nel qual caso, il pagamento effettuato dal debitore in favore dell'*hacker* potrebbe qualificarsi, al ricorrere dei presupposti previsti dall'art. 1189 cod. civ., alla stregua di pagamento al creditore apparente, configurandosi, per il debitore, una totale coincidenza tra il soggetto titolare del rapporto obbligatorio (creditore effettivo) e il soggetto al quale abbia destinato il pagamento illegittimo (creditore apparente-*hacker*)¹¹³. Quanto alla seconda ipotesi, si pensi, invece, sempre a titolo esemplificativo, all'utilizzo, da parte di un soggetto, di segni distintivi e di riferimenti univoci di una determinata persona, fisica o giuridica, al solo fine di ingenerare nel debitore il convincimento di relazionarsi con un soggetto appartenente all'organizzazione del creditore¹¹⁴; nel qual caso, potrà porsi l'interrogativo, già in precedenza illustrato, circa l'applicabilità dell'art. 1189 cod. civ. all'ipotesi del pagamento al rappresentante apparente del creditore.

9. – In relazione alla disciplina affidata all'art. 1189 cod. civ., ha suscitato spiccato interesse, soprattutto nella giurisprudenza di merito¹¹⁵, a ragione della sua ricorrenza applicativa, il fenomeno del così detto «*man in the middle*»¹¹⁶.

Si tratta, come si è anticipato, di un tipo di attacco informatico nel quale un soggetto, violando la sicurezza di un sistema, diviene in grado di leggere, inserire o modificare i messaggi scambiati tra due parti comunicanti, senza che nessuna di loro se ne accorga o, sospettato l'attacco, sia in grado di sapere se il collegamento sia stato realmente compromesso¹¹⁷.

Il «*man in the middle*» (letteralmente: “uomo nel mezzo”) identifica la vittima, tipicamente un'impresa che è solita comunicare ai clienti i propri dati bancari via *e-mail* per ottenere i pagamenti, ed escogita un metodo per individuarne il traffico *internet* e decifrarlo, in modo tale da porsi nella condizione di monitorare le

¹¹² Così, S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 116.

¹¹³ Si esprime, in questi termini, S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 117.

¹¹⁴ Sul punto, si veda S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 117.

¹¹⁵ Si vedano, in particolare: Trib. Milano, 4 dicembre 2014, cit.; Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.; Trib. Milano, 4 aprile 2022, n. 2950, in *One Legale*.

¹¹⁶ Sul tema, si leggano: L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 647 ss.; P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 280 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 113 ss.

¹¹⁷ Tale fenomeno viene definito dall'“Allegato A” al Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 12 novembre 2014, n. 513, in base al quale: «*Third in the middle*: in crittografia è un tipo di attacco (noto anche come *man in the middle*, MIM) nel quale il soggetto “attaccante” (colui che tenta di violare la sicurezza del sistema) è in grado di leggere, inserire o modificare a piacere i messaggi scambiati tra le due parti comunicanti senza che nessuna delle due sia in grado di sapere se il collegamento che le unisce reciprocamente sia stato effettivamente compromesso. L'attaccante è così in grado di osservare, intercettare e replicare verso la destinazione prestabilita il transito dei messaggi tra le due parti comunicanti»; sul punto, v. S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 113, nota 176.

In tal senso, si vedano anche: L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 648; P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 280.



conversazioni tra l'impresa e la clientela; successivamente, quando il credito vantato dall'impresa nei confronti del cliente sia divenuto esigibile, l'*hacker*, fingendo di essere il creditore (l'impresa), invia un messaggio al debitore (il cliente) dalla casella di posta elettronica violata o da altra casella con indirizzo simile, e gli domanda di effettuare il pagamento su un conto corrente aperto appositamente¹¹⁸.

Ebbene, codesto fenomeno, sicuramente riconducibile al novero delle frodi informatiche, può essere esaminato alla luce della disciplina racchiusa nell'art. 1189 cod. civ., atteso che, non di rado, può orientare il debitore a effettuare il pagamento, dallo stesso dovuto, in favore di un soggetto soltanto apparentemente legittimato a riceverlo¹¹⁹.

Una peculiare fattispecie, emersa in contenzioso nell'ambito di un giudizio di merito, ha fornito l'occasione al Tribunale di Milano di pronunciarsi proprio sul rapporto tra il fenomeno del «*man in the middle*» e la disciplina in esame, vale a dire del pagamento al creditore (e al rappresentante) apparente¹²⁰.

La questione, così prospettata al Tribunale di Milano, è connessa alla vicenda estintiva di un rapporto di credito intercorrente fra due società commerciali, nel cui contesto erano state inviate alla società debitrice, da un indirizzo *e-mail* fittizio, in apparenza riconducibile alla società creditrice, alcune indicazioni circa le modalità di pagamento delle somme dovute, nonché gli estremi del conto corrente bancario estero, sul quale effettuare il versamento; sicché, la società debitrice provvedeva a eseguire il pagamento in piena conformità alle indicazioni ricevute e alla fattura recante timbro e sottoscrizione apparentemente riconducibili alla società creditrice, ma in realtà appartenenti a un *hacker*¹²¹.

Il Tribunale di Milano, chiamato a pronunciarsi sulla questione, ha attribuito efficacia liberatoria al pagamento eseguito dal *solvens* sul conto corrente indicatogli dal «*man in the middle*», ai sensi dell'art. 1189 cod. civ.¹²².

Il Tribunale, in particolare, ha ravvisato, nel caso sottoposto al suo esame, un'ipotesi di pagamento liberatorio nei confronti del rappresentante apparente del creditore, conformandosi così al più recente orientamento della Corte di Cassazione¹²³, giusta il quale il pagamento effettuato al rappresentante apparente, al pari di quello eseguito al creditore apparente, libera il debitore di «buona fede» ai sensi dell'art. 1189 cod. civ., a condizione che il debitore medesimo, che invochi il principio dell'apparenza giuridica, fornisca la prova non solo di aver confidato senza sua colpa nella situazione apparente, ma anche che il suo erroneo convincimento sia stato determinato da un comportamento colposo del creditore, che abbia fatto sorgere nel *solvens* in

¹¹⁸ Si esprime, in questi termini, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 280.

¹¹⁹ Sul tema, si leggano: L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 647 ss.; P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 280 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 113 ss.

¹²⁰ Si veda Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.

¹²¹ Così, L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 644 ss.

¹²² Cfr. Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.

Per un approfondimento del contenuto di tale decisione, si leggano: L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 649 ss.; P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 280 ss.; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 113 ss. V., inoltre, A. PENTIMALLI-I. BELLINI, *Frodi informatiche e pagamento al creditore apparente, debitore liberato dall'obbligazione di pagamento*, in *nplusrdiritto.ilsole24ore.com*.

¹²³ In questi termini, v.: Cass. civ., 3 settembre 2005, n. 17742, cit.; Cass. civ., 4 giugno 2013, n. 14028, cit.; Cass. civ., 11 settembre 2013, n. 29847, cit.; Cass. civ., 19 aprile 2018, n. 9758, cit.; Cass. civ., 15 giugno 2020, n. 11442, cit.; Cass. civ., 21 settembre 2021, n. 25509, cit.



«buona fede» una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'*accipiens*¹²⁴.

Innanzitutto, le «circostanze univoche», che avrebbero indotto il *solvens* a ritenere che l'*accipiens* fosse legittimato a ricevere il pagamento, sono state rintracciate, dal Tribunale di Milano¹²⁵: nella circostanza che il codice “IBAN” in favore del quale è stato effettuato il bonifico bancario era stato comunicato al debitore attraverso una *e-mail* che, sebbene non recasse, nel dominio, la ragione sociale della società creditrice, era già stata proficuamente utilizzata nel corso del rapporto commerciale, in modo alternato con altra *e-mail* ufficiale, impiegata dalla società creditrice medesima; nella confezione e nell’invio di documenti falsi¹²⁶, identici a quelli veri, ivi compresa la fattura di pagamento, presentata come sostitutiva di una precedente fattura emessa dal vero creditore, accompagnata dalla illustrazione di specifiche motivazioni tecniche, idonee a giustificare la richiesta di pagamento in favore di un conto corrente estero, diverso dall’usuale conto corrente nazionale di titolarità del creditore-venditore; nella natura internazionale della compravendita, idonea, in quanto tale, a far sembrare sensata la richiesta di pagamento in favore di un conto corrente straniero¹²⁷.

La «buona fede» del *solvens*, invece, è stata ritenuta sussistente, dal Tribunale¹²⁸, soprattutto in considerazione del fatto che la società debitrice, al fine di eseguire il pagamento, non avesse ritenuto sufficiente la comunicazione a mezzo *e-mail* di un diverso codice “IBAN”, ma avesse richiesto, e ottenuto, l’invio di una nuova fattura, recante al suo interno l’indicazione delle nuove coordinate bancarie¹²⁹.

L’ulteriore elemento *extra-testuale*, della condotta colposa del creditore, ritenuto necessario, dalla giurisprudenza oggi prevalente¹³⁰, nel senso meglio sopra precisato¹³¹, ai fini dell’efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente del creditore, è stato individuato, infine, dal Tribunale di Milano¹³², nella *culpa in vigilando*, della società creditrice, su un proprio dipendente “infedele” o sui propri sistemi informatici, a seconda che l’indirizzo *e-mail* fittizio – impiegato per inviare al debitore le indicazioni circa le modalità di pagamento delle somme dovute, gli estremi del conto corrente bancario su cui effettuare il versamento e la fattura – fosse stato utilizzato da un soggetto “interno” all’organizzazione aziendale del creditore oppure da un soggetto “esterno”, che si sia introdotto nei sistemi informatici del creditore medesimo¹³³. Ad avviso del Tribunale¹³⁴, in altri termini, la società creditrice avrebbe determinato, o concorso a determinare, l’errore del *solvens*, facendo sorgere nello stesso una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'*accipiens*, sia nel caso in cui l'*accipiens* fosse stato un soggetto *intraneus* all’organizza-

¹²⁴ Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.

¹²⁵ Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.

¹²⁶ In argomento, è imprescindibile il richiamo a M. ORLANDI, *Il falso digitale*, Milano, 2003, *passim*.

¹²⁷ In questi termini, si veda S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 114 ss.

V., inoltre, L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull’efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 649 ss.

¹²⁸ Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.

¹²⁹ Sul punto, si veda S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 115.

V., altresì, L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull’efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 649 ss.

¹³⁰ In tal senso, v.: Cass. civ., 3 settembre 2005, n. 17742, cit.; Cass. civ., 4 giugno 2013, n. 14028, cit.; Cass. civ., 11 settembre 2013, n. 29847, cit.; Cass. civ., 19 aprile 2018, n. 9758, cit.; Cass. civ., 15 giugno 2020, n. 11442, cit.; Cass. civ., 21 settembre 2021, n. 25509, cit.

¹³¹ V., *supra*, par. 7.

¹³² Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.

¹³³ Al riguardo, si vedano: L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull’efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 650; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 115.

¹³⁴ Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.



zione imprenditoriale del creditore, sia nel caso in cui i sistemi informatici del creditore medesimo avessero subito un attacco *hacker*, tramite la tecnica del «*man in the middle*», dovendosi ravvisare, appunto, in entrambi i casi, la *culpa in vigilando* del creditore effettivo¹³⁵.

La conclusione alla quale è pervenuto, nella pronuncia dianzi richiamata, il Tribunale di Milano¹³⁶ non appare convincente.

Non può essere condivisa, anzitutto, l'affermazione secondo la quale il pagamento effettuato al rappresentante apparente, al pari di quello eseguito al creditore apparente, avrebbe efficacia liberatoria soltanto allorché il debitore riesca a dimostrare non solo che sussistano i presupposti divisati dall'art. 1189 cod. civ., ma anche che il suo erroneo convincimento sia stato determinato da una condotta colposa del creditore; la quale, a ben vedere, anche nelle ipotesi riconducibili al fenomeno del «*man in the middle*», non potrebbe erigersi a elemento costitutivo della fattispecie scolpita nell'art. 1189 cod. civ., potendo rilevare, tutt'al più, nella valutazione della «buona fede» del *solvens*, come circostanza idonea a ingenerare nel debitore la convinzione di comportarsi secondo diritto e a ridurre il grado di diligenza allo stesso richiesta¹³⁷.

L'art. 1189 cod. civ. contempla, invero, come si è già accennato¹³⁸, una fattispecie di apparenza «pura», e non già «colposa», sicché verrebbe irragionevolmente misconosciuto il dato testuale normativo, là dove si ritenesse necessaria, ai fini della sua applicazione, anche la sussistenza di una condotta negligente, colposa, imputabile al creditore, essendo di per sé sufficiente, al predetto fine, che la situazione di apparente legittimazione a ricevere il pagamento sia accompagnata dalla convinzione, da parte del *solvens*, fondata su un errore scusabile, di aver agito secondo diritto.

Non è dato comprendere, in definitiva, come la condotta colposa del creditore, non essendo stata contemplata, dal legislatore, tra i presupposti applicativi della disciplina del pagamento al creditore apparente, possa esservi ricondotta, *a posteriori*, per via giurisprudenziale.

A ben vedere, peraltro, quella condotta non potrebbe neppure essere considerata un espediente al solo fine di estendere l'applicazione della disciplina in esame anche all'ipotesi del pagamento al rappresentante apparente del creditore, dovendosi ritenere che codesta ipotesi sia pur sempre regolata, se non in via diretta, quanto meno per via analogica, dall'art. 1189 cod. civ., il quale, appunto, non menziona, tra i suoi presupposti applicativi, la condotta colposa del creditore.

Con peculiare riferimento al fenomeno del così detto «*man in the middle*», poi, anche a voler condividere, solo per ipotesi, l'assunto del Tribunale di Milano, per cui sarebbe necessaria, ai fini dell'applicazione dell'art. 1189 cod. civ., la condotta colposa del creditore, non potrebbe mancarsi di rilevare come il Tribunale sia comunque pervenuto a una conclusione «affrettata» o, quanto meno, poco ragionevole, avendo ravvisato una generica *culpa in vigilando* in capo al creditore, per il solo fatto che lo stesso non avesse adeguatamente controllato i propri sistemi informatici o non si fosse accorto dell'ingerenza di soggetti terzi nel rapporto contrattuale¹³⁹, senza aver condotto alcun approfondimento circa il grado di diligenza richiesta al creditore medesimo¹⁴⁰.

¹³⁵ Sul punto, v.: L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 650; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 115.

¹³⁶ Trib. Milano, 7 maggio 2021, n. 18950, cit.

¹³⁷ Nello stesso senso, v. S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 120.

¹³⁸ V., *supra*, par. 3.

¹³⁹ Sul punto, v. anche S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 118.

¹⁴⁰ Si vedano, al riguardo, L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 650.



Si avverte, pertanto, la sensazione, condivisa da alcuni interpreti¹⁴¹, che il Tribunale di Milano abbia qualificato come colposa la condotta del creditore effettivo, al solo fine di giustificare l'applicazione dell'art. 1189 cod. civ. alla fattispecie sottoposta al suo scrutinio, non potendosi ritenere, infatti, che un attacco informatico, ancorché escogitato mediante la tecnica del «*man in the middle*», risulti *tout court* imprevedibile e inevitabile, sol che si consideri la ricorrenza di frodi informatiche di siffatto genere e la possibilità per il creditore di contrastarle mediante l'adozione di adeguate precauzioni, dovendosi piuttosto valutare, in concreto, la diligenza del creditore nella sorveglianza dei propri sistemi informatici¹⁴².

In conclusione, sebbene abbia fornito l'occasione per una riflessione circa il rapporto tra le frodi informatiche – e, più in particolare, il fenomeno, non infrequente, del così detto «*man in the middle*» – e la disciplina racchiusa nell'art. 1189 cod. civ., la pronuncia del Tribunale di Milano non è giunta a conclusioni soddisfacenti, anche a ragione del fatto che non ha menomamente operato un bilanciamento tra gli interessi in gioco, non avendo inopinatamente esitato a sacrificare l'interesse del creditore, a beneficio dell'estinzione del rapporto obbligatorio; bilanciamento, quest'ultimo, al quale si auspica possano ispirarsi, invece, le successive pronunzie che interverranno *in subiecta materia*, accettando il rischio che, talvolta, l'interesse del creditore possa essere reputato prevalente rispetto alla liberazione del debitore.

Merita di essere richiamata, da ultimo, la soluzione accolta in altra, recente, pronuncia del Tribunale di Milano, la quale, sempre in un caso di «*man in the middle*» – dopo aver (ri-)affermato, in maniera poco convincente, l'efficacia liberatoria del pagamento al creditore apparente a norma dell'art. 1189 cod. civ., a condizione che il *solvens* provi di aver confidato senza sua colpa nell'apparente titolarità del credito in capo all'*accipiens* e che tale ragionevole presunzione sia stata determinata da un comportamento colposo del creditore –, ha rivolto lo sguardo ai rimedi potenzialmente esperibili, in tale evenienza, dal creditore effettivo¹⁴³. Il Tribunale¹⁴⁴ ha opportunamente posto in luce, al riguardo, come il creditore possa avanzare, in detta ipotesi, un'azione restitutoria contro l'*accipiens* a norma dell'art. 1189, comma 2, cod. civ.¹⁴⁵; inoltre, ed eventualmente, un'azione risarcitoria contro l'istituto di credito presso cui sia stato riscosso il pagamento, qualora sia ravvisabile una sua responsabilità per aver eseguito un bonifico, nonostante la discrasia tra il titolare del conto corrente indicato dal codice “IBAN” e il nominativo del beneficiario¹⁴⁶.

¹⁴¹ Si vedano: L. CASTELLI-C. BOSCO-P. DE NEGRI, *Il punto sull'efficacia liberatoria del pagamento al rappresentante apparente*, cit., 650 ss.; P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 281; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 118.

¹⁴² Sul punto, si veda, in particolare, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 281, il quale, puntualmente, rammenta che, nel contesto di tale verifica, si dovrà considerare la natura professionale o consumeristica della vittima dell'accatto, potendosi esigere una diligenza maggiore nel primo caso (cfr. art. 1176, comma 2, cod. civ.).

¹⁴³ Cfr. Trib. Milano, 4 aprile 2022, n. 2950, cit.

¹⁴⁴ Trib. Milano, 4 aprile 2022, n. 2950, cit.

¹⁴⁵ Sulla discussa natura dell'azione prevista dall'art. 1189, comma 2, cod. civ., si vedano, almeno: P. SCHLESINGER, *La ratifica del pagamento effettuato al non creditore*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, 36 ss.; A. ALBANESE, *Profili dell'adempimento non dovuto nei rapporti trilateri: indebito soggettivo, pagamento al creditore apparente, adempimento del terzo e surrogazione legale*, in *Contr. e impr.*, 2006, 459 ss.; M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento. Artt. 1188-1192*, cit., 165 ss., *ivi*, numerosi richiami; S.T. BARBARO, *Il creditore apparente*, cit., 121 ss.

Sull'argomento, si veda, di recente, altresì, U. CARNEVALI, *Pagamento con assegno circolare e provvista abusivamente addebitata a terzi*, in *Contratti*, 2023, 339 ss.

¹⁴⁶ Al riguardo, si veda, in particolare, P. BUSSI, *Il pagamento al creditore apparente: rimedi discutibili alla forza d'inerzia di un orientamento criticabile*, cit., 281 ss., il quale svolge una riflessione anche sulla disciplina racchiusa nel D. Lgs. n. 11/2010, sui servizi di pagamento.



10. – L’incessante diffusione, nell’odierna prassi negoziale, di (sempre più) sofisticate tecniche di intrusione, da parte di soggetti terzi, nei sistemi informatici altrui rischia, non di rado, di scalfire, nel senso finora descritto, anche i rapporti tra debitore e creditore, e affida quindi all’interprete il compito di valutare, caso per caso, la possibile applicazione, in una prospettiva più moderna, della disciplina contemplata dall’art. 1189 cod. civ., laddove il debitore, a titolo di esempio, abbia eseguito la prestazione, a cagione di una frode informatica, in favore di un *hacker*, il quale abbia assunte le sembianze del vero creditore o, comunque, del suo rappresentante apparente.

Compito, quello menzionato, che non è punto agevole, come testimoniato dalle frequenti occasioni di contenzioso, che hanno costretto la giurisprudenza a ricercare possibili soluzioni alle pressanti questioni interpretative recentemente suscitate dall’art. 1189 cod. civ. in relazione al tema delle frodi informatiche.

A ben vedere, le pronunzie giurisprudenziali intervenute sul tema hanno sì contribuito a fornire importanti spunti di riflessione su questioni ancora irrisolte; a nessuna di quelle, tuttavia, pare potersi riconoscere il pregio di aver prospettato rassicuranti soluzioni “definitive”, capaci di rendere superflue ulteriori interpretazioni.

Invero, nella maggior parte dei casi in cui il debitore, a séguito di un attacco informatico, abbia effettuato il pagamento su un conto corrente comunicatogli dall’*hacker*, diverso da quello del creditore effettivo, la giurisprudenza si è mostrata propensa ad affermare, con una certa avventatezza, l’efficacia liberatoria del pagamento *ex art.* 1189 cod. civ., a discapito delle ragioni del creditore insoddisfatto, pur senza aver condotto una scrupolosa indagine di tutti gli elementi desumibili dal caso concreto.

Si rivela auspicabile, quindi, nella cornice testé tratteggiata, un intervento legislativo volto a introdurre una disciplina chiara, puntuale e organica di tutte le possibili ipotesi di frode informatica, nonché a prevedere criteri, univoci e circostanziati, che possano agevolmente orientare l’interprete nella scelta se ritenere applicabile, oppure no, nelle ipotesi più discusse, la disciplina del pagamento al creditore apparente.

Potrebbe rivelarsi utile, in tale prospettiva, a titolo di esempio, l’introduzione di parametri selettivi, o di indicazioni esemplificative, da cui poter desumere la sussistenza delle «circostanze univoche» e la «buona fede» del *solvens*, rilevanti ai sensi dell’art. 1189 cod. civ.

In alternativa, sarebbe parimenti auspicabile il progressivo consolidamento di un orientamento giurisprudenziale univoco, che, anziché ricercare presupposti *extra-testuali* – come la condotta colposa del creditore – al solo fine di giustificare l’applicazione dell’art. 1189 cod. civ. ai casi, non espressamente regolati, di «*man in the middle*» e di pagamento al rappresentante apparente del creditore, individui criteri ermeneutici ben circoscritti e definiti, che consentano di prevenire o, quanto meno, di limitare il folto contenzioso sviluppatosi *in subiecta materia*.



GIOVANNI FAPPIANO

Dottorando – Università degli Studi di Brescia

TUTELA DELLA SCELTA E PROPORZIONALITÀ DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Contratto «giusto» e principio di proporzionalità. – 2. I risvolti rimediali. – 3. La rilettura costituzionalmente orientata dei rapporti contrattuali. – 4. L'incidenza dei principi e delle clausole generali nei più recenti orientamenti giurisprudenziali. – 5. Una «giustizia contrattuale» concreta a garanzia del fisiologico esplicarsi del consenso.

1. – Per quanto la garanzia dell'equilibrio tra le prestazioni, ricorrentemente legata alla tematica della 'giustizia contrattuale'¹, trovi riscontri univoci già nelle fonti del diritto romano², decisiva importanza nella sua formazione storica è attribuita all'età postclassica, quando, sotto l'influenza della cultura cristiana, è emersa la dottrina del *iustum pretium*, accompagnata da una prima disciplina sulla rescissione³. L'influenza dei valori del cristianesimo, nell'età medievale, aveva infatti segnato significativamente il processo di individuazione della portata precettiva dell'atto di autonomia privata. Anche attraverso l'istituto dell'*aequitas canonica*, che aveva permesso al giudice ecclesiastico di correggere le 'ingiustizie' del diritto comune, il contratto si modellava a strumento di attuazione dell'equo contemperamento degli interessi, concretizzando una

¹ Il tema della 'giustizia contrattuale' è stato ampiamente discusso in dottrina. Si rinvia, senza pretesa di completezza, a G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 39 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 20 ss.; ID., *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in ID., *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, 149 ss.; G. SMORTO, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica italiana*, Bologna, 2008, 219 ss.; A. D'ANGELO-P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, *passim*; M. BARCELLONA, *Clausole generale e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, *passim*; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, *passim*; A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo». Regole dispositive in funzione «conformativa». Ovvero una nuova stagione per la giustizia contrattuale?* in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 361 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, *passim*; ID., voce *Contratto giusto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, III, Torino, 2007, 403 ss.; R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, *ivi*, VII, Torino, 2012, 534 ss.; V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 446 ss.; E. NAVARETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1262 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?* in *Politica del diritto*, 3, 2007, 451 ss.; L.V. MOSCARINI, *Riflessioni sul tema del «contratto giusto»*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, 617 ss.

² Basti pensare alla *laesio enormis*, che traeva il proprio fondamento nei rescritti attribuiti agli imperatori Diocleziano e Massimiano (285 e 293 d.C.) e consentiva al venditore di rendere inefficace il contratto di compravendita qualora il prezzo pagato dall'acquirente fosse inferiore alla metà del valore della cosa venduta. Per un maggiore approfondimento dell'istituto di diritto romano si rinvia a A. GREBIENIOW, *La laesio enormis e la stabilità contrattuale*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2014, 61, 195 ss.

³ Si rinvia al riguardo a P. S. LEICHT, *Laesio enormis e Justum pretium*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, I, Milano, 1939, 48 ss.



‘giustizia contrattuale’ di natura ‘distributiva’ la cui assenza avrebbe comportato riflessi negativi sulla stessa validità ed efficacia dell’atto⁴.

Una siffatta ricostruzione logico-giuridica fu superata dagli ideali liberali, che influenzarono il processo di codificazione civile. L’affermazione del dogma della volontà creatrice, comportando la coerente esigenza che «*qui dit contractuel, dit juste*»⁵, portò all’esclusione del paradosso giuridico correlato all’idea secondo cui le parti potessero prestare il consenso ad un accordo produttivo di perdite e di svantaggi. Toccava, a tal stregua, proprio e solo alle parti assicurare una giustizia nei loro rapporti, con conseguente sottrazione di ogni ingerenza legislativa o giudiziale.

Non può essere per questo motivo considerato irrilevante il fatto che l’art. 1101 cod. civ. del 1865 qualificava come «oneroso» il contratto «nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio». L’espressione «intende», rimarcando un’accezione ‘soggettiva’ dell’equilibrio contrattuale, chiariva che la valutazione dell’adeguatezza delle prestazioni era lasciata all’individuale apprezzamento delle parti⁶.

La codificazione del 1942, pur essendo ancora fortemente influenzata dai principi dell’economia liberale, presenta disposizioni volte ad assicurare una ricostruzione in termini oggettivi del concetto di equilibrio contrattuale, concorrendo a stabilire per legge quantomeno un ‘giusto’ valore minimo delle prestazioni contrattuali⁷. La limitazione della libertà negoziale in tal modo introdotta, tuttavia, è stata per lungo tempo intesa in termini eccezionali, così da individuare il suo fondamento giustificativo nella presenza di circostanze di mercato fisiologicamente inidonee a consentire alle regole del libero scambio che i valori delle prestazioni rispecchiassero spontaneamente un assetto equo⁸.

Solo in tempi più recenti una parte della dottrina ha prospettato l’esistenza di un vero e proprio principio generale di proporzionalità, ricavato da norme «a vocazione allargata» attraverso un procedimento di astrazione crescente, capace di introdurre, nel sistema, un nuovo profilo di valutazione degli interessi basato sull’adeguatezza delle prestazioni⁹.

Il fondamento giustificativo di tale ricostruzione, strettamente correlato ad una visione costituzionalizzata del diritto civile, ha comportato, dal punto di vista applicativo, l’esclusione della natura eccezionale delle singole previsioni volte a regolare in termini più ‘giusti’ l’assetto contrattuale voluto dalle parti. L’immediata precettività del principio, attraverso l’ausilio dell’interpretazione costituzionalmente orientata, consentirebbe, in altri termini, all’operatore di diritto di orientare tutti i rapporti contrattuali all’equilibrio tra le prestazioni,

⁴ Cfr. M. R. PIZZORNI, *Diritto, etica e religione, il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d’Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 2005, 184 ss.; A. SAPORI, *Il giusto prezzo nella dottrina di San Tommaso e nella pratica del suo tempo*, in *Studi di storia economica*, Firenze, 1995, 265 ss.

⁵ A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1886, 410.

⁶ S. GATTI, *L’adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 441.

⁷ Cfr. F. CAMILLETTI, *Profili dell’equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, 43.

⁸ R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, 314.

⁹ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 341 ss.; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 441 ss.; ID., *I nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 533 ss.; ID., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, 3 ss.; ID., *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 480 ss. Per una prima replica, cfr. però anche P. SCHLESINGER, *L’autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 231, secondo il quale «parrebbe sempre ben fermo il baluardo più importante della libertà di autodeterminazione dei privati: al di là di interventi specifici del legislatore, rimane il rispetto della volontà dei contraenti, liberi di poter scegliere con totale discrezionalità i loro obiettivi e gli strumenti economici con cui perseguirli. Pertanto, almeno in linea di principio, e salvo che si ravvisano abusi o scorrettezza di tipo procedurale, il giudice “non può mettere i piedi nel piatto” e modificare d’imperio le condizioni dello scambio, neppure quando lo faccia allo scopo di assicurare la “giustizia” sostanziale della transazione».



indipendentemente dalla presenza di specifiche disposizioni normative dirette ad indicare analiticamente come attuare tale equilibrio¹⁰.

In termini generali, tuttavia, l'eterointegrazione giudiziale comporta il rischio di rinunciare al diritto come strumento di attuazione di scelte politico-economiche e alla giurisdizione quale mezzo di applicazione – e non di creazione – della norma giuridica. Il rischio è quello di un rovesciamento del senso stesso di 'giustizia': dall'esigenza di garantire la libera iniziativa economica – che trova un diretto riscontro anche nel dettato costituzionale (art. 41 Cost.) – per soddisfare gli interessi utilitaristici di ogni singolo contraente, si passa alla creazione di una regola rimessa alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, spesso motivata da ragioni etiche non verificabili *a priori*¹¹.

Come ogni principio, anche quello di proporzionalità richiama, infatti, elementi fuori da sé e concetti estranei alla positivizzazione, con l'inevitabile conseguenza di un'attività ermeneutica potenzialmente idonea a sovvertire la funzione politica dell'ordinamento mutando la tassatività delle norme che prevedono un sindacato sull'equilibrio economico del contratto in figure sintomatiche di un più alto – ma inevitabilmente generico – apparato valoriale¹².

2. – A favore di questa conclusione depone una più attenta valutazione dei risvolti rimediali delle specifiche ipotesi legislative che attribuiscono rilevanza giuridica a meccanismi di adeguatezza e proporzionalità per i rapporti privatistici¹³.

La tecnica normativa non sembra infatti essere sempre volta a garantire un'indiscriminata equivalenza tra i valori delle prestazioni¹⁴, considerando principalmente che nell'aspetto fisiologico della contrattazione so-

¹⁰ Di tale principio l'art. 1384 cod. civ. rappresenterebbe l'«epifenomeno positivo». Sul punto cfr. V. PESCATORE, *Clausola «di irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, I, Napoli, 2008, in part. 707 e 710, il quale pur non contestando l'ordinarietà del controllo sugli atti dei privati pone in risalto l'eccezionalità della penale rispetto alla regolarità degli istituti – come quello di cui all'art. 1448 cod. civ. – in cui il giudice «non può entrare nel contratto».

¹¹ Cfr. G. VETTORI, *Diritto dei contratti e 'Costituzione' europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 134, secondo il quale «i dati normativi da cui si intende astrarre il principio hanno ancora elementi di ambiguità evidenti e tali da non consentire di affermare un'esigenza di adeguatezza oggettiva tra le prestazioni».

¹² L'uso dei principi e delle clausole generali, che, come opportunamente rileva E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 789 ss., non può dirsi estraneo alla tecnica normativa del legislatore comunitario degli ultimi anni, opera a discapito della legge che «si fa anch'essa fluida: non più la rude serietà di fattispecie ed effetto..., ma premesse storico-politiche e motivazioni sociologiche e indicazioni di scopi» (così N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 68).

¹³ Oltre alla clausola penale, un esempio può essere offerto dall'azione di rescissione della divisione ereditaria, che è esperibile unicamente nel caso in cui sussista una lesione *ultra quartum* ed è diretta ad assicurare a ciascun dividendo il conseguimento materiale dell'effettiva quota spettantegli (G. BONLINI, voce *Divisione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VI, Torino, 1990, 944). L'art. 763 cod. civ. non fa alcun riferimento né allo stato di pericolo né allo stato di bisogno. L'unico presupposto per esercitare l'azione di rescissione della divisione ereditaria è che vi sia una lesione oggettiva, caratterizzata dal fatto che il dividendo abbia ottenuto, proporzionalmente a quanto abbiano ricevuto gli altri dividendi, dei beni di valore inferiore ad un quarto rispetto al valore della propria quota. Per un maggior approfondimento si rinvia a G. MIRABELLI, voce *Divisione (diritto civile)*, in *Nov. Dig. it.*, VI, Torino, 1964, 34 ss.; ID., *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur.*, 1949, I, 44 ss.

¹⁴ Cfr. V. PESCATORE, *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obbl. contr.*, 2012, 169, secondo il quale, anche con supporto delle previsioni di *soft law*, sembrerebbe – a leggere certe affermazioni – che la verifica dello squilibrio economico, che era considerata un'eccezione, sia oggi la regola, ma «in realtà, se si ha riguardo alle più recenti discipline in materia di contratti d'impresa, non sembra che il dato positivo autorizzi tale generalizzazione». Se si rimane nell'ambito dei contratti d'impresa, si appunta il fatto che «le istanze solidaristiche di cui la proporzionalità è dichiarata espressione non configurano la ratio né unica, né principale delle normative in materia di subfornitura, franchising, o contratti di rete».



no le parti a scegliere ed elaborare l'assetto di interessi più adeguato alle loro esigenze. Se i contraenti hanno raggiunto una data mediazione sugli interessi confliggenti vorrà dire che entrambi hanno ritenuto che l'adempimento della propria prestazione comporti una perdita di un'utilità soggettiva minore (e non già equivalente) rispetto a quella che si guadagna ricevendo la controprestazione¹⁵. La somma dei vantaggi e delle perdite non può essere pari a zero, perché per ciascuna parte il valore della controprestazione apporta una utilità maggiore a quella che si perde eseguendo la propria.

Anche quando la disciplina normativa imponga all'interprete di valutare l'equilibrio tra i valori economici delle prestazioni non è da escludersi, in realtà, che tale circostanza assuma la valenza di indice di rilevanza giuridica di un diverso fenomeno, piuttosto che la *ratio* principale dell'istituto.

Al di fuori delle ipotesi tassative, il legislatore non guarda al sinallagma per il suo valore quantitativo, quanto al suo fine, quello di soddisfare la volontà dei contraenti di incrementare le rispettive utilità soggettive. Sono diversi gli istituti che pur 'toccando' il profilo del contenuto economico si preoccupano di offrire, in realtà, uno strumento a tutela di tale libertà di scelta. La tecnica legislativa, in tali circostanze, si avvale dello squilibrio economico come indice normativo di un'alterazione del computo differenziale delle utilità soggettive.

Lo dimostra, in richiamo ad un esempio più pratico, la disciplina dell'eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 cod. civ. Se la norma richiede che l'onerosità sia eccessiva e che essa sia dipesa da circostanze imprevedibili e straordinarie per poter chiedere la risoluzione vuol dire, interpretandola *a contrariis*, che il mero squilibrio tra i valori delle prestazioni non può essere la causa sufficiente per lo scioglimento del contratto¹⁶. Al requisito del disequilibrio tra i valori economici delle prestazioni («se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa») si pongono gli ulteriori presupposti della «straordinarietà» ed «imprevedibilità» dell'evento sopravvenuto («per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili»). La congiunzione «se» introduce una proposizione condizionale composita (il mutamento dell'equilibrio economico a causa di un evento straordinario e imprevedibile) rispetto ad una proposizione principale (la possibilità del debitore di chiedere la risoluzione del contratto). La sopravvivenza, allora, non altera semplicemente il contenuto economico del contratto. È piuttosto un fenomeno in grado sottrarre alla parte onerata il cd. «corrispettivo utile» voluto¹⁷; e a ciò risponde la disciplina apposita. Può risultare, infatti, comprensibile come un aggravio parti-

¹⁵ M. FRIEDMAN, *Capitalism and freedom*, Chicago-Londra, 1962, 13., secondo il quale «The possibility of coordination through voluntary cooperation rests on the elementary – yet frequently denied – proposition that both parties to an economic transaction benefit from it, provided the transaction is bilaterally voluntary and informed». Si veda altresì D. GWARTNEY, R. L. STROUP, *Microeconomics, Private and public choice*, Orlando, 1977, in part. 48 e 29, secondo i quali «economic thinking implies that people will choose an option if they expect the benefits (utility) of the choice to exceed its opportunity cost. Purposeful decision makers will be motivated by the pursuit of personal gain. They will never knowingly choose an alternative when they expect the opportunity cost to exceed the benefits. To do so would be to make a choice with the full awareness that it meant the sacrifice of another, preferred course action. That simply would not make sense [...]. Exchange is based on agreement and the expectation of gain. If the parties did not expect the trade to improve their well-being, they would not agree to it. Because trade is mutually advantageous, it must be a positive-sum productive activity».

¹⁶ Sulla *ratio* attribuibile all'art. 1467 cod. civ. si rinvia ai diversi richiami dottrinali operati da P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 159. Da ultimo, al tema dedica ampia attenzione D. SANTARPIA, *La sopravvivenza tra costituzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023, 202 ss.

¹⁷ Cfr. M. DE SIMONE, *Ancora sulla sopravvivenza contrattuale nel diritto positivo*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, in part. 34 e 83, il quale, già sotto la vigenza del Codice Pisanelli e prima della vigenza di una norma di portata generale, aveva ritenuto necessario soffermare l'attenzione sulla «difficoltà sopravveniente di prestazione, [...] problema che si pone in tutti quei casi in cui un mutamento dello stato di fatto anteriore provochi un aggravamento della prestazione o della controprestazione, rendendone oltremodo difficile per uno dei contraenti». Considerando che il consenso sia stato prestato per ottenere un'utilità, un «avvenimento estraneo provoca un aggravamento della controprestazione, per modo che una delle parti non possa più conseguire un corrispettivo utile, ma anzi deve subire un danno».



colarmente pregnante del valore economico di una delle prestazioni, alterando l'adeguatezza del contenuto economico del contratto, a discapito di ciò che la parte ha liberamente scelto e programmato, possa essere considerato dal legislatore un fattore giustificativo per l'operatività di meccanismi positivizzati di reazione ad una volontà non più attendibile.

La 'reazione normativa' al disequilibrio economico sopravvenuto appare giustificata solo laddove la scelta sia alterata da fattori esterni (le sopravvenienze) che limitano la capacità del sinallagma di realizzare le utilità promesse e convenute¹⁸. L'adeguatezza del contenuto contrattuale all'originaria volontà del contraente non riguarda perciò il rapporto tra i valori economici delle prestazioni – che resta un indice di rilevanza giuridica –, ma le utilità che entrambi i soggetti ottengono rinunciando ad un proprio bene e ricevendone in cambio un altro¹⁹.

Tale ricostruzione non comporta, tuttavia, un ritorno al dogma della volontà né si risolve nella reiterazione di schemi argomentativi variamente correlati all'impiego di condizioni non sviluppate, sulla falsariga di quanto storicamente avvenuto per l'elaborazione della clausola *rebus sic stantibus*.

L'art. 1467 cod. civ. tutela una volontà effettiva (quella di concludere un buon affare), che si esprime con l'oggettività del sinallagma dell'operazione economica. Il legislatore postula, così, la contestuale ricorrenza di indici giuridici da cui è possibile accertare l'alterazione della libera scelta su un dato rapporto differenziale di utilità (i.e. eccessività dell'onerosità, imprevedibilità e straordinarietà dell'evento)²⁰. E sebbene tali concetti possano rappresentare, ad una valutazione di senso comune, delle qualificazioni e delle valutazioni di natura soggettiva, il legislatore, ai fini dell'accertamento, limita la discrezionalità del giudice saldandola ad un dato obiettivo, quello dell'art. 1467, comma 2, cod. civ.: «la sopravvenuta onerosità non deve rientrare nell'alea normale del contratto»²¹.

Le complessità che derivano dai significati lessicali di senso comune trovano ancoraggio nello specifico terreno dell'esperienza contrattuale. Le parti prima di vincolarsi giuridicamente devono necessariamente rappresentarsi il mutamento delle circostanze esistenti perché, cristallizzando l'immutabilità del vincolo all'incertezza delle varie situazioni, nel loro consenso è insita anche la volontà di assoggettarsi agli obblighi indipendentemente dal mutamento dei contesti esterni previsti o, quanto meno, prevedibili. Tale presunzione è chiaramente limitata alle variazioni 'normali', cioè quelle che possono dipendere – nell'esecuzione di un rapporto di durata – dall'ordinario evolversi della vita e dei rapporti economici. L'onerosità diviene 'anorma-

¹⁸ Anche al di fuori della specifica materia delle sopravvenienze, riflessioni non dissimili provengono da R. LANZILLO, *op. cit.*, 309, secondo la quale «condizione imprescindibile dello scambio [...] è che, per ognuna delle parti, l'utilità marginale di ciò che riceve sia non uguale, ma superiore all'utilità marginale di ciò cui rinuncia; ed anzi, lo scambio è tanto più agevole quanto maggiore è il divario tra le rispettive utilità marginali [...]. Ne consegue che ognuna delle parti 'guadagna' dallo scambio, poiché ottiene qualche cosa che – dal suo punto di vista – vale di più di quanto valga di ciò che si priva».

¹⁹ Più in generale, per la tradizionale irrilevanza della sproporzione tra le prestazioni, si veda A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 309 ss.

²⁰ Sul tema della volontà quale elemento del negozio giuridico si rinvia a R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. II ed., Napoli, 2008, 205, secondo il quale l'ordinamento «non dà mai rilievo alla volontà pura e semplice; e giustamente perché il diritto non tiene conto esclusivo del dato psichico, ma piuttosto provvede a disciplinare l'autonomia negoziale in ordine alle turbative che intaccano in concreto la volontà libera e cosciente dei privati. Concludendo, deve, riconoscersi che la volontà del contenuto non costituisce, secondo il nostro diritto, un elemento essenziale del negozio: il codice dispone invece specificamente quanto e a quali condizioni il difetto di tale volontà infici il negozio giuridico e ancora quale forma di invalidità ricorra».

²¹ Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, n. 245, secondo cui «l'alea normale indica quel rischio che il contratto comporta a causa della sua peculiarità: rischio al quale ciascuna parte implicitamente si sottopone concludendo il contratto». La ricerca del margine di incertezza (dell'alea normale) è un problema che andrebbe risolto in relazione ai singoli casi concreti. Sul punto, si rinvia a F. BONELLI, *Criteri per l'individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1996, 290.



le' solo se non poteva essere ragionevolmente prevista dalle parti al momento di conclusione dell'accordo²². Una scelta libera e consapevole tiene (ordinariamente) conto anche delle oscillazioni 'normali' del valore delle reciproche prestazioni. Soltanto una alterazione eccessiva (che sia dovuta, cioè, ad un evento imprevedibile) può determinare una menomazione della scelta libera della parte, perché non poteva essere adeguatamente computata nel calcolo costo-beneficio derivante dall'affare al momento della conclusione del contratto.

Il disequilibrio economico non assume una valenza autonoma, ma rappresenta un presupposto che, insieme ad altri indici oggettivi dotati di rilevanza giuridica, concorre all'individuazione dell'effettiva lesione del computo differenziale delle utilità e, dunque, di una volontà non più attendibile.

Il legislatore non ha certo in tal modo inteso reagire ad ogni minima oscillazione del calcolo costi-benefici posto a fondamento dello scambio. Se, da un lato, gli indici di rilevanza giuridica stabiliscono quando il 'volere' assume significato per l'ordinamento, dall'altro essi tutelano il legittimo affidamento che la controparte ripone nella certezza del rapporto giuridico contro ogni pretestuosa iniziativa della parte onerata soltanto perché il contratto sia divenuto poco conveniente. Il diritto del mercato è anche il diritto dell'autoresponsabilità. Così l'art. 1467 cod. civ. condiziona la risoluzione del contratto alla circostanza dell'imprevedibilità dell'evento dalla parte onerata. Il diritto del mercato «non soccorre, non beneficia né elargisce doni: esso, come tutela la pluralità dell'offerta e la lealtà dell'informazione, così esalta l'auto responsabilità, l'avvedutezza della scelta, il calcolo razionale della convenienza»²³. L'autoresponsabilità, che permette di configurare un sistema normativo scevro da ogni impostazione eccessivamente paternalistica, impone alla parte di sopportare il «danno imputabile a lei stessa: il danno, cioè, della inerzia o della negligenza propria nella cura di un proprio interesse»²⁴, rendendola cauta nel calcolo razionale della convenienza dell'affare, tenuto conto di tutte le sopravvenienze ordinarie e prevedibili²⁵.

Una riflessione analoga potrebbe essere avanzata anche per l'istituto della rescissione di cui agli artt. 1447-1448 cod. civ., ove il legislatore attribuisce rilevanza giuridica al rapporto tra i valori economici delle prestazioni contrattuali, con la differenza, rispetto all'art. 1467 cod. civ., che tale squilibrio è originario e contestuale alla conclusione del contratto.

La disciplina della rescissione è stata differenziata da quella dell'eccessiva onerosità facendo cadere il punto focale sugli aspetti soggettivi della disciplina degli artt. 1447-1448 cod. civ.²⁶. Ma se il fondamento

²² L'oggettivazione dei presupposti è mostrata dalle riflessioni di A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, in part. 26 e 29, secondo il quale «la gradazione rilevante al fine dell'applicazione dell'art. 1467 è quella dell'onerosità "eccessiva". "Eccessiva" è una qualifica di senso comune, riferendosi per sua natura ad una valutazione soggettiva: non può quindi significare che un rinvio all'*equità del giudice*, che valuterà l'eccessività riferendosi alla comune esperienza ed alla coscienza sociale. Il comma 2 dell'art. 1467 dà, però, al giudice un criterio che guida e allo stesso tempo limita la sua attività di valutazione: "la sopravvenuta onerosità non deve rientrare nell'alea normale del contratto", il che è quanto dire che non può considerarsi "eccessiva" quell'onerosità sopravvenuta che vi rientri. [...] Attraverso il già delibato concetto della *normalità* o *anormalità* della variazione, si passa a quell'ulteriore requisito che è il "verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili" -. [...] Orbene, per determinare tale qualifica di anormalità, occorre risalire alla causa dell'onerosità essendo quest'ultima normale solo se determinata da una causa che non fosse né potesse essere ragionevolmente presenti alle parti al momento della stipulazione».

²³ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 75.

²⁴ E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 411.

²⁵ Se l'evento sopravvenuto non integra gli elementi di rilevanza giuridica positivizzati ciò significa che o l'evento perturbatore non è stato in grado di alterare il computo differenziale dell'utilità o che la inconvenienza economica sopravvenuta del contratto è il frutto di una scelta avventata e incauta della parte onerata. In tal ultimo caso, l'ordinamento non soccorre né beneficia la parte onerata: il diritto delle sopravvenienze impone l'autoresponsabilità e l'avvedutezza della scelta della parte.

²⁶ La dottrina, in altre parole, ha considerato la rescissione o come uno strumento di reazione ad un vizio del consenso [tra gli altri, G. SCALFI, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, in *Temi*, 1949, 43 ss.; R. LUZZATTO, *La compravendita secondo il nuovo co-*



della normativa fosse da rinvenirsi in un vizio, puro e semplice, della volontà non si spiegherebbe il motivo per il quale il legislatore esclude la possibilità di domandare la rescissione per i contratti aleatori. Eppure, sembrerebbe non dubitarsi del fatto che anche un contratto aleatorio possa essere concluso in uno degli stati soggettivi ipotizzati dalle due disposizioni legislative²⁷. A tale tendenza ‘soggettivistica’ si oppone chi²⁸, relegando in secondo piano gli elementi soggettivi, attribuisce rilevanza, nella ricerca del fondamento, allo squilibrio tra le prestazioni contrattuali. Si aggiunge che il contraente vuole concludere il contratto (proprio perché spinto da uno stato di bisogno o di necessità), ma ciò che non vuole è evidentemente lo squilibrio tra i valori delle prestazioni²⁹. Ma dire che la rescissione abbia unicamente la funzione di reagire al disequilibrio economico del contenuto del contratto svislaccia l’interdipendenza tra l’elemento soggettivo e le ulteriori circostanze di indole soggettiva, così come programmato dal dato positivo³⁰.

La valorizzazione di una lettura congiunta – in sede ermeneutica – dei componenti positivizzati, quello oggettivo (del disequilibrio economico tra i valori delle prestazioni) e quello soggettivo (dello stato di pericolo o di bisogno), permette, all’operatore di diritto, di accertare l’alterazione (questa volta) originaria del calcolo differenziale delle utilità marginali che, in perdita, sconfessa la ragione più intima dello scambio, sin dal suo principio. Il contratto, in effetti, obbligatorio o traslativo che sia, non costituisce mai un astratto strumento di autodisciplina dei propri interessi, ma è, prima di tutto, un accordo diretto a garantire un certo risultato economicamente valutabile³¹. La disciplina codicistica è costituita sul presupposto che il contratto rappresenti il punto di divergenza della volontà dei paciscenti, i quali, attraverso quell’accordo, intendono compiere un affare che accresce il benessere di entrambi³². Affinché l’atto di autonomia privata possa raggiungere tale effetto pratico, è necessario che ciascun soggetto ‘guadagni’, non meramente in base al valore di mercato della controprestazione che ricevere, ma sulla base dell’utilità marginale che quel tipo di adempimento gli è in grado di offrire, al netto del proprio adempimento. Il che accade quando a ciascun soggetto è data la possibilità di stabilire liberamente il valore da assegnare alla propria prestazione.

dice, Genova, 1946, 87 ss.; A. MONTEL, *Della rescissione del contratto*, in M. D’AMELIO-E. FINZI (a cura di), *Commentario al codice civile, Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 758 ss.] o come un rimedio contro l’illecito approfittamento della parte avvantaggiata (tra gli altri, G. SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in *Giur. it.*, 1948, I, cc. 49 ss.; N. DISTASO, *I presupposti e il fondamento giuridico dell’azione generale di rescissione per lesione. La disciplina privatistica dei negozi usurari nel codice civile vigente. Poteri del giudice e offerta di «reductio ad aequitatem»*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, 131 ss.; ID., *Considerazioni intorno all’abuso dello stato di bisogno e al fondamento dell’azione generale di rescissione per lesione*, *ivi*, 99 ss.; A. CANDIAN, *Contributo alla dottrina dell’usura e della lesione*, Milano, 1946, 46 ss.).

²⁷ A. PINO, *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1224.

²⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966, 182 ss. Così anche A. BUFFA, *Sull’applicabilità dell’art 1467 cod. civ. al contratto di vitalizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, 241 ss.; A. CHIAVELLI, *Rescissione e stato di bisogno*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, IV, 228 ss.

²⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, 1011.

³⁰ Evidenza il pari rilievo degli elementi della fattispecie G. BENEDETTI, *La rescissione*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato, Il contratto in generale*, VIII, Torino, 2007, 34, secondo il quale tra stato di bisogno e sproporzione vi è un nesso situazionale, specificato dall’«approfittamento» e da un ulteriore collegamento teleologico operato dalla legge, e cioè, «per trarne vantaggio».

³¹ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 217 ss., secondo il quale «la volontà negoziale non è diretta agli effetti giuridici, ma ad un effetto pratico, empirico: i privati operano per realizzare finalità pratiche, economiche che l’ordinamento prende in considerazione, disponendo effetti giuridici congrui. [...] Deve ora aggiungersi che quest’intento diretto agli effetti giuridici non trova alcuna rispondenza nella realtà concreta; qui le parti si preoccupano di realizzare finalità pratiche e nemmeno si prospettano, per lo più, il carattere giuridico del negozio».

³² P. SCHLESINGER, *op. cit.*, c. 230, secondo il quale l’«intuizione chiave di Adam Smith fu proprio che entrambe le parti di uno scambio possono trarne beneficio, cosicché, fin quanto la cooperazione rimane rigorosamente volontaria, ogni scambio, in linea di principio, riesce utile per tutte e due le parti».



Il disequilibrio economico originario, dunque, non riveste, di per sé, alcun significato, se – chiaramente – liberamente voluto. Esso assume rilevanza giuridica soltanto in concorso con circostanze soggettive eccezionali (stato di bisogno/pericolo). La particolare geografia del dato positivo offre all'interprete gli strumenti per apprezzare un contesto circostanziale – *estraneo alla fattispecie* – che abbia inciso negativamente sulla libera e consapevole formazione della scelta, comportando la costituzione di un rapporto sinallagmatico in perdita, in termini di utilità³³.

Sia nella disciplina della rescissione del contratto concluso in stato di pericolo o bisogno che in quella della risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione lo squilibrio tra i valori delle prestazioni contrattuali assume la stessa valenza. Le due discipline giuridiche, dando rilevanza all'alterazione del contenuto economico del contratto, si occupano di offrire all'interprete indici di rilevanza giuridica di una scelta non attendibile³⁴. Nel caso della rescissione il disequilibrio tra i valori economici delle prestazioni è originario perché l'alterazione della libertà scelta è contestuale alla conclusione del contratto. Nel caso della risoluzione per eccessiva onerosità, il disequilibrio è successivo, perché il computo del rapporto delle utilità marginali è alterato solo nella fase esecutiva del contratto da un evento non imputabile alle parti.

3. – Questa particolare lettura degli istituti che si occupano del disequilibrio originario e sopravvenuto tra i valori economici delle prestazioni contrattuali mostra come il codice vigente, il cui impianto si riallaccia alla codificazione ottocentesca, riflette in gran parte i principi dell'economia liberale, ma con alcuni temperamenti, di cui si rende necessario un approfondimento. I principi liberali sono emersi come una reazione ad un sistema economico teso a restringere la circolazione della ricchezza a favore solo di particolari categorie di soggetti. La massima espressione di tali principi trova oggi riscontro sicuramente nell'art. 1322 cod. civ., secondo cui le parti sono libere di determinare il contenuto del contratto e, quindi, anche il valore economico da assegnare alle prestazioni. Sia pure entro i limiti previsti dalla legge, tale libertà rappresenta la regola. Per la concezione liberale classica, l'autonomia privata assurgeva a vero e proprio dogma; un'espressione, cioè, della libertà individuale nei confronti di ogni ingerenza dello Stato negli assetti sostanziali convenuti³⁵. I 'limiti esterni' positivizzati avevano solo il fine di garantire l'uguaglianza formale delle parti negoziatrici³⁶.

³³ Per G. BENEDETTI, *op. cit.*, 45, le circostanze rilevanti di indole soggettiva «incidono su una *condizione* della contrattuale costituita dalla libertà contrattuale e più specificamente dalla *posizione di parità dei contraenti*». Escludendo un vizio strutturale, l'a. evidenza come l'accordo sia viziato «nei presupposti o nelle *condizioni della contrattualità, libertà e parità*, e il vizio deve essere tale da indurre esiti di *misura abnorme*, che la legge fissa a oltre la metà (*laesio enormis*)».

³⁴ Dall'identità di *ratio* tra l'art. 1467, comma 1, cod. civ. e gli artt. 1447-1448 cod. civ. corrisponde anche una un'identità funzionale tra l'art. 1467, comma 3, cod. civ. e l'art. 1450 cod. civ. Il legislatore con l'offerta di modificazione del contratto ha inteso predisporre un istituto in grado di ricostruire l'adeguatezza (non già la proporzionalità) tra i valori economici delle prestazioni. La rimodulazione dei termini contrattuali è 'adeguata' qualora sia in grado di attribuire nuovamente alle parti un *surplus* di utilità corrispondente a quella che sarebbe stata la scelta libera e consapevole se non fosse stata alterata dallo stato di bisogno/pericolo (in caso di rescissione) o dalla sopravvenienza (in caso di eccessiva onerosità della prestazione). In tale ottica il *recondurre ad aequitatem* non deve essere finalizzato a ristabilire un (fantomatico) equilibrio tra le prestazioni contrattuali, ma uno scambio utile ed ottimale, in modo tale che entrambi i soggetti possano nuovamente (nel caso dell'art. 1467, ult. cpv., cod. civ.) o per la prima volta (nel caso dell'art. 1450 cod. civ.) ottenere un'utilità maggiore rispetto a quella che essi perdono adempiendo la propria prestazione.

³⁵ Per un quadro più generale in riferimento alla cultura giuridica italiana si rinvia a R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, 309 ss.

³⁶ Sull'origine storica e ideologica dell'autonomia privata, ricondotta al dogma della volontà e alla prospettiva individualistica, si rinvia a P. PERLINGIERI, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Vol. IV, Napoli, 2020, 1 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Volontà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1046 ss.; G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, 31 ss.



Successivamente al periodo del dirigismo politico³⁷, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, le riflessioni del dibattito si sono raccolte intorno ad una lettura costituzionalmente orientata del diritto privato e dell'autonomia negoziale, anche ponendola in relazione alle norme della Carta che garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo³⁸. Tale lettura ha permesso di apprezzare l'autonomia privata come espressione della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41, comma 1, Cost.: i privati possono regolamentare i propri interessi mediante lo strumento contrattuale nei limiti dell'utilità sociale³⁹.

Ancora oggi, tuttavia, le riflessioni sul rapporto tra l'autonomia privata e l'ordinamento non paiono sopite⁴⁰. A ben vedere il principio dell'autonomia contrattuale non è espressamente garantito dalla Costituzione, né il tentativo di radicare una garanzia implicita dell'autonomia privata nei diritti inviolabili dell'uomo ha avuto seguito dal punto di vista esegetico⁴¹.

Nell'ambito dei rapporti patrimoniali, l'autonomia contrattuale riceve soltanto una garanzia indiretta, in quanto strumento di esercizio della libertà di iniziativa economica⁴². Inoltre, l'atto unico europeo ha sicuramente direzionato la politica economica in un senso decisamente più liberale⁴³, con un liberismo che, tuttavia, si distacca dalla sua matrice ottocentesca. Invero, i postulati del liberismo borghese, che hanno ispirato le codificazioni dell'Ottocento, si basano su regole costanti per conseguire i profitti e sulla constatazione di un guadagno sempre prevedibile, razionalizzabile e controllabile secondo delle leggi interne che rispondono, principalmente, alla logica di un sistema economico indipendente dagli interventi statali. Tali principi, tuttavia, sono stati formulati in base ad un modello di mercato che difficilmente ricorre nella realtà. L'attuale politica economica dell'Unione europea è consapevole che le cause che ostacolano il perfetto funzionamento del mercato – tralasciando la rilevanza circa la distribuzione dei beni – siano, oggi, rinvenibili nei fattori che limitano l'effettiva libertà e consapevolezza nella scelta dei contraenti⁴⁴. Nell'attuale sistema economico, l'autonomia negoziale è la libertà individuale delle parti di darsi un regolamento di interessi sul quale con-

³⁷ In tale contesto l'autonomia privata risulta, invece, per lo Stato autoritario un utile strumento per funzionalizzare l'attività di iniziativa economica alla realizzazione degli obiettivi sociali ed economici del regime, subordinando l'interesse individuale a quello della società nazionale. Sul punto cfr. E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Dir. comm.*, 1940, 222 ss.

³⁸ Per un maggiore approfondimento si rinvia a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., 31 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 32 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, 423 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971, *passim*.

³⁹ Per S. GATTI, op. cit., 440, l'utilità sociale andrebbe identificata nel «conseguimento del bene comune, che s'identifica nella massima produzione dei beni con mezzi dati e nella giusta distribuzione della ricchezza».

⁴⁰ Cfr. V. GAZZONI, op. cit., 781, il quale dopo aver dato una definizione di «autoregolamentazione dei propri interessi» sostenendo che è autonomo «chi può decidere sul se e sul come perseguire e raggiungere un certo scopo», afferma che in termini giuridici «il problema è quello di verificare il rapporto che sussiste tra *autonomia e ordinamento*, cioè a dire tra volontà del privato e volontà della legge, nel senso di accertare come, quando e a quali condizioni i privati possono giuridicizzare una data operazione economica, in tal modo producendosi effetti non solo da un punto di vista economico e sociale ma anche sul piano giuridico con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine alla tutela giudiziaria in caso di inadempienza ai patti raggiunti».

⁴¹ Sul punto cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 2, secondo il quale l'art. 2 Cost. «si riferisce ai diritti inviolabili originari della persona umana, preesistenti all'ordinamento positivo e da questo riconosciuti e incorporati come proprio fondamento etico-materiale. A questa categoria sono riconducibili soltanto le manifestazioni concrete dell'autonomia privata che sono all'origine di alcune delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2, nelle quali si svolge la personalità dei singoli: la famiglia fondata sul matrimonio e le associazioni liberamente costituite per scopi leciti».

⁴² La mancata costituzionalizzazione del principio dell'autonomia contrattuale riflette l'ideologia dominante nell'Assemblea costituente del 1946 che, pur ripudiando l'indirizzo corporativista del regime autoritario, ne conservava lo strumento dirigitico in funzione di una programmazione economica democratica, contenendo, in linea di massima, l'intervento pubblico nell'economia alle sole funzioni di controllo e regolamentazione di mercato. Così L. MENGONI, op. cit., in part. 2-3.

⁴³ Si rinvia, sul punto, a L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo: cittadinanza, libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*, Milano, 2012, *passim*.

⁴⁴ R. LANZILLO, op. cit., 318.



vergono volontà consapevoli ed effettivamente libere. L'aggettivo qualificativo 'negoziale' accostato al sostantivo 'autonomia' implica che il contenuto del contratto è 'negoziato' tra le parti, cioè discusso e trattato consapevolmente tra esse⁴⁵.

In questo contesto, l'autoderminazione non va intesa come il potere di influire sul contenuto del contratto ottenendo condizioni oggettivamente equivalenti, ma come libertà di decidere su determinate condizioni sulle quali la controparte concorda⁴⁶. L'intervento pubblicistico è limitato solo alla rimozione degli ostacoli che impediscono l'ottimale funzionamento del mercato e, soprattutto, dei limiti del contratto che, quale strumento del sistema, permette di incrementare la ricchezza. Questo significa, da un lato, promuovere le intrinseche attitudini del mercato a produrre ricchezza e benessere in conformità all'«utilità sociale»⁴⁷ e, dall'altro, correggere con misure appropriate circostanze pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche individuali⁴⁸. Sotto questo profilo, la «libertà [...] umana» – garantita e difesa dall'art. 41, comma 2, Cost. – assume i connotati della «libertà di scelta», della «capacità di adottare una decisione consapevole»⁴⁹.

Il diritto non prescrive programmaticamente gli scopi dei singoli atti, né impone una conformazione, ispirata alla simmetria, del contenuto economico dei contratti; il nuovo mercato – che l'ordinamento italiano pone al centro dell'attività legislativa – promuove la tutela della libertà e della consapevolezza delle scelte individuali. È solo tutelando la libertà di scelta che è possibile, *a fortiori*, promuovere uno scambio che incrementi il benessere utilitaristico per entrambe le parti. L'ordinamento non resta impotente di fronte alla neutralità del mercato, né si limita a garantire e proteggere dall'esterno che l'umana natura si svolga, negli affari del mercato, nel rispetto della dignità della persona. 'Persona' e 'mercato', parole cariche di significato valoriale, vengono 'laicizzate' dalla positività delle norme, da un lato, valorizzando la specificità e la determinatezza dei singoli interessi che compongono la persona umana e, dall'altro, governando le relazioni economiche attraverso un istituto giuridico⁵⁰. Entrambi i processi esprimono la politicità del tempo delle decisioni legislative⁵¹. E le più attuali *scelte politico-legislative*⁵² di carattere economico, nelle loro diverse forme, attribuiscono rilievo sistematico a circostanze che limita-

⁴⁵ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 72.

⁴⁶ L. MENGONI, *op. cit.*, 19.

⁴⁷ L'interesse individuale (e, quindi, l'autonomia privata) tollera, pertanto, delle limitazioni quando ciò sia richiesto «per tutelare e garantire interessi più vasti e rendere possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento di beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva» (V. GAZZONI, *op. cit.*, 794.). La dottrina ha anche ricercato nel sistema ordinamentale un valore unitario da attribuire all'«utilità sociale», facendo riferimento agli interessi a rilievo sociale, assunti come propri dal legislatore, che nel settore dei rapporti economici emergono sul piano formale accanto a quelli del soggetto che esercita l'attività nell'ottica di ricercare un loro equilibrio. Per un maggiore approfondimento cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, in part. 81–83).

⁴⁸ L. MENGONI, *op. cit.*, 3.

⁴⁹ N. IRTI, *op. cit.*, 71.

⁵⁰ Sul punto, cfr. N. IRTI, *op. ult. cit.*, 67, secondo il quale «le due forme, con le quali il diritto si appropria di persona e di mercato, e ne dispiega i 'valori' nella concretezza mediatrice della legge, consistono, dunque, nella *selezione analitica degli interessi* (considerati, di caso in caso, meritevoli di tutela) e nella *costruzione artificiale del mercato*».

⁵¹ Cfr. L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, in part. p. 156, secondo il quale: «l'ordine dell'economia deve essere il risultato di una decisione consapevole della comunità politico-economica, e in questo senso si traduce nel concetto di 'costituzione economica'».

⁵² Sul mercato come *locus artificialis* si veda N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, 2020, 72 ss., secondo il quale la «tecnica dell'artificialità ha dietro di sé, direttrici e orientatrici, le *scelte di politica economica*: se liberismo o protezionismo, se intervento dello Stato o autonomia privata, se controllo nazionale o apertura ai capitali stranieri e così seguitando. Il diritto non riceve e accoglie in sé un mercato istituito per natura, ma *con-forma il mercato*, lo fa ciò che è sotto un dato regime politico in una data epoca storica».



no, escludono o alterano la consapevolezza delle decisioni economiche sottostanti alla conclusione di un contratto⁵³.

La tutela della libertà di scelta si arricchisce di nuove prospettive anche sulla base dell'accresciuta sensibilità dei consumatori per un nuovo paradigma di mercato sostenibile che sia in grado coniugare la produttività con le istanze ambientali e sociali connesse ai bisogni delle generazioni future⁵⁴. Il riferimento è soprattutto alla 'pubblicità ambientale' (cc.dd. *green claims*), ossia quegli annunci pubblicitari che tendono a presentare un prodotto come *ecofriendly*. Affinché le scelte di acquisto siano autenticamente consapevoli, esse devono essere orientate da una corretta informazione circa la qualità ambientale dei prodotti⁵⁵. Su tali premesse, la proposta legislativa del Parlamento europeo e del Consiglio⁵⁶ di modificare la direttiva 2005/29/CE ha come obiettivo l'aggiornamento della normativa sulle pratiche commerciali scorrette⁵⁷ al fine di consentire al consumatore di compiere scelte di acquisto consapevoli e, al tempo stesso, rispettose dell'ambiente, rafforzando la loro tutela nei confronti di dichiarazioni sulla sostenibilità inattendibili o ingannevoli. Questo sta a dimostrare che anche i più recenti programmi legislativi di livello europeo, nell'ampliare la lista delle nuove pratiche commerciali sleali in merito alle caratteristiche dei prodotti che hanno un impatto ambientale e sociale, siano direzionate alla creazione di un quadro normativo che garantisca al consumatore di assumere una quanto più consapevole decisione di natura commerciale.

Nell'attesa della definizione di una normativa armonizzata, soccorre, al di fuori della tematica dei *green claims*, l'esegesi delle norme positive ad evidenziare l'attenzione che il legislatore rivolge a circostanze che, pur non 'toccando' quel consenso propriamente considerato dai vizi della classica tripartizione codicistica,

⁵³ Per G. BENEDETTI, *op. cit.*, 48, è possibile disegnare con chiarezza uno *spazio giuridico esterno alla fattispecie*, attenzionato dal legislatore, in cui si collocano comportamenti giuridicamente rilevanti delle parti e anche situazioni, fatti, qualificazioni rilevanti, anteriori e successivi alla conclusione del contratto.

⁵⁴ La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi «anche nell'interesse delle generazioni future» è oggi sancita anche dall'art. 9 Cost., introdotta dalla l. cost. n. 1 dell'11 febbraio 2022, in G.U. n. 44 del 22 febbraio 2022. Per i primi commenti, tra gli altri: R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022. Problemi e prospettive*, in *Ann. Giur. econ.*, 2022, 7 ss.; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Amb. dir.*, 2022, 118 ss.; C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale «dell'ambiente»: un profilo critico*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 119 ss.

⁵⁵ Sul problema delle certificazioni si rinvia a R. CADENAZZI, *Le certificazioni ambientali ed il Nuovo Codice dei contratti*, in *ambienteditto.it*, 2020, 163 ss.; A. REDA, *L'«Ecolabel» al crocevia tra ambiente e sviluppo*, *Riv. quadr. Dir. amb.*, 2020, 147 ss.; Cfr. altresì A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, in G. GROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 206, secondo il quale l'importanza della diffusione delle certificazioni «manifesta la specifica rilevanza che nel contesto della società del rischio e dell'incertezza assumono i meccanismi informativi diretti a generare la fiducia dei consumatori o utenti nei rapporti economici di scambio».

⁵⁶ Proposta di dir. del 30 marzo 2022 del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive CE 2005/29 e UE 2011/83, in *eur-lex.europa.eu*. Per un primo commento, cfr. M. TOMMASINI, *Green Claim e sostenibilità ambientale. Le tutele ed i rimedi apprestati dall'ordinamento contro le pratiche di greenwashing*, in *Dir. fam. e pers.*, 2023, II, 865 ss.

⁵⁷ La nozione di «pratica commerciale scorretta» si riferisce a tutti i contegni attivi o omissivi in contrasto con la diligenza professionale, intesa come «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» (art. 18 cod. cons.). Sul tema tornano da ultimo C. GRANELLI, voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, G. D'Amico (diretto da), Milano, 2021, 825 ss.; F. BERTELLI, *Profili civilistici del dieselgate. Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Napoli, 2021, 93 ss.; L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020, 152 ss. Sui rimedi esperibili nei confronti delle pratiche commerciali scorrette si rinvia, tra gli altri, a C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obb. Contr.*, 2010, 408 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 880 ss.; V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali. Profili ricostruttivi*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, 346 ss.; A. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr.*, 2018, 689 ss.; D. MATERA, *Le pratiche commerciali scorrette e il sistema dei rimedi*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2019, 621 ss.



siano comunque tali da menomare la consapevolezza e la razionalità della decisione individuale. Ad esempio, per il caso in cui un soggetto abbia fisiologicamente a disposizione meno informazioni rispetto ad una controparte professionalmente qualificata⁵⁸, l'ordinamento richiede di colmare tale *gap* mediante 'forme negoziali' che consentono di comunicare informazioni precontrattuali sul contenuto minimo ed essenziale del contratto⁵⁹.

Per la dottrina paiono addirittura maturi i tempi per rinvenire nella legislazione più recente «nuovi vizi del consenso» positivizzati⁶⁰. Il tratto che accomuna queste nuove fattispecie è la presenza di un abuso che incide sulla libera formazione del consenso, tale da indurre la controparte a concludere un contratto a condizioni diversificate da quelle che sarebbero state convenute in un contesto fisiologico.

L'ordinamento non si esime da un intervento di stampo più 'paternalistico': la disciplina del Codice del consumo dispone la nullità delle clausole vessatorie, cioè quelle clausole che «determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 33)⁶¹. Ma l'accertamento della vessatorietà non può riguardare l'«adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi» (art. 34, comma 2). E sebbene forse l'interesse maggiore del consumatore sia quello di non subire un pregiudizio economico, l'insindacabilità del prezzo determinato originariamente dal professionista e accettato dal consumatore, anche gravosamente sproporzionato rispetto al bene o al servizio reso, è giustificata dall'evenienza che il consumatore abbia espresso una scelta libera e consapevole⁶², anche desumibile dal fatto di porsi al-

⁵⁸ Il riferimento è all'art. 23 TUB che impone al professionista di rispettare una c.d. 'forma informativa' in funzione della protezione degli interessi dell'investitore. Sul tema si rinvia, senza pretesa di esaustività, a C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 741 ss.; R. NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Le società*, 2018, 485 ss.; A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto «monofirma»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 658 ss.; S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, in *Contr.*, 2018, 143 ss.; G. LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *Contr. impr.*, 2018, 217 ss.; ID., *La «forma informativa» innanzi alle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, cc. 2740 ss.

⁵⁹ Cfr. E. GABRIELLI-A. ORESTANO, voce *Contratti del consumatore*, in *Dig. it., Sez. priv., Agg.*, I, Torino, 2003, 235, secondo i quali proprio «previsione, accanto alla forma scritta, di un "contenuto minimo", sembra dover dare la misura della funzione informativa che le "nuove forme" sono chiamate ad assolvere, contribuendo a segnare, al contempo, la distanza rispetto al tradizionale inquadramento della disciplina riservata alle forme negoziali. Il tutto pare sottolineato nelle ipotesi in cui si prevede che una copia del contratto debba essere consegnata al consumatore».

⁶⁰ Il riferimento è A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi «vizi del consenso»*, in *Contr. impr.*, 2018, in part. 148 e 158, secondo i quali «Il nostro codice limita i vizi del consenso a errore, violenza, dolo, incapacità; ed il loro rimedio all'annullabilità. Ma questa scelta confrontata con la tradizione risulta riduttiva. [...] Nella storia infatti l'area di rilevanza dei vizi ed il novero dei rimedi erano più ampi. E nel mercato contemporaneo nuovi «vizi» si affacciano, per i quali nuovi rimedi si richiedono. Ne nasce una domanda: è ora di andare oltre quelle regole?»

⁶¹ Senza pretesa di esaustività, si rinvia a F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837 ss.; A. DI MAJO, *Clausole abusive e regimi protettivi*, in G. ALPA-S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, II, Milano, 1997, 799 ss.; A. FICI, sub art. 33, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, IV, Artt. 1425-1469 bis c.c. e leggi collegate, Torino, 2011, 753 ss.; S. PAGLIANTINI, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuori dei locali commerciali: il nuovo corso della Corte di Giustizia*, in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 245 ss.; R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 529 ss.; G. SMORTO, *Il principio di buona fede nella disciplina delle clausole abusive*, ivi, 1999, 104 ss.

⁶² Cfr. F. BERTELLI, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Torino, 2022, 64, secondo la quale l'«asimmetria informativa che tale disciplina cerca di superare è ancora intesa in termini individualistici: il legislatore assume che nel caso di specie la predisposizione unilaterale delle clausole abbia indotto il professionista ad approfittare della sua situazione di vantaggio per generare un "significativo squilibrio" tra le prestazioni, ma lascia aperta la possibilità della prova di una "trattativa individuale" che, permettendo l'accertamento dell'adeguata trasmissione di informazioni rilevanti, rende quello squilibrio senz'altro legittimo, ancorché immutato nei suoi profili contenutistici».



l'interno di un mercato concorrenziale che gli avrebbe consentito di acquisire il medesimo bene o servizio ad un prezzo più basso da un diverso imprenditore⁶³.

La legge 18 giugno 1998, n. 19, prevedendo all'art. 9 il divieto di abuso di dipendenza economica, offre un ulteriore strumento di tutela nelle relazioni tra imprese qualora una delle parti, mostrandosi capace di abusare dello stato di dipendenza economica dell'altra, determini nel rapporto commerciale un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi. L'equilibrio diviene, dunque, oggetto di valutazione. Ma l'istituto dà rilevanza allo squilibrio soltanto quando sia frutto di una condotta contraria alla buona fede oggettiva. Il mero disequilibrio dei termini contrattuali, sia esso di natura strettamente economica o normativa, non è sufficiente a generare una reazione dell'ordinamento⁶⁴. Questo perché nei contratti in cui entrambe le parti siano imprenditrici, accanto all'esigenza di evitare fenomeni abusivi, l'ordinamento intende garantire un mercato quanto più possibile aperto e flessibile⁶⁵. Riflessioni, queste, che confermano – come già autorevolmente sostenuto – che il diritto dei contratti registra un significativo passaggio: «dall'impossibilità di sindacare la congruità dello scambio al di là di ipotesi tipiche, ad un uovo assetto ove non è rilevante lo squilibrio in sé, ma in quanto frutto di un abuso o di un contegno in mala fede»⁶⁶.

4. – È in questo quadro sistematico che è possibile comprendere il riferimento al disequilibrio economico tra le prestazioni operato dai diversi istituti giuridici. Al di fuori delle ipotesi tassative in cui l'equilibrio assume un valore da tutelare, l'atteggiamento dell'ordinamento mostra una tendenziale irrilevanza per il procedimento di costruzione del rapporto di reciproca convenienza tra le prestazioni, a meno che lo squilibrio economico, quale indice di rilevanza giuridica, svolga – unitamente a diverse circostanze positivizzate – la funzione di indizio rivelatore di una alterazione della libertà di scelta e dell'apprezzamento soggettivo circa le rispettive utilità marginali che derivano dallo scambio.

⁶³ P. SCHLESINGER, *I mercati «neri»*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 187 ss.

⁶⁴ Altresi, se la normativa sulla subfornitura avesse avuto il fine di tutelare l'equilibrio economico del contratto, al giudice sarebbe stato attribuito il potere di rimodulare il contenuto del contratto. Proprio in riferimento alle tutele che l'ordinamento mette a disposizione al giudice e alle tecniche di cui questi è autorizzato, V. PESCATORE, *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico*, cit., 169, rileva che «[è] vero che l'abuso può anche consistere in una condotta dell'imprenditore (rifiuto di vendere o comprare, interruzione delle relazioni commerciali); ma le conseguenze investono "il patto" nel quale sia attua lo squilibrio, che si realizza, ancora, tra diritti ed obblighi delle imprese. Di tale patto è stabilita la nullità».

⁶⁵ In tal senso T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 352 ss. Si veda, altresì, C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, 46, secondo il quale anche il comma 2 dell'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 19 che si riferisce «a condizioni contrattuali eccessivamente gravose o discriminatorie» è esemplificativo di una manifestazione di un comportamento abusivo perpetrato dall'impresa dominante. *Contra* A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura delle attività produttive*, 1998, 342, secondo cui la disciplina sull'abuso di dipendenza economica si occupa di tutelare l'equilibrio economico del contratto perché a differenza dell'ambito dei consumatori in cui la tutela della regolarità dello scambio garantisce anche la congruità del contenuto economico contrattuale, nell'ipotesi in cui vi è dipendenza economica l'impresa non è in grado di esprimere liberamente la propria autonomia contrattuale necessaria per assicurare l'effettività di quanto voluto. La letteratura scientifica sull'abuso di dipendenza economica è vasta, pertanto, senza pretesa di esaustività, si rinvia per un maggiore approfondimento della tematica generale a V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020; M. NATALE, *In tema di abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2019, cc. 2965; A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.*, 2015, 1264 ss.; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, 2013, 1 ss.; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, in A. CATRICALÀ-E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, 271 ss.; ID., *Osservazioni sull'ambito di applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 899 ss.; ID., B. LIBONATI-A. GAMBINO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; T. CAPURRO, *Abuso di dipendenza economica e rifiuto di contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 976 ss.; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

⁶⁶ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 37.



Le scelte di politica legislativa dimostrano che l'attuale sistema politico-economico, nella generalità dei casi, non si preoccupa di tutelare l'equilibrio economico del contratto. Il legislatore, semmai, utilizza il disequilibrio dei valori tra le prestazioni come 'campanello d'allarme' dell'insussistenza dei presupposti che condizionano la consensualità dello scambio e, cioè, della mancanza di quelle condizioni naturali in presenza delle quali le decisioni dei privati possono considerarsi effettivamente libere e consapevoli.

In tali circostanze ciò che il legislatore ha voluto tutelare è la libertà economica di scegliere consapevolmente i valori da attribuire alle prestazioni contro stati soggettivi eccezionali, sopravvenienze o comportamenti abusivi che sono in grado di alterare la consapevolezza delle decisioni.

Laddove il disequilibrio non sia il frutto di una scelta libera e consapevole, quanto piuttosto di una patologia di quella stessa volontà, il diritto è chiamato a porvi rimedio.

E tale indirizzo espresso in via generale dalla politica legislativa sembrerebbe essere accolto, sia pur implicitamente, dalla giurisprudenza.

Ad esempio, il diritto applicato⁶⁷, accogliendo la teoria dei 'vizi incompleti'⁶⁸ basata sulla differenziazione delle regole di validità rispetto a quelle di condotta⁶⁹, ha consentito un'applicazione generalizzata del rimedio risarcitorio, pur a fronte della validità del contratto, per quei danni provocati dall'altrui scorrettezza *in contrahendo* tale da indurre una delle parti alla conclusione di un contratto dalla minor convenienza economica⁷⁰. Attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, il disequilibrio economico tra i valori delle prestazioni contrattuali che sia frutto di una violazione di una regola di condotta trova un rimedio nel risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale. La prospettiva della giurisprudenza non è, tuttavia, diretta a sanzionare l'atto in quanto costitutivo di un contenuto economico che non rispecchia una perfetta simmetria tra i valori delle prestazioni contrattuali. Essa, piuttosto, valorizza il risarcimento del danno per

⁶⁷ Cfr. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con nota di V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*. Il riferimento è anche e soprattutto alle sentenze delle Sez. Un. civ., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, che hanno dato impulso a numerosissimi commenti: si segnalano, tra gli altri, A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, 393 ss.; V. SANGIOVANNI, *Commento a Cass. S.U. 19 dicembre 2007 n. 26724 e 26725*, *ivi*, 231 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 445 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss.

⁶⁸ Sulla qualifica dei vizi incompleti si rinvia a M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedi risarcitori*, Torino, 1995, 187, secondo la quale per vizio incompleto si fa riferimento a tutte quelle circostanze che «si collocano al di sotto della soglia che vale a determinare le ipotesi legali di vizio e rispetto alle quali il ricorso al rimedio invalidatorio è escluso: situazioni, tuttavia, in cui l'assetto di interessi che risulta dal contratto, si rivela "squilibrato" a danno di uno dei contraenti in ragione della scorrettezza *in contrahendo* dell'altro».

⁶⁹ Tra i primi contributi monografici cfr. G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996. Sull'argomento si rinvia, *ex multis*, a M. RINALDO, *La questione de rapporto tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. notariato.*, 2019, 63 ss.; F. MARONE, *Sul cosiddetto principio di «non interferenza tra regole di comportamento e di validità»*. Osservazione a proposito di un recente libro, in *Foro nap.*, 2015, 385 ss. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento. I principi ed i rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 599 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. e contr.* 2008, 104 ss.; ID., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. pr.*, 2003, 241 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, cc. 1107 ss.

⁷⁰ Contro la paventata ipotesi che l'ampliamento dei vizi del consenso avrebbe l'effetto di minare il significato proprio della disciplina positiva dei vizi, parte della dottrina ha sostenuto che ciò «non vale a ritenere in ogni caso irrilevanti per il diritto quelle alterazioni patologiche del volere, determinate da una condotta contraria a buona fede e, tuttavia, non riconducibili ai vizi invalidanti "nominati" dal legislatore, che possono invece assumere incidenza in chiave risarcitoria; lasciando così inalterata, ed anzi rafforzata, la distinzione tra il momento genesi dell'accordo ed il successivo momento esecutivo» (F. TINTI, *La convenienza economica nel contratto*, Torino, 2016, 153).



orientare la condotta in *contrahendo* alla correttezza, perché prodromica alla formazione di una quanto più accurata consapevolezza sui valori (soggettivi) da assegnare alle prestazioni contrattuali. La protezione giuridica prevista dall'art. 1337 cod. civ. non è volta ad eliminare l'illecito. Il contratto è frutto di accordo che la vittima avrebbe comunque concluso, ma a condizioni diverse. Con l'art. 1337 cod. civ. il giudice né elimina dal mondo giuridico il contratto, né (ri)determina il contenuto economico del negozio. Il diritto applicato reprime una condotta distorsiva del processo formativo della volontà negoziale che, indipendentemente dalla validità dell'atto, abbia determinato un disequilibrio economico. Anche nel contesto giurisprudenziale, dunque, l'alterazione del rapporto tra i valori economici delle prestazioni contrattuali è attenzionato soltanto quando sia patologico, ossia il risultato di un'alterazione della libertà di scelta – determinata da una condotta contraria a buona fede – sebbene non riconducibile ad uno dei vizi tipici del consenso.

Questa posizione è confermata anche dall'uso sempre più rigoroso da parte della giurisprudenza del concetto giuridicamente rilevante della meritevolezza degli interessi. Negli ultimi anni, infatti, l'art. 1322, comma 2, cod. civ. è stato sì utilizzato dal diritto applicato come uno strumento giudiziario di controllo del contenuto del contratto e dell'autonomia privata⁷¹, ma il ricorso a tale istituto ha avuto il precipuo fine di innalzare il livello di tutela nei confronti di operazioni economiche in contrasto con i principi che il dettato costituzionale predispone a fondamento dei rapporti intersoggettivi, quali i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione di cui all'art. 2 Cost⁷².

Un primo utilizzo in tal senso dell'art. 1322, comma 2, cod. civ. ha avuto ad oggetto le cc.dd. *claims made* impure contenute all'interno dei contratti di assicurazione per responsabilità professionale. Un regolamento d'interessi che contiene clausole che subordinano l'indennizzo alla circostanza che sia il danno sia la richiesta per il risarcimento avvengano sotto la vigenza del contratto (i.e. un rapporto decisamente 'squilibrato') è considerato immeritevole perché riflette un abuso di potere contrattuale del contraente professionale, in danno della parte debole – in ragione del peculiare bisogno che ha indotto quest'ultima a contrattare –⁷³.

La Cassazione⁷⁴ ha considerato immeritevoli anche i contratti «For you»⁷⁵, ove lo squilibrio abnorme tra le prestazioni contrattuali è il frutto della promessa di raggiungere un beneficio economico futuro ai fini pre-

⁷¹ La 'meritevolezza' non si risolve più nella valutazione di 'liceità' di cui all'art. 1343 cod. civ. Ma sebbene la 'causa' e la 'meritevolezza' siano categorie concettuali da tener distinte, non è possibile rinnegare una loro reciproca interferenza. Sul punto, cfr. M. BATTAGLIESE, *Il difficile duetto della causa «immeritevole» (tra nullità e inefficacia) e l'autonomia degli effetti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 170, secondo la quale la meritevolezza «non è, a differenza della causa, un elemento del negozio giuridico bensì un mero criterio di giudizio [...]. A tale stregua 'causa immeritevole' è un aggettivo e non una categoria, la quale, piuttosto, sarà sempre ravvisabile nella causa lecita o illecita, e le conseguenze della causa lecita ma non meritevole di tutela saranno disciplinate dalle regole la cui violazione ha reso il negozio immeritevole di tutela». La distinzione dalla 'liceità' ha, tuttavia, indotto parte della dottrina a rinvenire nella 'meritevolezza' un giudizio 'in positivo', volto a verificare il grado di attuazione dei principi apicali che disciplinano il contratto da parte dell'autonomia privata. Sul punto, cfr. P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione», *degli atti di autonomia privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 213 ss.; M. PENNASILICO, *Dal «controllo» alla «conformazione dei contratti»*, in *Contr. impr.*, 2020, 844 ss.

⁷² Più nello specifico, un contratto è immeritevole di tutela quando: abbia lo scopo di attribuire ad una parte un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra; produca l'effetto di porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra; costringe una di esse a tenere una condotta contrastante con i superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti. Così Cass. civ., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 815 ss., con osservazioni di G. FACCI, *Le clausole claims made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di cause*.

⁷³ Così A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, 145. Per un maggiore approfondimento delle clausole *claims made* cfr., tra gli altri, M. D'AURIA, *La «riscrittura giudiziale dei contratti». Il caso delle claims made*, in *Corriere giur.*, 2021, 773 ss.; ID., *Ancora sulle claims made: profili critici*, *ivi*, 2021, 193 ss.; G. COLOMBO, *Claims made tra meritevolezza e adeguatezza: la claims made mista è inadeguata?* in *Danno e resp.*, 2020, 262 ss.; P. CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 901 ss.

⁷⁴ Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Giur. it.*, 2016, 852, con nota di G. VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di rego-*



videnziali radicalmente disattesa non già dall'andamento imprevedibile dei mercati finanziari, quanto piuttosto dalle stesse regole contrattuali costituite in modo tale da esporre esclusivamente il cliente a conseguenze svantaggiose, a tutto favore per l'intermediario che invece lucra sugli interessi del mutuo.

Lo stesso è a dirsi per i contratti derivati I.R.S. (cc.dd. swap)⁷⁶: l'interesse perseguito dalla banca di conseguire un beneficio economico (di per sé legittimo) cessa di essere meritevole di tutela con un'alea interamente addebitata a carico del cliente, perché in grado di svilire completamente la scommessa sul futuro andamento dei tassi di interessi capaci di apportare una qualche utilità a quest'ultimo.

Più di recente la Suprema Corte⁷⁷, soffermandosi su un contratto di *leasing* contenente una clausola di doppia indicizzazione, ha aggiunto ai precedenti orientamenti ulteriori coordinate per identificare i caratteri della non 'meritevolezza'. La Cassazione ha avvertito che un contratto aleatorio e/o squilibrato non è di per sé immeritevole di tutela. Quanto al primo profilo, non è inibito alle parti né stipulare contratti aleatori atipici, né inserire elementi di aleatorietà in un contratto commutativo. In merito al secondo, neppure può dirsi immeritevole un contratto per la semplice differenza tra i valori economici delle prestazioni, se essa sia stata compresa e accettata liberamente dalle parti. Il giudizio di 'immeritevolezza' di un contratto va compiuto in concreto e, cioè, accertando la contrarietà del risultato cui esso mira ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione. La meritevolezza, dunque, non obbliga le parti a costituire un rapporto simmetrico tra i valori delle prestazioni, ma soltanto a garantire che l'atto di autonomia privata non sia stata l'occasione per perpetrare una condotta prevaricatrice producendo un ingiusto ed esclusivo profitto a favore – unicamente – di una delle parti. Sindacando la 'sproporzionalità' del vantaggio non si contraddice il portato dell'art. 1322 cod. civ., né si incrementa il pericolo di un'eccessiva ingerenza e arbitrarità della magistratura nell'affare privato. Nella pronuncia il giudizio di 'immeritevolezza' non ha avuto oggetto il contenuto in sé del contratto o la sua convenienza; tant'è che gli stessi giudici riconoscono come l'ordinamento non richieda una paritaria e perfetta equivalenza tra le contrapposte prestazioni. Lo iato che può sussistere tra prestazione e controprestazione non rende 'immeritevole' di tutela il contratto se tale rapporto sia stato accettato e compreso in piena libertà e autonomia. L'intervento del giudice su un contratto che manifesta un rilevante squilibrio non può che essere eccezionale, e ciò accade quando il negozio riporti una grave sproporzione tra i valori delle prestazioni contrattuali che sia, al contempo, ingiusta, perché frutto di un consenso prevaricato. Ancora una volta, uno strumento tradizionale del quadro positivo è utilizzato dalla giurisprudenza non per conformare il contenuto del contratto ad una astratta e ideale redistribuzione degli interessi, né per sindacare la convenienza dell'affare. Il giudizio di meritevolezza, attraverso il parametro della solidarietà, reprime una condotta

le di condotta in materia di intermediazione finanziaria; Cass. 21 settembre 2012, n. 16049, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 285, con nota di S. GUADAGNO, *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*.

⁷⁵ L'operazione è definita «4 you» proprio a rimarcare attraverso un gioco di parole la presenza di quattro negozi: in particolare, un mandato conferito alla Banca; un mutuo a favore del cliente; l'acquisto dei titoli; la costituzione di un pegno sui titoli acquistati. È chiaramente manifesto, dunque, a prescindere dal carattere aleatorio tale operazione negoziale, il totale beneficio speculativo per l'intermediario finanziario e l'assenza effettiva di una qualche utilità – sia pur minima – per il cliente.

⁷⁶ Trib. Modena 23 dicembre 2011, in *Contr.*, 2012, 130, con nota di V. SANGIOVANNI, *Contratto di swap, alea unilaterale e interesse non meritevoli di tutela*. Si veda inoltre Trib. Padova, 3 gennaio 2022, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, IV, 764, con nota di D. FORESTA, *Contratti finanziari, la (discutibile) conferma della non meritevolezza degli interest rate swap con funzione di macro hedging*. Il giudizio di meritevolezza, così come consolidatosi in seno alla giurisprudenza, ha investito negli ultimi tempi anche diversi contratti. Sul punto, si veda Trib. Milano, 25 gennaio 2022, in *Contr.*, 2022, III, 227, con nota di F. RUSSO, *Sul giudizio di meritevolezza del contratto di risparmio edilizio «spurio»*; App. Trieste, 15 aprile 2021, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, V, 1035, con nota di F. RUSSO, *Sulla meritevolezza della clausola «rischio cambio» nel contratto di leasing*.

⁷⁷ Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Dir. e giust.*, 2023, fasc. 26, 3, con nota di R. BENCINI, *Leasing indicizzato e derivati impliciti: il faro delle Sezioni Unite*.



preparatoria con effetti distorsivi del consenso che abbia, per questo, determinato una ingiusta sproporzione tra i valori economici delle prestazioni contrattuali.

5. – In tale quadro ordinamentale, ben si comprende come qualsivoglia tentativo di giustificare un controllo del contenuto del contratto sulla base della sola proporzionalità delle prestazioni non solo risulta privo di una consolidata esperienza che permetta di definire in astratto un assetto ‘giusto’, ma rischia anche di apparire ingiustificato.

L’armonia crescente tra la giurisprudenza e la tendenza legislativa degli ultimi anni mostra un impianto sistematico solido, rivolto alla ricerca di rimedi sempre più efficaci per garantire un contesto circostanziale a tutela della libera scelta, quale presupposto necessario per un assetto di interessi ‘adeguato’ alle volontà effettive delle parti. Se è ancora possibile sostenere l’esistenza di una ‘giustizia contrattuale’, essa non andrebbe ricostruita sulla base di valori meta-giuridici, ma valorizzando il dato positivo e i rimedi effettivi che prendono forma dalla necessità di reagire ad un’ingiustizia concreta, quella di un disequilibrio dei valori delle prestazioni determinato dall’insussistenza dei presupposti naturali che condizionano la consensualità dello scambio.

In questa prospettiva, si giustificano anche i più attuali orientamenti giurisprudenziali ove principi e clausole generali non mirano ad assicurare un astratto parallelismo tra le prestazioni (il cui bilanciamento non può che essere rimesso alla piena disponibilità delle parti), ma a garantire che l’operazione economica non diventi, in concreto, uno strumento contrario al dovere di non prevaricazione del consenso, quale specificazione del più alto principio di solidarietà sociale tutelato dal dettato costituzionale.

È certo che anche forme di protezionismo e garantismo eccessive della volontà limitano la circolazione della ricchezza. Il legislatore, dunque, che si trova ad elaborare strumenti volti a tutelare la libera volontà e l’interprete che invece è chiamato ad applicare quei rimedi, anche facendo uso dei principi generali, sono posti nella difficile posizione di distinguere un disequilibrio economico ascrivibile ad una manifestazione fisiologica del consenso, rispetto a quello che appare, invece, patologico, perché espressione di *status* o di posizioni personali di debolezza o, più in generale, perché frutto di una volontà alterata da circostanze esterne.

Siffatta prospettiva non vuole essere completamente estranea all’importanza dei principi generali dell’ordinamento, ma sollecitare primariamente la valorizzazione dell’atto di autonomia privata nelle logiche del mercato. Il tema della ‘giustizia contrattuale’ non vede l’applicazione dei principi come una mediazione dei conflitti o una redistribuzione degli interessi dei privati, ma semmai come una tutela della libertà di scelta. L’autonomia privata, quale facoltà delle parti di assegnare un determinato valore alle prestazioni, è tutelata dall’‘esterno’, sebbene tanto il legislatore che il diritto applicato non si limitano a garantire posizioni di reciproca parità formale tra le parti, ma che esse godano di una concreta idoneità ad influire sulla intesa⁷⁸.

Al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, l’ordinamento non attribuisce un potere giudiziario di valutazione della congruità dello scambio. I valori delle prestazioni non sono mai ‘congrui’, semmai ‘adeguati’ ad una volontà che risulti essersi formata in piena libertà e consapevolezza.

⁷⁸ Per G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l’inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, in part. 333 ss., la parità è un principio fondamentale e la condizione necessaria perché un atto possa essere qualificato contratto; per questo l’ordine giuridico deve garantire «l’effettivo equilibrio delle parti, da impedire, attraverso un armonico bilanciamento, che uno dei due contraenti possa trovarsi in posizione tipicamente svantaggiata rispetto all’altra» (334), senza introdurre meccanismi per «valutare l’esito, e cioè l’adeguatezza, dello scambio» (335).



Laddove la (s)proporzione tra i valori delle prestazioni del contratto esprima un concetto normativo di rilevanza giuridica, al giudice spetta solo il compito di indagare se l'asimmetria sia dovuta ad una patologia della volontà dei soggetti per effetto di eventi sopravvenuti imprevedibili, stati soggettivi eccezionali o fenomeni di dipendenza economica e di asimmetrie informative. Qualora le parti non siano state effettivamente nelle condizioni di poter esprimere una scelta libera, ovvero quando questa, espressa consapevolmente, sia stata successivamente alterata, il diritto dei contratti interviene per concretizzare un programma 'concreto' di giustizia, sia pur prevenendo o reprimendo contegni abusivi.

Anche la giurisprudenza recepisce i principi liberali del nuovo sistema, ma lo fa attraverso un uso rigoroso di istituti dal valore semantico alquanto elastici, come il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ.

Il diritto applicato non si limita perciò a garantire l'uguaglianza formale delle parti negoziatrici, ma estende il controllo sull'esercizio dell'autonomia privata e sul contenuto del contratto. Un sindacato, questo, che non mira certo a rideterminare il 'giusto' valore della prestazione in funzione di un superiore e/o collettivo interesse. Al giudice continua ad essere preclusa l'ingerenza nel contenuto dell'accordo; e, in effetti, il controllo non si traduce mai nella modificazione del rapporto giuridico, semmai in una pronuncia di risarcimento del danno o di invalidità del patto la cui significativa e ingiusta sproporzione sia sintomatica di un uso distorto e prevaricatore dell'autonomia contrattuale.

Nell'ambito del problema dell'equilibrio economico, dunque, il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., quale criterio di giudizio della meritevolezza di un contratto, permette al giudicante di invalidare un atto ingiustificatamente sproporzionato, perché frutto di una condotta abusiva e prevaricatoria. I principi sottesi all'autonomia contrattuale non sono scalfiti dall'intervento giudiziale, semmai tutelati; l'autonomia privata, infatti, riceve protezione dalla 'solidarietà' perché, orientando i rapporti all'agire corretto per preservare gli interessi della controparte, consente di salvaguardare il fisiologico esplicarsi del consenso.



GIULIA CIRILLO

Dottoressa – Università del Piemonte Orientale

**LA NUOVA DISCIPLINA DEI CONTRATTI DI CONSUMO
AVVENTI AD OGGETTO CONTENUTI E SERVIZI DIGITALI**

SOMMARIO: 1. *Il diritto europeo dei contratti e l'evoluzione del mercato digitale.* – 2. *Il ruolo delle piattaforme on-line.* – 3. *Strutture e caratteristiche dei contenuti e dei servizi digitali: dalla dir. (UE) 2019/770 all'attuazione della dir. (UE) 2019/2161.* – 4. *L'attuazione del dir. (UE) 2019/2161: gli interventi operati in riferimento alle pratiche commerciali scorrette e gli obblighi di informazione.* – 5. *I c.d. "beni con elementi digitali" e il mercato on-line. Ambito di applicazione del d. lgs. 7 marzo 2023, n. 26: i rinnovati artt. 46 e 47 c. cons.* – 6. *Gli obblighi informativi previsti in capo al professionista.* – 7. *Modifiche apportate al diritto di recesso: il previo consenso espresso del consumatore come elemento essenziale.* – 8. *Verso una tutela effettiva del consumare nel mercato digitale.*

1. – All'interno della disciplina del diritto europeo dei contratti¹, si è recentemente assistito ad una crescente interdipendenza tra i contratti di consumo e contratti che prevedono contenuti o servizi digitali². Tutto ciò è legato all'evoluzione dell'economia digitale che ha riguardato i consumatori e i professionisti negli ultimi decenni, rendendo conseguentemente rilevanti le sinergie afferenti a determinate aree del diritto che, fino a questo momento, sono sempre state distanti tra loro. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle nuove interazioni, su cui da tempo si è interrogata la dottrina, tra la disciplina relativa alla protezione dei dati personali e le regole inerenti alla loro circolazione³.

La digitalizzazione ha apportato, da un lato, notevoli vantaggi in capo agli utenti (rendendo l'acquisto più efficiente, veloce e anche più economico) e, dall'altro, ha sollevato perplessità circa l'inquadramento dei contratti che hanno ad oggetto contenuti e servizi digitali.

Proprio in ragione di questa nuova realtà, negli ultimi anni il legislatore europeo ha avviato un progetto volto alla creazione di una regolamentazione del "Mercato unico digitale", progetto che ha iniziato a trovare la sua realizzazione nel 2015, nella prospettiva di ampliare gli ambiti di tutela nei confronti dei consumatori⁴. In questo contesto, un ulteriore obiettivo che si è voluto perseguire è stato quello di promuovere la libera

¹ Sull'argomento vd. S. GRUNDMANN *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 365-371.

² Un ulteriore evidente interesse nella materia lo si riscontra da ultimo nella dir. (UE) 2023/2225 sui contratti di credito ai consumatori che abroga la dir. 2008/48/CE, in particolare laddove nei Considerando nn. 3 e 4 si rileva l'esigenza di intervenire con una nuova normativa in ragione della digitalizzazione del mercato del credito.

³ V. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in C. PERLINGIERI-L. RUGGIERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2014, 417 ss.; sull'argomento vd. E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano, 2012, 1 ss.

⁴ A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, 10. Lo scopo del legislatore europeo lo si può analizzare facendo riferimento a due diversi obiettivi che lo stesso intende perseguire: da un lato, quello di garantire una protezione del consumatore alla luce del deficit informativo di cui lo stesso soffre all'interno dei contratti stipulati con professionisti, inoltre, si è



circolazione dei dati all'interno del mercato interno, assicurando in questo modo la protezione dei dati personali⁵.

Si tratta di una tematica che, come intuibile, riveste un notevole impatto a livello globale, in quanto l'importanza della protezione dei dati personali è da considerarsi in relazione al fatto che ad oggi questi vengono sempre più spesso utilizzati come controprestazioni a fronte di forniture di beni e di servizi⁶. Il problema sta nel fatto che non sempre gli utenti sono consapevoli del valore economico che deriva dal mettere a disposizione certe informazioni, (come ad esempio la geolocalizzazione) il che investe, inoltre, la compatibilità di dette controprestazioni in relazione alla configurazione del rapporto contrattuale. Proprio al fine di regolamentare adeguatamente la materia, il legislatore europeo ha riconosciuto il valore economico dei dati personali in primo piano mediante la previsione della disciplina sulla fornitura di contenuti e servizi digitali, prevista primariamente dalla dir. (UE) 2019/770, all'interno della quale vengono disciplinate le ipotesi in cui non solo il consumatore corrisponde a fronte di una determinata prestazione un corrispettivo in denaro, ma anche quelle ipotesi in cui egli fornisce come controprestazione i suoi dati personali.

In siffatto contesto s'inseriscono, da ultimo, le norme introdotte dal d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26, con cui si è dato attuazione alla dir. (UE) 2019/2161⁷, anche per quanto concerne la conclusione di contratti di consumo aventi ad oggetto contenuti e servizi digitali⁸, la cui analisi si rivela particolarmente interessante specie declinandola nell'impostazione metodologica che ci pare preferibile e che riconduce l'intervento del legislatore europeo in ambito contrattuale al pensiero ordoliberal⁹. È infatti noto che in quest'ultima prospettiva l'intervento del legislatore europeo si fonda e trova giustificazione nell'esigenza di correggere le distorsioni e i fallimenti di mercato, nel rispetto, in virtù del principio di attribuzione, delle quattro libertà fondamentali su cui si fonda l'Unione europea. Seppure sia indubbio che il fondamento del pensiero ordoliberal è notoriamente riconducibile al settore economico, basandosi sul rifiuto di un liberalismo in termini assoluti e giu-

volo procedere verso la creazione di un "Mercato unico digitale" al fine di rendere competitiva a livello globale la normativa europea.

⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Building a European Data Economy (Communication)*, COM. (2017) 9 final del 10 gennaio 2017, 5 ss. Sull'evoluzione della materia, vd. in dottrina J. DREXEL, *Legal Challenges of the Changing Role of Personal and Non-Personal Data in the Data Economy*, in A. DE FRANCESCHI-R. SCHULZE (a cura di), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, München – Baden – Baden, 2019, 19 ss. In riferimento alle interazioni con la tutela dei dati personali, risulta fondamentale il riferimento al reg. (UE) 2022/2065 (c.d. "Digital services Act").

⁶ Sull'argomento vd. G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi di rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali, Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, 689 ss.

⁷ Come rilevato in dottrina, la dir. (UE) 2019/2161 (c.d. Direttiva *omnibus*), insieme alla dir. (UE) 2019/770 e alla dir. (UE) 2019/771, costituiscono il "pacchetto di direttive 'New Deal for Consumers' del 2019" (in questo senso A. DALMARTELLO, *La tutela del consumatore quale strumento di regolazione del mercato. Il caso del recesso (ius poenitendi)*, in *Accademia*, 2023, 713).

⁸ Il d. lgs. 7 marzo 2023, n. 26, è altresì intervenuto in altri contesti e, particolarmente, sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette (sul punto vd. G. DE CRISTOFARO, "Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 c. cons.), in *NLCC*, 2023, 443 ss.), come anche sulla "costruzione di un sistema di enforcement pubblicistico della disciplina (privatistica) di recepimento della dir. 1993/13/CEE" (al riguardo, vd. G. DE CRISTOFARO, *Vessatorietà e trasparenza delle clausole dei contratti B-TO-C e procedimenti amministrativi di competenza dell'AGCM. Il novellato art. 37-bis c. cons.*, in *NLCC*, 2023, 517 ss.; M. ANGELONE, *I nuovi poteri dell'Agcm in materia di clausole vessatorie a dieci anni dall'art. 37 bis c. cons. e a trenta dalla dir. 93/13/CEE*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 761 ss.).

⁹ Il pensiero ordoliberal trova come sua matrice di origine l'ordinamento tedesco, esso ha influenzato la storia del diritto europeo e ne costituisce l'attuale fondamento. Grazie a questo, è stato possibile identificare il primato costituzionale della libertà individuale mediante un modello di società che si basa sul diritto privato, sul punto vd. S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *European Review of Private Law*, 2008, 553 ss. È opportuno specificare, inoltre, che è tipico del pensiero ordo-liberale l'enfaticizzazione del ruolo dello Stato e, più nel dettaglio, dei poteri pubblici, affinché si possa ottenere la creazione di un ordine giuridico di mercato. In questa prospettiva di recente vd. L. MESINI, *Stato forte ed economia ordinata*, Bologna, 2023.



stificando l'intervento dell'Unione europea al fine di evitare il verificarsi dei c.d. fallimenti di mercato, lo stesso presenta una indubbia rilevanza anche nella prospettiva giuridica laddove si superi opportunamente l'impostazione che vedeva il diritto europeo come un mero strumento realizzato per raggiungere l'integrazione economica degli Stati membri, giungendo ad affermare che questo risulta piuttosto concepito come un "autonomo" ordinamento giuridico orientato a realizzare un proprio modello costituzionale¹⁰, vale a dire quello di una società basata sulle libertà individuali (c.d. *Privatrechtsgesellschaft*)¹¹.

2. – Al fine di poter contestualizzare le ragioni e gli ambiti di intervento della dir. (UE) 2019/2161 e, conseguentemente, inquadrare la disciplina dei contratti aventi ad oggetto contenuti e servizi digitali è funzionale ai predetti fini analizzare le piattaforme in cui essi trovano collocazione.

L'Unione Europea si è da sempre contraddistinta, come si è precedentemente avuto modo di osservare, per il suo rinnovamento normativo, laddove fosse necessario, per adeguarsi, soprattutto, alle novità inerenti alla materia del mercato digitale e, nello specifico, al ruolo che ricoprono nel panorama mondiale le piattaforme digitali.

In tale senso, nella prospettiva dei contratti aventi ad oggetto contenuti o servizi digitali, un ruolo centrale è quello che viene riconosciuto alle piattaforme *on-line*, relativamente alle quali – con la crescita della c.d. "Platform economy" – è stata messa in discussione la portata che le stesse hanno in relazione ai modelli di funzionamento del mercato all'interno dell'economia non digitale¹². Nello specifico, con il crescente sviluppo di queste piattaforme e la loro diffusione, è sorta la necessità di garantire ai consumatori una protezione certa ed effettiva, aspetto questo fondamentale laddove si consideri che un insufficiente livello di tutela all'interno dei mercati digitali è idoneo a determinare una diminuzione della fiducia degli utenti comportando, conseguentemente, un pregiudizio verso la crescita economica ed il benessere dell'Unione europea¹³. Alla luce di queste considerazioni, l'Unione Europea ha voluto recentemente intervenire su questo fronte mediante la disciplina del reg. (UE) 2022/1925, noto anche come *Digital Market Act* il quale, insieme al reg. (UE) 2022/2065, il c.d. *Digital Services Act*, costituiscono un punto di riferimento importante in materia di piattaforme digitali¹⁴. Il reg. (UE) 2022/2065 è diretto ad apportare un contributo al corretto funzionamento del

¹⁰ Circa questa locuzione adoperata in riferimento all'ordinamento giuridico europeo e l'opportuno chiarimento che in realtà le norme europee non consentono di individuare un autonomo ordinamento giuridico, integrando invece la legislazione degli Stati membri, vd. D. ACHILLE, *Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema ordinamentale integrato*, in *NGCC*, 2018, 1890 ss.

¹¹ Al riguardo, vd. P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 108, il quale giunge a giustificare, così, la qualificazione di queste libertà come "fondamentali": la loro tutela da parte del diritto dell'Unione europea non è solo diretta ad evitare la sussistenza di disparità di trattamento tra soggetti, ma anche quella di promuovere una liberalizzazione dell'economia e del diritto di ogni Stato membro. Sull'argomento vd., inoltre, A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Le "libertà fondamentali" dell'Unione europea e il diritto privato*, a cura di F. Mezzanotte, 2016, 9 ss.

¹² M. COLANGELO-V. ZENO-ZENCOVICH, *Online Platforms, Competition Rules and Consumer Protection in the Travel Industry*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 75 ss.

¹³ A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., p. 19.

¹⁴ In riferimento alla trattazione dell'argomento vd. M. COLANGELO, *La regolamentazione ex ante delle piattaforme digitali: analisi e spunti di riflessione sul regolamento sui mercati digitali*, in *NLCC*, 2023, 415 ss.; sulla materia vd. S. EI SABI, *Fornitura di servizi e contenuti digitali: profili di tutela per il "digital consumer" nel Mercato Unico Digitale*, in *Giust. civ.*, 2021, 5.

Il Considerando n. 7 del Reg. (UE) 2022/1925 precisa che la finalità del regolamento stesso è quella di: "contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme volte a garantire la contendibilità e l'equità per i mercati nel settore digitale in generale e per gli utenti commerciali e per gli utenti finali dei servizi di piattaforma di base".



mercato interno mediante l'introduzione di obblighi giuridici volti a garantire l'equità dei mercati digitali e, inoltre, i suddetti obblighi dovrebbero anche incrementare la concorrenza all'interno delle piattaforme digitali¹⁵. Ai sensi dell'art. 2 del reg. le nuove norme troveranno applicazione solo in riferimento ad una categoria circoscritta di servizi di piattaforma base, quali ad esempio: i servizi di intermediazione *on-line*, i servizi di piattaforma per la condivisione di video, *browser web* e servizi pubblicitari *on-line*.

In questa sede, dunque, si deve comprendere – nei limiti di quanto è necessario al prosieguo dell'indagine – cosa si intenda e cosa sia il commercio elettronico e in che modalità esso operi, potendosi al riguardo affermare preliminarmente che il commercio elettronico si basa fundamentalmente sull'*Information and Communication Technology* (ICT), all'interno del quale assume notevole importanza il contenuto informativo connesso alla gestione dell'intermediazione *on-line*¹⁶.

La dir. (UE) 2019/2161, attuata nel nostro ordinamento con il d. lgs. 7 marzo 2023 n. 26, ha dato una definizione di mercato *on-line* all'art. 3, modificando l'art. 2, comma 1 della dir. 2005/29/CE inserendovi la lett. n), e identificandolo come un "servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un'applicazione, gestito da o per conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a distanza con altri professionisti o consumatori". La necessità di fornire tale definizione è strettamente connessa alla disciplina applicabile, poiché all'interno di questo ambito, sia il fornitore del mercato *on-line* che il fornitore terzo devono indicare al consumatore le necessarie informazioni al fine di agevolargli la comprensione circa l'identificazione della controparte contrattuale, nonché tutte le informazioni relative ai diritti ed agli obblighi ad esso spettanti¹⁷.

Per quanto riguarda, invece, l'individuazione delle piattaforme che vengono maggiormente utilizzate all'interno dei mercati *on-line*, si possono ricordare la posta elettronica, l'inserzione telematica, cioè i c.d. messaggi "*one to many*" che consentono all'inserzionista di porre una richiesta che potrà essere esaudita solo tramite delle specifiche adesioni, i *forum* e, infine, l'accesso al sito tramite la navigazione *web*, che risulta essere la tipologia più utilizzata¹⁸.

Si deve ricordare che in origine le tipologie di commercio elettronico erano solo quelle che si instauravano tra professionisti, i contratti *B-to-B*, oppure tra professionista e consumatore (*B-to-C*). Con l'avvento di *internet*, invece, si sono create nuove forme di commercio all'interno della rete, come ad esempio i contratti di *Administration to Community* o *Public Administration to Citizen*, che riguardano i rapporti tra l'amministrazione e i cittadini e rappresentano il servizio con cui lo stesso cittadino può accedere a tutta la gamma di servizi che vengono erogati dagli enti pubblici¹⁹.

In riferimento al mercato digitale e alle piattaforme *on-line*, di recente interesse è anche la predisposizione della normativa sull'IA da parte del Parlamento europeo volta a regolamentare i sistemi di intelligenza artificiale.

¹⁵ Vd. Considerando n. 32 Reg. (UE) 2022/1925.

¹⁶ Sul commercio elettronico e sul contratto telematico, cfr. C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium juris*, 1998, 1035 ss.; G. GRISI, *La frontiera informatica della contrattazione a distanza*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 885 ss.; P. PICCOLI-G. ZANOLINI, *Il documento elettronico e la firma digitale*, in *Riv. not.*, 2000, 885 ss.; C. VACCÀ, *Il commercio elettronico*, Milano, 1999, 11 ss.; G. COMANDÉ-S. SICA, *Il commercio elettronico*, Torino, 2001, 3 ss.

¹⁷ R. ANGELINI, in A. BARBA-V. CUFFARO-A. BARENGHI (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Milano, 2023, 129, il quale afferma inoltre che questi obblighi di informazione dovrebbero essere proporzionati e devono essere funzionali a mantenere un equilibrio tra un'elevata tutela dei consumatori e la competitività dei fornitori dei mercati *online*, sul punto vd. Considerando n. 27 dir. (UE) 2019/2161.

¹⁸ A.M. GAMBINO, *I contratti telematici*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, in *Tratt. dir. priv. Unione europea* diretta da G. Ajani-G. A. Benacchio, Torino, 2009, 607 ss.

Tra i nuovi modelli economici che utilizzano piattaforme *on-line* si deve ricordare la c.d. *sharing economy*, sull'argomento vd. D. DI SABATO, *La prassi contrattuale nella "sharing economy"*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2016, 451-490.

¹⁹ M. POLLIFRONI, *Processi e modelli di e-government ed e-governance applicati alla azienda pubblica*, Milano, 2003, 69 ss.



Sempre in relazione ai contratti telematici è, poi, possibile distinguere tra i contratti che hanno un oggetto informatico e i contratti conclusi a mezzo di strumenti informatici, rientrando in quest'ultima categoria quei contratti che hanno ad oggetto beni o servizi informatici, quali *hardware* o *software*. Gli stessi contratti, poi, possono a loro volta distinguersi a seconda che questi siano conclusi mediante un accordo che avviene all'interno di una comunità ristretta, oppure contratti che si concludono dentro un'ampia platea, laddove nel primo caso ci si trova di fronte alla tipica ipotesi di un commercio elettronico di "tipo convenzionale" che si realizza tra imprenditori e società commerciali, mentre nel secondo ci si riferisce al commercio elettronico tramite *internet*, che vede come contraenti imprese e consumatori²⁰.

In questa prospettiva, è opportuno riportare le varie difficoltà a cui si va incontro mediante l'utilizzo delle piattaforme *on-line*, in quanto, fare *e-commerce* significa dover operare nel rispetto di una serie di disposizioni che sono tra loro eterogenee e difficile coordinamento, come ad esempio, in relazione agli ambiti del diritto d'autore e del diritto industriale, alle normative relative al documento elettronico, alle leggi di tutela del consumatore e anche con riferimento alle clausole vessatorie predisposte all'interno dei contratti *on-line*²¹.

A livello europeo, come anche nei singoli ordinamenti degli Stati membri, è sorta quindi la necessità di creare dei modelli di organizzazione degli scambi all'interno dell'economia digitale e di individuare un quadro normativo volto a far fronte alle esigenze di protezione ad essi connessi, nonché di implementare a livello globale il grado di competitività del diritto europeo stesso²².

Con lo specifico scopo di realizzare questi obiettivi, molteplici sono gli interventi che il legislatore europeo ha realizzato, tra cui una rilevanza centrale deve attribuirsi alla dir. (UE) 2019/770 e alla dir. (UE) 2019/771, mediante le quali si è intervenuto essenzialmente sul rapporto contrattuale instaurato tra consumatore e professionista, disciplinando i rapporti di consumo relativamente ai contratti aventi (anche) ad oggetto contenuti o servizi digitali e ai contratti di vendita di beni²³.

In siffatto contesto e per quanto in questa sede interessa, si può quindi rilevare che il legislatore europeo, con la dir. (UE) 2019/2161 che ha modificato la dir. 93/13/CEE, la dir. 98/6/CE e la dir. (UE) 2011/83, ha inserito un ulteriore tassello nella disciplina dei contratti aventi ad oggetto contenuti e servizi digitali, definendo – come si avrà modo di vedere nel prosieguo – un dettagliato quadro normativo relativo alla fase precontrattuale, al fine di garantire una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione europea in riferimento alla protezione dei consumatori in tale contesto. Si è quindi ottenuta una disciplina certamente più completa, riguardante sia la fase precontrattuale e di conclusione del contratto, sia quella di esecuzione del contratto, delineando una disciplina compiuta circa i contratti di consumo aventi ad oggetto contenuti e servizi digitali.

²⁰ R. CLARIZIA, *Contratto informatico (per l'oggetto e per il mezzo)*, in *Enc. dir. Agg.*, II, Milano, 1998, 245; sul punto vd. F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computers*, Padova, 1987, 1 ss.

²¹ E. BATTELLI, *I contratti del commercio on line*, in G. RECINTO-L. MESSASOMA-S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, 390.

²² A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., 19.

²³ Sul punto vd. Considerando n. 19 della dir. (UE) 2019/770 la quale, ravvisando il rapido sviluppo tecnologico, intende perseguire come obiettivo quello di affrontare i problemi relativi alle categorie dei contratti aventi ad oggetto contenuti e servizi digitali. Come risulta dal Considerando n. 20 della dir. (UE) 2019/770 e il Considerando n. 13 della dir. (UE) 2019/771, il legislatore ha chiaramente prospettato la reciproca integrazione tra le due normative, al fine di poter meglio rispondere alle aspettative dei consumatori e "garantire un quadro giuridico semplice e chiaro".

Al fine di aver un preciso riferimento sulla dir. (UE) 2019/771 vd. Considerando n. 15, il quale specifica che la presente direttiva si deve applicare ai contratti di vendita aventi ad oggetto anche i contenuti o servizi digitali la cui fornitura è prevista dal contratto.



3. – Quanto finora detto induce a rilevare preliminarmente che nella prospettiva del legislatore europeo i riferimenti propri del paradigma contrattuale assumono una declinazione non propriamente coincidente con quelle riscontrabili nel nostro ordinamento. Ciò vale certamente per il riferimento all’oggetto del contratto, nozione particolarmente controversia nella nostra dottrina²⁴, che il legislatore europeo, ritenendo che il contratto possa avere ad oggetto anche contenuti o servizi digitali, intende in senso mediato e quindi come bene, diversamente da quanto generalmente ritenuto in base alle previsioni di diritto comune²⁵.

In siffatto contesto, pare quindi opportuno domandarsi quale natura giuridica si deve attribuire ai contenuti digitali. In dottrina, infatti, uno degli argomenti più discussi è se questi debbano essere inquadrati all’interno dei beni corporali o immateriali; apparendo prevalente l’opinione per cui tali beni siano da identificare al pari di un *tertium genus*²⁶.

Su tale presupposto e in ragione delle particolarità afferenti ai beni digitali, la dottrina europea si è di recente occupata di quelle che sono le implicazioni pratiche relative alla stipulazione di contratti di consumo aventi ad oggetto beni o servizi digitali²⁷. Conseguentemente è sorta la necessità di fornire una definizione puntuale dei contenuti digitali e il primo, seppur limitato, intervento normativo è costituito dalla dir. 2011/83/CE, con la quale sono stati qualificati i “contenuti digitali” come dei “dati prodotti e forniti in formato digitale” (art. 11), specificando tale definizione nei relativi considerando e includendovi i programmi informatici, le applicazioni, giochi, musica, video o testi; indipendentemente dalla circostanza che a questi l’accesso avvenga tramite *download*, *streaming*, o un supporto materiale, precisando che, qualora il contenuto sia fornito su un supporto materiale, come un CD o un DVD, allora i contenuti digitali devono essere considerati alla stregua di un bene²⁸.

Attribuire una definizione ai contenuti e servizi digitali ed inserire la disciplina all’interno di un quadro giuridico adeguato risponde all’esigenza di incentivare i consumatori ad acquistare i suddetti beni. A tal fine, il legislatore europeo ha voluto provvedere ad una modernizzazione del diritto dei contratti in ambito digitale pubblicando il 9 dicembre 2015 tre diverse proposte legislative: la proposta avente ad oggetto una direttiva relativa ai contratti di fornitura di servizi digitali, una riguardante i contratti di vendita *on-line*²⁹ ed, infine, la proposta di un regolamento circa la portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti *on-line*³⁰.

Ai fini del discorso che ci occupa, è necessario soffermarsi sull’analisi delle prime due proposte sopra riportate, le quali hanno costituito le premesse per l’approvazione della dir. (UE) 2019/770, la quale si occupa di disciplinare alcuni aspetti inerenti i contratti di fornitura portanti contenuti e servizi digitali, e della dir. (UE) 2019/771, avente ad oggetto i contratti di vendita di beni. Entrambe le direttive hanno adottato un’ampia definizione di contenuti digitali, indicandoli come quei dati prodotti e forniti in formato digitale e, inserendovi anche la disciplina dei servizi digitali, intesi al pari di un “servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di

²⁴ Sulla definizione di oggetto del contratto, vd. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2019, 285 ss., laddove si chiarisce che “Il contenuto del contratto comprende ciò che le parti stabiliscono sia in ordine ai risultati materiale sia in ordine agli effetti giuridici” (288).

²⁵ Vd., in particolare, E. GABRIELLI, *L’oggetto del contratto (Artt. 1346-1349)*, in *Il codice civile. Commentario* fondato e già diretto da P. Schlesinger continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2015, 5 ss.

²⁶ A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., 45 ss.

²⁷ M. LOOS-N. HELBERGER-L. GUIBAULTE-C. MAK, *The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2011, 730.

²⁸ Sul punto vd. Considerando n. 19 della dir. (UE) 2011/83.

²⁹ Proposta relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita *on-line* e di altri tipi di vendita a distanza di beni, COM/2015/0635 final – 2015/0288 (COD).

³⁰ Proposta che garantisce la portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti online nel mercato interno, COM (2015) 627 final.



tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati”³¹. Grazie a queste definizioni è possibile, ad oggi, affermare che la disciplina relativa alla fornitura di contenuti e servizi digitali trova la sua applicazione in riferimento a qualsiasi contratto dove un operatore fornisce un contenuto oppure un servizio digitale in capo al consumatore e che questi, in cambio, si impegni a corrispondere un prezzo³².

Siffatto significato normativo di contenuti digitali consente di individuare alcune caratteristiche comuni a tutti i contenuti digitali, quali: il fatto che essi consistono in una raccolta di dati a cui è possibile accedervi in via digitale, la peculiarità che questi siano tendenzialmente neutrali a confronto del mezzo usato per trasmetterli (poiché non rileva quale sia il supporto usato per il trasferimento dei dati) e che, infine, siano inconsuamabili³³. Ulteriore caratteristica è che i contenuti digitali si qualificano in relazione alle loro qualità, le quali possono essere percepite solo mediante il loro utilizzo. Sul punto si afferma che un contenuto digitale può avere ad oggetto una prestazione che può concretizzarsi in due modi, uno positivo e uno negativo: in positivo attraverso la definizione dei poteri che spettano in capo all’acquirente, in negativo con la comunicazione delle condotte non permesse da parte dell’acquirente in riferimento al contenuto digitale stesso³⁴.

A completamento della normativa di riferimento, assume infine rilevanza quanto previsto dalla dir. (UE) 2019/2161, la quale ha ampliato la nozione di contenuti e dei servizi digitali integrando, nello specifico, la definizione di “prodotto” inteso come “qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i servizi digitali e i contenuti digitali, nonché i diritti e gli obblighi” (art. 3, con ciò modificando l’art. 2, comma 1, lett. c) della direttiva 2005/29/CE). È quindi agevole rilevare che la portata di tale definizione intende ricomprendere oggi nella nozione di prodotto tutti i beni, mobili ed immobili, nonché diritti, obbligazioni e servizi³⁵.

Il Considerando n. 30 della (UE) 2019/2161 ha sottolineato la difficoltà circa la distinzione tra alcuni tipi di contenuti e di servizi digitali, in quanto entrambi possono consistere in una fornitura continuativa da parte del professionista³⁶. Più nel dettaglio, al fine di agevolare la suddetta distinzione, è stato affermato che possono essere considerati un esempio di servizi digitali i servizi di condivisione di un *file* video e audio e altri tipi di *file hosting*, il trattamento testi o i giochi offerti nell’ambiente di *cloud computing*, l’archiviazione su *cloud*, la *webmail*, i *social media* e, infine, le applicazioni su *cloud*.

La dir. (UE) 2019/2161, non manca peraltro di specificare che “qualora non sia chiaro se il contratto sia un contratto di servizi o di fornitura di contenuti digitali forniti mediante un supporto non materiale, si do-

³¹ Sul punto, vd. art. 2 par. 1, n. 2, lett. b), dir. (UE) 2019/770. Un’analoga definizione di contenuti digitali è stata ribadita dalla dir. (UE) 2019/771.

³² A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., 33 ss. Sul punto si deve precisare come il legislatore europeo fa rientrare all’interno della categoria del corrispettivo, non solo le somme di denaro, ma anche rappresentazioni di valore digitale, come ad esempio i beni elettronici e valute virtuali.

La stessa dir. (UE) 2019/770 prevede che il corrispettivo per la fornitura di contenuti o di servizi digitali possa essere di tre diversi tipi: una somma di denaro, una rappresentazione di valore digitale e, infine, i dati personali forniti dal consumatore all’operatore economico.

³³ A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., 37-38, il quale, sul seguente argomento, richiama la ricostruzione proposta da F. FAUST, *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag*, Munchen, 2016, A12.

³⁴ A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., 39 riferendosi sul punto alla riflessione di D. BAIER-J. PAMPPEL-M. SCHMIDT-KESSEL-A. SÄNN-C. HARTMANN-D. DEL MONEGO, *Status Quo digitaler Inhalte in Deutschland*, Bayreuth, 2017, 14 ss.

³⁵ R. ANGELINI, in A. BARBA-V. CUFFARO-A. BARENGHI (a cura di), *Codice del consumo*, cit., 114.

³⁶ Si tenga peraltro presente che nella dir. (UE) 2019/770 viene inoltre fornita anche una definizione di “operatore economico”, inteso come qualsiasi persona fisica o giuridica che opera per finalità che rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale. In sede di recepimento, l’ordinamento italiano ha sostituito la locuzione di “operatore economico” in “professionista”, al fine di trovare una giusta corrispondenza tra quanto disciplinato dalla direttiva medesima e la formulazione della versione italiana.



vrebbe applicare la norma sul diritto di recesso dei servizi³⁷, affermando poi che dovrebbero essere soggetti alle medesime regole i servizi o i contenuti digitali che vengono forniti sia in cambio di dati personali, sia a pagamento. Si prevede, tuttavia, una sola eccezione che si ravvisa quando i dati personali forniti ai professionisti siano trattati ai fini della fornitura del servizio o del contenuto digitale, e che il professionista non tratti questi dati per altri scopi³⁸.

Muovendo dalla consapevolezza del progressivo sviluppo tecnologico, è stato necessario l'intervento del legislatore europeo per due distinte ragioni: in primo luogo per fornire una modernizzazione e una maggior completezza sul piano normativo di questa disciplina. Inoltre, per incentivare i consumatori e i professionisti ad operare all'interno del mercato digitale.

4. – La dir. (UE) 2019/2161 è finalizzata a disciplinare i contratti di consumo aventi ad oggetto contenuti o servizi digitali relativamente alla fase precontrattuale, per garantire una migliore applicazione delle norme dell'Unione europea in relazione alla protezione dei consumatori, andando a modificare, in particolare, la dir. 2011/83/UE.

Quanto alla normativa di attuazione, che – come detto – è contenuta nel d.lgs. del 7 marzo 2023, n. 26, il primo rilevante intervento ha riguardato le pratiche commerciali scorrette, rimodulando la formulazione dell'art. 22, comma 4, lett. d), c. cons., con l'eliminazione dell'obbligo dei professionisti di indicare, in sede di pubblicità e quindi di invito all'acquisto, le modalità di trattamento dei reclami, e contemplando l'inserimento della lett. e-bis), la quale prevede l'obbligo in capo al professionista (nel caso in cui egli sia un fornitore del mercato *on-line*) di rendere disponibile in capo al consumatore l'informazione se il terzo, il quale offre sul medesimo mercato beni, servizi o contenuti digitali, sia anche egli un professionista, in relazione alla dichiarazione ricevuta dal terzo stesso. Nell'ipotesi in cui costui non sia qualificabile come tale, il fornitore del mercato *on-line* deve rendere una dichiarazione dove attesta che i diritti del consumatore disciplinati dal diritto dell'Unione europea non si applicano al contratto concluso, così come riportato dall'art. 18, lett. b), c. cons.; precisando inoltre che la suddetta dichiarazione deve essere portata a conoscenza in maniera chiara e comprensibile anche all'interno del suo sito *web*³⁹.

Nell'art. 22 c. cons., poi, sono stati inseriti due nuovi commi, ovvero il 4-bis e il 5-bis, attinenti a dei nuovi obblighi di informazioni, ritenuti dalla Corte di Giustizia⁴⁰ come informazioni chiave, necessarie affinché il consumatore possa prendere delle decisioni, di natura commerciale, in maniera consapevole. In tale contesto, il primo obbligo è rivolto ai professionisti che offrono una funzionalità di ricerca *on-line*, i quali devono rilevare ai consumatori i parametri principali che hanno determinato la classificazione del risultato di ricerca, nonché, condividendo al consumatore ogni criterio generale e processo utilizzato in connessione con la classificazione. Si è proceduto, dunque, ad una estensione degli obblighi di trasparenza già disciplinati dal reg. (UE) 2019/1150. Tale livello di trasparenza è poi nuovamente integrato dal comma 5-bis, secondo il quale i professionisti che pubblicano le recensioni dei consumatori, devono anche indicare quali sono stati i

³⁷ Considerando n. 30 della dir. (UE) 2019/2161.

³⁸ Considerando nn. 32 e 33 della dir. (UE) 2019/2161.

³⁹ F. MASSA, *Pratiche commerciali ingannevoli*, in *Codice del consumo*, cit., 209.

⁴⁰ Vd. Corte Giust. 7 settembre 2016, C-310/15, Vincent Deroo-Blanquart c. Sony Europe Limited, ECLI:EU:C:2016:633, al par. 46, dove si afferma che “che è considerata informazione rilevante il prezzo di un prodotto messo in vendita, ossia il prezzo globale di un prodotto, e non il prezzo di ciascuno dei suoi elementi. Ne deriva che tale disposizione impone al professionista di indicare al consumatore il prezzo globale del prodotto interessato”.



processi che hanno adottato al fine di garantire la veridicità e la genuinità degli stessi, in quanto, diversamente, il professionista incorrerebbe in una pratica commerciale scorretta⁴¹.

In riferimento all'argomento delle pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli, le modifiche apportate dal d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26 riguardano inoltre l'aggiunta delle lett. *m-bis*), *bb-bis*), *bb-ter*) e *bb-quater*) all'art. 23 c. cons. In riferimento alla prima ipotesi, è previsto che, se il professionista paga un fornitore di funzionalità di ricerca *on-line* al fine di ottenere una migliore classificazione di un prodotto all'interno dei risultati di ricerca, quest'ultimo dovrà informare il consumatore in modo chiaro e preciso circa il pagamento. La lett. *bb-ter*), poi, considera come pratica commerciale scorretta quella dove il professionista non si dota di un sistema di verifica proporzionato e ragionevole circa le asserzioni pubblicate dai consumatori. Diversamente, la lett. *bb-quater*), considera come pratica ingannevole *in re ipsa*, quella dove il professionista fa ricorso a false recensioni con il preciso scopo di promuovere un determinato prodotto. Secondo quanto disposto dal Considerando n. 49 della dir. (UE) 2019/2161, si ricade in questa circostanza anche solo mediante l'apposizione di un "mi piace" sui *social media*, oppure incaricando altri di farlo. La lett. *bb-bis*), invece, contempla la pratica ingannevole nell'ipotesi in cui il professionista provveda all'acquisto, mediante l'utilizzo di *software* di tipo *bot*, di un numero di biglietti per determinati eventi che risulti essere superiore a quello che è il limite fissato dal venditore primario e, successivamente, destinati alla rivendita ai consumatori⁴².

5. – Il d.lgs. n. 26 del 2023 ha inoltre apportato delle modifiche, in primo luogo, all'art. 45 c. cons., comma 1, il quale, alla lett. *c*) n. 2, reca la definizione di "bene", intendendo come tale qualsiasi bene mobile materiale che incorpora, o è interconnesso con, un contenuto digitale o un servizio digitale, tale che la mancanza degli stessi impedirebbe lo svolgimento delle funzioni proprie del bene, anche indicati come c.d. "beni con elementi digitali".

La lett. *f*) dell'art. 45 c. cons., comma 1, è stata poi sostituita indicando come contratto di servizi un qualsiasi contratto dove un professionista si impegna a fornire o fornisce un servizio, compreso un servizio digitale, nei confronti del consumatore. Si è anche proceduto all'introduzione della lett. *q-bis*), con la quale si identifica il servizio digitale come un servizio che permette al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati oppure accedervi in forma digitale. Viene anche dettagliatamente precisato che un servizio digitale può essere inteso anche come un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale che siano caricati o creati dal consumatore. È stata, dunque, operata una distinzione tra contratti per la fornitura di servizi digitali e contratti di servizi digitali; questa distinzione risulta rilevante ai fini dell'applicazione dei diversi regimi di recesso: mediante i contratti di servizi digitali si dà la possibilità al consumatore di testare il servizio e decidere, nel periodo di quattordici giorni dalla conclusione del contratto, se mantenerlo o meno. Per contro, non si riconosce alcun diritto di recesso nell'ipotesi di fornitura di un contenuto digitale *on-line* nelle condizioni in cui l'esecuzione del contratto sia già iniziata con il previo consenso del consumatore⁴³.

⁴¹ In generale, sulle pratiche commerciali scorrette, vd. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, 1079 ss.; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *NGCC*, 2009, II, 485 ss.

⁴² Intendendosi per *bot* un programma di *software* che eseguono delle attività in maniera ripetitiva, automatizzata e predefinita.

⁴³ Sul punto vd. Corte Giust. 8 ottobre 2020, C-641/19, EU c. PE Digital GmbH, ECLI:EU:C:2020:808, dove è stato chiarito che l'eccezione al diritto di recesso di cui all'art. 16, lett. m), della direttiva sui diritti dei consumatori applicabile ai contratti di fornitura di contenuto digitale *on-line* deve essere interpretata restrittivamente (par. 43).



Alla lett. *q-ter*), dell'art. 45 comma 1, c. cons. è stata introdotta la nozione di mercato *on-line*, inteso come un servizio che usa un *software* gestito dal professionista che attribuisce la possibilità ai consumatori di concludere dei contratti a distanza. Successivamente, alle lett. *q-quinquies*), *q-sexies*) e *q-septies*) sono stati modificati i concetti, rispettivamente, di “compatibilità”, “funzionalità” e “interoperabilità”. A tale riguardo, il Considerando n. 36 della dir. (UE) 2019/2161, chiarisce che il concetto di “funzionalità” deve essere inteso con riferimento ai modi in cui il contenuto o il servizio digitale può essere utilizzato, il concetto di “interoperabilità”, invece, indica se e in quale misura un contenuto o un servizio digitale è in grado di funzionare con un *hardware* o un *software* diverso da quello con cui sono abitualmente usati i contenuti o i servizi digitali dello stesso tipo. Quanto al concetto di “compatibilità”, occorre invece considerare che la dir. (UE) 2019/770 la definisce come la valutazione che deve effettuare il professionista circa la necessità di fornire informazioni sulle caratteristiche dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale o del servizio digitale in relazione alle loro particolari caratteristiche⁴⁴.

Infine, mediante la modifica dell'art. 46 c. cons., la nozione di contratto di vendita e contratto e servizi viene riqualificata per mezzo dell'eliminazione del riferimento al pagamento, o al relativo impegno al pagamento, del prezzo da parte del consumatore come condizione per l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore.

A tal proposito, si possono ora identificare gli ambiti di applicazione della sopra citata direttiva, nonché gli ambiti in cui questa non può applicarsi. In riferimento alla sua applicazione, la nuova formulazione dell'art. 46, comma 1, c. cons. prevede che le disposizioni delle Sezioni I, II, III e IV del Capo “Dei diritti dei consumatori nei contratti” si applicano a qualsiasi contratto concluso tra un consumatore ed un professionista dove il primo paga o si impegna a pagare il prezzo, nonché in tutte quelle ipotesi in cui vengono stipulati dei contratti per la fornitura di contenuti o di servizi digitali dove il consumatore fornisce i suoi dati personali al professionista. Relativamente, invece, alla seconda ipotesi, l'art. 47, comma 1, lett. *o-bis*), c. cons. prevede oggi che queste disposizioni non trovano applicazione nei casi in cui il contratto riguardi beni oggetto di vendita forzata o venduti secondo altre modalità da parte dell'autorità giudiziaria.

6. – Ai fini di maggior completezza circa l'ambito di applicazione della disciplina in esame, relativamente all'ambito degli obblighi informativi nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, l'art. 48, comma 1, c. cons. richiede che il professionista richiami l'esistenza della garanzia legale e di conformità dei beni, il contenuto digitale e i servizi digitali. Egli deve, poi, indicare le condizioni del servizio postvendita e le garanzie convenzionali. Rientra tra gli obblighi di informazione in capo al professionista, il dovere di spiegare la funzionalità dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale stesso e dei servizi digitali, compresi anche le misure applicabili in protezione tecnica⁴⁵. Successivamente, l'art. 49 c. cons. prevede, relativamente agli obblighi informativi aventi ad oggetto contratti a distanza, rispettivamente alle lett. *n*), *t*), e *u*), l'obbligo per il professionista di ricordare al consumatore l'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, il contenuto digitale e i servizi digitali, inoltre deve indicare la funzionalità dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali, nonché qualsiasi compatibilità e interoperabilità inerente ai beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali, di cui il professionista è a conoscenza o di cui lo stesso può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza.

⁴⁴ M. D'AURIA, in A. BARBA-V. CUFFARO-A. BARENGHI (a cura di), *Codice del consumo*, cit., 387 ss.

⁴⁵ D. VALENTINO, *Obblighi di informazione e vendita a distanza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 385 ss.



All'interno del contesto in cui opera l'art. 49 c. cons., il legislatore ha preso consapevolezza sul fatto che molto spesso i professionisti utilizzano dei mezzi di comunicazione diversi rispetto a quelli previsti dai documenti contrattuali, per cui ha previsto che il professionista, nel comunicare con il consumatore, deve usare un mezzo che fornisca la data e l'orario dei relativi messaggi. Di particolare rilevanza è l'inserimento della lett. *e-bis*), con la quale si introduce un nuovo obbligo informativo nell'ipotesi in cui il prezzo è stato personalizzato in relazione ad un processo decisionale automatizzato. Conseguentemente, il comma 4 del medesimo articolo è stato integrato mediante la necessità di prevedere il riferimento al diritto di recesso di trenta giorni, e non quindici, per quei contratti conclusi nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l'abitazione di un consumatore, oppure nell'ipotesi in cui il professionista organizzi delle escursioni finalizzate a vendere o promuovere dei prodotti ai consumatori⁴⁶.

È stato, inoltre, inserito l'art. 49-*bis* c. cons. il quale disciplina la materia degli obblighi informativi supplementari specifici per i contratti conclusi su mercati *on-line*, il quale prevede, al comma 1, che prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza su un mercato *on-line*, il fornitore del suddetto mercato deve indicare in maniera chiara e comprensibile: le informazioni generali (rese disponibili su un'apposita interfaccia *on-line* che sia facilmente accessibile dalla pagine in cui sono situate le offerte); se il terzo che offre beni, servizi o contenuti digitali sia un professionista o meno e, nel caso in cui il terzo non sia qualificabile come tale, si deve indicare che al contratto non trovano applicazione i diritti dei consumatori disciplinati dal diritto dell'Unione europea. Il medesimo articolo, poi, specifica che il fornitore del mercato *on-line* deve indicare il modo in cui sono ripartiti gli obblighi tra il terzo che offre i beni, servizi, contenuti digitali e il fornitore del mercato, nonché al comma 2 dell'art. 49-*bis* c. cons., viene stabilito che è comunque impregiudicata l'applicazione del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 in materia di obblighi di informazione per i fornitori dei mercati *on-line*.

Il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26, ha inoltre modificato l'art. 50, comma 3, c. cons. e similmente l'art. 51, comma 8, c. cons.⁴⁷, prevedendo in capo al professionista, prima di dare avvio alla fornitura di acqua, gas, o elettricità, di chiedere "al consumatore di riconoscere che, una volta che il contratto sarà interamente eseguito dal professionista, il consumatore non avrà più il diritto di recesso", disposizione questa che si spiega non alla stregua di una disponibilità (o meglio rinuncia) del diritto di recesso da parte del consumatore, bensì in quanto l'esecuzione immediata su richiesta di questi presuppone di aver usufruito della prestazione.

7. – Il profilo che indubbiamente è stato maggiormente oggetto di intervento da parte del d. lgs. 7 marzo 2023, n. 26 è quello relativo al diritto di recesso⁴⁸. L'intervento più rilevante, che in questa sede è opportuno analizzare al fine di fornire maggiore completezza alla materia in esame, è stato compiuto all'interno della

⁴⁶ E. BATTELLI, in A. BARBA-V. CUFFARO-A. BARENGHI (a cura di), *Codice del consumo*, cit., 459 ss.

⁴⁷ L'art. 51, comma ottavo, c. cons. prevede che, se il consumatore vuole che la prestazione dei servizi inizi durante il periodo di recesso, il professionista deve esigere che lo stesso ne faccia richiesta esplicita e deve chiedergli, inoltre, di riconoscere che, una volta che il contratto sarà interamente eseguito da parte del professionista, il consumatore non avrà più il diritto di recesso.

⁴⁸ Sul recesso del consumatore, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, vd. A.M. BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, 956 ss.; ID., *La difesa del consumatore dal contratto: la natura "ambigua" dei recessi di pentimento*, in *Annuario del contratto*, Torino, 2011, 3 ss.; F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1007 ss.; C. CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in *Corr. giur.*, 2014, 19 ss.; M.C. CHERUBINI, *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005, *passim*; C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, *passim*; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, 45 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, *passim*; A. DALMARTELLO, *La tutela del consumatore*, cit., 715.



disciplina dei contratti conclusi nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l'abitazione di un consumatore, ovvero di un'escursione organizzata dal professionista per promuovere o vendere dei suoi prodotti ai consumatori, dove è stato ampliato il termine per l'esercizio del diritto di recesso, il quale è passato da quindici a trenta giorni, decorrenti dal giorno del ricevimento dell'informazione.

Relativamente agli obblighi del professionista in caso di recesso, il decreto ha inserito cinque nuovi commi all'art. 56 c. cons., prevedendo in primo luogo, al comma 3-*bis* che il professionista è tenuto a trattare i dati personali del consumatore nel rispetto di quanto stabilito dal reg. (UE) 2016/679. È stato, poi, aggiunto il comma 3-*ter*, dove alla lett. *a*) viene affermato che il professionista deve astenersi da usare qualsiasi contenuto, diverso dai dati personali, fornito dal consumatore; fatti salvi i casi in cui questo sia privo di utilità al di fuori del contesto del contenuto o del servizio digitale, ovvero il caso in cui esso riguarda soltanto l'attività del consumatore durante l'utilizzo del contenuto digitale, o nell'ipotesi in cui questo è stato aggregato dal professionista ad altri dati e non può essere disaggregato, o, infine, se è stato generato congiuntamente dal consumatore e da altre persone, e se altri consumatori possono continuare a farlo. I commi 3-*quater* e 3-*quinqües*, poi, prevedono che su richiesta del consumatore, il professionista deve mettere a disposizione qualsiasi contenuto digitale, diverso dai dati personali, fornito o creato dal consumatore e, inoltre, si inserisce l'ipotesi per cui il consumatore abbia diritto di recuperare dal professionista i suddetti contenuti in maniera gratuita e senza alcun impedimento, entro un lasso di tempo ragionevole e in un formato leggibile e di uso comune da dispositivo automatico. Infine, nel caso di recesso del consumatore, si prevede, al comma 3-*sexies*, che il professionista gli può impedire ogni tipo di utilizzo del contenuto o del servizio digitale, potendo anche rendere inaccessibile il contenuto o il servizio stesso tramite la disattivazione dell'*account*.

L'art. 1, comma 20, d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26, ha modificato l'art. 57 c. cons. aggiungendo il comma 2-*bis*, il quale stabilisce che in caso di recesso dal contratto, il consumatore deve astenersi dall'utilizzare il contenuto o il servizio digitale e di metterlo a disposizione di terzi soggetti. Sempre l'art. 1, comma 20, del decreto, ha inoltre modificato in più punti l'art. 59 c. cons., con lo scopo di precisare ulteriormente i contenuti, le modalità e la portata applicativa delle fattispecie legali di perdita ed esclusione del diritto di recesso. Così, al comma 1, lett. *a*), si sottolinea la necessità del previo consenso del consumatore nel momento in cui inizia l'esecuzione anticipata della prestazione avente ad oggetto un servizio a pagamento, e, dunque, l'accettazione del consumatore sul fatto che con il completamento dell'esecuzione, quest'ultimo perderà il diritto di recedere dal contratto⁴⁹. Con riguardo ai contratti di fornitura a pagamento di un contenuto digitale per mezzo di un supporto non materiale, la lett. *o*) subordina la perdita del diritto di recesso mediante l'apposizione del previo consenso espresso da parte del consumatore, da fornire all'inizio dell'anticipata prestazione del servizio e all'avvenuto riconoscimento da parte del consumatore sulla perdita di tale diritto. Mediante la previsione del comma 1-*bis*, è stato stabilito che le eccezioni al diritto di recesso di cui al comma 1, non si applicano ai contratti conclusi nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l'abitazione del consumatore oppure di escursioni organizzate dal professionista con lo scopo o l'effetto di promuovere o vendere dei prodotti ai consumatori. È stato infine introdotto il comma 1-*ter*, il quale trova applicazione nell'ipotesi in cui si domanda l'intervento del professionista per effettuare lavori di riparazione. In questa circostanza, viene espressamente richiesto il previo consenso del consumatore circa la perdita del diritto di recesso nel momento in cui si esegue la prestazione⁵⁰.

⁴⁹ C. PILIA, in A. BARBA-V. CUFFARO-A. BARENGHI (a cura di), *Codice del consumo*, cit., 555 ss.

⁵⁰ Sul diritto di recesso avente ad oggetto la sottoscrizione ad una piattaforma *on line*, vd. Corte Giust. 5 ottobre 2023, C-565/22, Verein für Konsumenteninformation c. Sofatutor GmbH, ECLI:EU:C:2023:735, dove si è affermato che "il diritto del consumatore di



8. – All’esito dell’analisi delle modifiche apportate da ultimo al codice del consumo quanto ai contratti aventi ad oggetto contenuti e servizi digitali è agevole rilevare come l’obiettivo del legislatore europeo circa la garanzia di una più ampia tutela del consumatore in tale settore, nonché la necessità di modernizzare il diritto europeo, sia stata garantita prevedendo una dettagliata disciplina della materia, con l’intento primario di indurre i soggetti a contrattare all’interno delle piattaforme digitali, al fine di rendere il diritto dell’Unione europea più competitivo a livello globale e, allo stesso tempo, offrire un elevato grado di protezione di tutti i soggetti che vi operano al suo interno.

Si tratta indubbiamente di un importante passo avanti, posto che con il recepimento delle disposizioni della dir. (UE) 2019/2161 sono state apportate rilevanti modifiche, nonché integrazioni, all’interno del codice del consumo. In primo luogo, l’elenco delle pratiche ingannevoli di cui all’art. 21, comma 2, c. cons., si arricchisce mediante nuovi obblighi informativi, prevedendo, in definitiva, una disciplina diretta ad ampliare la trasparenza nei contratti di consumo. Inoltre, si è proceduto ad aggiornare ed integrare le definizioni generali relativamente ai diritti del consumatore nei contratti, allineandole a quanto previsto a livello europeo, e mediante le modifiche agli artt. 46, comma 1, e 47, comma 1, c. cons. si è aggiornato l’ambito di applicazione dei diritti dei consumatori nei contratti, integrando altresì le esclusioni di applicabilità di questa disciplina. Con specifico riferimento agli obblighi di informazione, questi sono stati specificati e rinnovati nel contenuto, introducendo anche una specifica previsione all’art. 49-*bis* c. cons. per quanto concerne gli obblighi di informazione per i contratti conclusi su mercati *on-line*. Riguardo al diritto di recesso, ne è stata tra l’altro modificata la disciplina per quanto attiene alle due ipotesi dei contratti conclusi nel contesto di visite non richieste presso l’abitazione del consumatore e di escursioni organizzate dal professionista al fine di vendere o promuovere prodotti ai consumatori.

Mediante l’attuazione della predetta direttiva si è giunti, dunque, ad assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori, al fine di “consolidare ulteriormente un ambiente sano per i consumatori a sostegno della crescita economica”⁵¹ con l’obiettivo di estendere la protezione di quest’ultimi all’interno dell’ambiente *on-line*.

recedere da un contratto a distanza è garantito una sola volta in relazione a un contratto avente ad oggetto una prestazione di servizi e che prevede un periodo iniziale gratuito per il consumatore seguito, in assenza di risoluzione o di recesso da parte del consumatore durante tale arco di tempo, da un periodo a pagamento, rinnovato automaticamente, se il contratto non è stato risolto, per una durata determinata, a condizione che, in occasione della conclusione di tale contratto, il consumatore sia informato in maniera chiara, comprensibile ed esplicita dal professionista che, dopo detto periodo iniziale gratuito, la prestazione di servizi diventa a pagamento” (par. 51).

⁵¹ In questo senso, vd. Relazione tecnico-normativa (ATN) allegata alla Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di recepimento della dir. (UE) 2019/2161, 1.



CORTE COST., SENT. 24 LUGLIO 2023, N. 161

È infondata la q.l.c. dell'art. 6, comma 3, l. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui non consente all'uomo di revocare il proprio consenso alla procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) dopo la fecondazione dell'ovulo, pur se l'impianto dell'embrione così formato avvenga – per scelta della sola donna – anche dopo un significativo periodo di tempo, in quanto – prestando il consenso informato alla p.m.a. – egli ha assunto consapevolmente la responsabilità al riguardo, che concerne anche l'acquisizione dello status filiale da parte del (possibile) nascituro, ingenerando il legittimo affidamento della donna, esposta alle gravi ripercussioni, fisiche ed emotive, della pratica in questione, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu.

STEFANIA LA ROSA

Magistrato

LA REVOCA DEL CONSENSO NELL'AMBITO DELLA PMA: IL BILANCIAMENTO TRA LA SALUTE DELLA DONNA E L'AUTODETERMINAZIONE DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Il caso.* – 3. *Lo scarto temporale tra il momento fecondativo e quello dell'impianto: l'affievolirsi del divieto di crioconservazione e le ulteriori mutazioni dell'impianto originario della legge.* – 4. *La decisione della Consulta.* – 5. *Brevi profili comparatistici.* – 6. *Conclusioni.*

1. – La Consulta, con la sent. n. 161/2023, viene chiamata dal Tribunale ordinario di Roma ad affrontare la questione relativa alla irrevocabilità, dopo la fecondazione dell'ovulo, del consenso prestato dall'uomo all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La decisione de quo si muove sulla scia delle mutevoli vicende che hanno coinvolto, negli anni, la l. n. 40/2004, il cui vissuto è contrassegnato da ripetuti e marcati interventi della Consulta, che ne hanno mutato in buona parte l'impianto originale¹.

¹ Tra i cospicui contributi dottrinali seguiti all'approvazione della l. n. 40/2004 si possono menzionare: CASINI-CASINI-DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, Torino, 2004; C. CASINI, *La legge sulla fecondazione artificiale. Un primo passo nella giusta direzione*, Siena, 2004; VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004; SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 810 ss.; DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, 2004, 117 ss.; LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 516 ss.; OPPO, *Procreazione*



È stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultimo periodo, della l. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui prevede che il consenso al trattamento possa essere revocato solo fino al momento della fecondazione dell'ovulo². Nella pronuncia i giudici costituzionali hanno inoltre dichiarato inammissibili le questioni di legittimità della medesima norma sollevate in riferimento agli artt. 13, commi 1 e 32, comma 2, Cost.

2. – Il Tribunale ordinario di Roma ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del predetto art. 6, comma 3, ultimo periodo, della l. n. 40/2004, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto il divieto di revoca del consenso sopra citato limiterebbe il diritto di autodeterminazione del singolo, sia in ordine alla scelta di procreare, sia in ordine alla scelta di interrompere il trattamento di procreazione medicalmente assistita.

Nel corso del giudizio instaurato dinanzi al Tribunale di Roma, la ricorrente ha agito nei confronti della struttura sanitaria presso cui aveva intrapreso, nel settembre 2017, il percorso di procreazione medicalmente assistita, prestando il consenso, insieme al marito, alla fecondazione e alla crioconservazione³ dell'unico

assistita e sorte del nascituro, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 99 ss.; ID., *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, *ibidem*, 329 ss.; RESCIGNO, *Note in margine alla legge sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, 981 ss.; ora in *Danno da procreazione*, Milano, 2006, 139 ss.; GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 168 ss.; STANZIONE-SCIANCELEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; GIUSTINIANI (a cura di), *Sulla procreazione assistita*, Napoli, 2005; CASONATO-FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006; FORTINO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, Torino, 2005; RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *questa Rivista*, 2004, 628 ss.; SESTA, voce *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur. Treccani, XXIV*, Roma, 2004; ID., *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, 1405; DOSI, *Procreazione assistita, finalmente una legge: ma quanti limiti!*, in *Dir. e giust.*, 2003, 46, 12; DELLA BELLA, *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 1244; BENAGIANO, *Legge 40/2004: le critiche di un conservatore*, in *Bioetica*, 2004, 220; BALESTRA, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, in *Famiglia*, 2004, 1097; D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, in *Dir. fam. e pers.*, 2004, II, 793 ss.; VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 151 ss.; ID., *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 523.

La Corte costituzionale, con la sent. n. 45/2005, ha, poi, dichiarato inammissibile il referendum abrogativo dell'intera legge, ritenendola costituzionalmente necessaria.

Sulle problematiche nascenti da una legge non sempre in linea con l'evoluzione della società, vedi anche gli interessanti contributi di: S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020, il quale tratta con interessante esaustività anche il rapporto tra giurisprudenza, non solo nazionale, e mancati interventi del legislatore in tale ambito; A. RUGGERI, *Attività di garanzia e attività di indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Consulta on line*, 2015/II, 399 ss.; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, 10459 ss.; E. DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU, e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2011; dello stesso autore, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1669; P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018.

²La norma prevede che «la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute (...). La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

³La crioconservazione (o crioconservazione) dei gameti e dei tessuti umani è una tecnica che ha il ruolo di mantenere inalterata la struttura e la funzione delle cellule, per un loro utilizzo nel tempo, mediante tecniche di congelamento che fanno uso di sostanze spe-



embrione formatosi, chiedendo al giudice la condanna della struttura al scongelamento dell'embrione e al suo impianto.

La ricorrente evidenziava come l'impianto non era stato eseguito immediatamente dopo la fecondazione dell'embrione in vitro, a causa delle condizioni cliniche della donna, le quali avevano richiesto una serie di interventi farmacologici e clinici, durati nel tempo.

L'impianto era stato poi portato a termine, in quanto il marito, nel gennaio del 2018, si allontanava dalla casa familiare, con successiva separazione consensuale tra i coniugi nell'anno seguente.

Nel febbraio del 2020, la ricorrente si era ciononostante rivolta alla struttura sanitaria al fine di procedere al scongelamento e al successivo impianto dell'embrione, ma la procedura non veniva portata a termine, avendo il marito, dopo avere domandato la cessazione degli effetti civili del matrimonio, revocato formalmente il proprio consenso alla procreazione e alla applicazione delle tecniche di PMA.

La donna si rivolgeva quindi al Tribunale di Roma, ritenendo illegittima detta revoca del consenso, sostenendo che il diritto *“di essere madre è un diritto assoluto, fondamentale della persona, garantito dalla Costituzione agli artt. 2, 31, c. 2, e 32”*.

Costituendosi in giudizio, il marito e la struttura sanitaria chiedevano il rigetto del ricorso, preliminarmente prospettando dubbi di legittimità costituzionale della norma denunciata.

Il Tribunale di prime curie adiva così la Corte costituzionale dubitando della legittimità dell'art. 6, comma 3, della l. n. 40/2004 che, nel disciplinare il consenso informato in materia di PMA, al denunciato sesto comma dispone che tale volontà possa «essere revocata da ciascuno dei soggetti solo fino al momento della fecondazione dell'ovulo»; a seguito di tale fecondazione, invece la norma prescrive l'assoluta irrevocabilità del consenso prestato all'applicazione delle tecniche di PMA⁴.

In ordine alla non manifesta infondatezza, il giudice rimettente sosteneva che la disciplina dell'irrevocabilità del consenso sarebbe stata prevista dal legislatore in un contesto normativo in cui l'impianto sarebbe dovuto avvenire «sostanzialmente nell'immediatezza della formazione dell'embrione».

A parere del giudice rimettente, la norma censurata pregiudicherebbe il diritto di scelta, in ordine all'assunzione del ruolo genitoriale nel caso in cui, in considerazione del decorso del tempo, l'impianto venga chiesto in presenza di una situazione diversa da quella esistente al momento della manifestazione della volontà; quindi, posto che l'art. 5, c. 1, della l. n. 40/2004 permette di accedere alla PMA «solo a coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», nell'ipotesi in cui venga meno il progetto di coppia prima del trasferimento dell'impianto, dovrebbe ritenersi sempre possibile la revoca del consenso.

Sulla base di queste considerazioni, il giudice rimettente ha ritenuto che l'art. 6, comma 3, ultimo periodo, della l. n. 40/2004, attribuendo alla fecondazione dell'ovulo un'efficacia preclusiva assoluta della possibilità di revocare il consenso, possa ledere il diritto di autodeterminazione dell'uomo, in ordine alla decisione di non diventare genitore, riconosciuto dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 CEDU, con conseguente violazione anche

ciali (cosiddetti “crioprotettori”) per evitare al materiale biologico i danni legati alle basse temperature, consentendo di mantenerne la vitalità per un periodo di tempo potenzialmente infinito.

⁴ Il Tribunale ordinario di Santa Maria Capua Vetere, in una situazione analoga, con le ordinanze del 27 gennaio 2021 e 11 ottobre 2020, sulla scorta dell'ordinanza della Cass. n. 30294/2017, ha consentito alla donna l'impianto dell'embrione. La sentenza 27 gennaio 2021 ha stabilito che *“in ambito sanitario, il consenso costituisce una manifestazione di volontà sempre revocabile. Tuttavia, il legislatore può dettare una disciplina peculiare, che si giustifica per la tutela di rilevanti interessi pubblicistici, quale il diritto alla vita dell'embrione, che potrà essere sacrificato solo a fronte del rischio di lesione di diritti di pari rango”*. Per un commento v. PER-RINO STEFANIA PIA, in *GiustiziaCivile.com*, 2021.



dell'art. 117, comma 1, Cost.; ha ritenuto, altresì, violati gli artt. 3 e 13, comma 1, Cost., poiché, consentendo che la donna chieda l'impianto malgrado il sopravvenuto dissenso dell'uomo, la suddetta disciplina irragionevolmente lo costringerebbe a diventare genitore contro la sua volontà.

Secondo il rimettente, il *vulnus* all'art. 3 Cost. sarebbe apprezzabile anche sotto il profilo della disparità di trattamento, segnatamente perché l'irrevocabilità della volontà sacrificherebbe soltanto la libertà individuale dell'uomo, potendo invece la donna sempre rifiutare il trasferimento in utero dell'embrione formatosi a seguito della fecondazione, che non potrebbe esserle imposto in quanto lesivo della sua integrità psicofisica.

Da ultimo, il rimettente affermava che la norma sospettata si sarebbe posta in contrasto con l'art. 32, comma 2, Cost., giacché assoggetterebbe l'uomo a un trattamento sanitario obbligatorio.

3. – Sia nell'ordinanza di rimessione che nella decisione della Corte, si parte da un fondamentale assunto di base, che è il presupposto logico-scientifico di tutta la vicenda: il venir meno, o quanto meno l'affievolimento, del sostanziale divieto di crioconservazione dell'embrione, previsto nell'impianto originario della legge.

La norma sull'irrevocabilità del consenso si troverebbe, oggi, di conseguenza, ad operare in un contesto in cui il trasferimento in utero dell'embrione può intervenire anche a distanza di anni e, quindi, in una situazione profondamente mutata quanto alla persistente sussistenza dei presupposti previsti dalla stessa l. n. 40/2004 per accedere alla PMA.

È, infatti, preliminarmente opportuno evidenziare, per meglio inquadrare i contorni della vicenda e la decisione assunta dalla Consulta, come la l. n. 40 presupponeva, nel suo impianto originario, un lasso di tempo molto breve tra la fecondazione dell'ovulo e l'impianto dell'embrione, e, pertanto, tra il momento in cui il consenso diveniva irrevocabile e quello in cui se ne realizzava l'oggetto.

La crioconservazione si poneva, dunque, come l'eccezione, mentre la regola, contenuta nel comma 2 dell'art. 14 della stessa legge, era costituita dall'impianto nell'utero della donna degli embrioni, formati in numero massimo di tre, ex art. 14, comma 2, in un momento tendenzialmente contestuale alla fecondazione e alla correlata prestazione del consenso previsto dall'art. 6, comma 3.

Tuttavia, nel corso degli anni, il quadro originario previsto dal legislatore del 2004 è notevolmente variato, ad opera dei copiosi interventi giurisprudenziali che hanno tentato, peraltro non sempre riuscendoci, di adattare la legge ai mutamenti scientifici e sociali che si susseguono ed evolvono nel tempo in materia di PMA.

Il primo netto scardinamento all'originario sistema basato sulla pressoché contestualità tra la fecondazione dell'ovulo e il suo impianto in utero è pervenuto dalla decisiva sentenza della Corte cost. n. 151/2009⁵.

⁵ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, Corte cost., 8 maggio 2009, n.151, in *Famiglia e diritto*, 2009, 761, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*; in *Corr. giur.*, 2009, 1213, con nota di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la consulta fissa nuovi equilibri*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 475 con nota di R. VILLANI, *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della consulta sulla disciplina della legge n. 40/04*; in *Fam. pers. succ.*, 2009, 683, con nota di F.R. FANTETTI, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*; BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, 10459 ss.; CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra detto e non detto. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla L. n. 40/2004*, in *Giur. It.*, 2010, 2, 281 ss.; d'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. versa la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. famiglia*, 2009, 3, 1021 ss.; MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1688 ss.; RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009*



Come si è precisato, l'originaria formulazione della legge, poneva come regola generale il divieto di congelamento degli embrioni (art. 14, comma 1), superabile esclusivamente nella ipotesi in cui l'impianto nell'utero, da realizzare comunque «non appena possibile», fosse precluso per grave, documentata e imprevedibile causa di forza maggiore relativa alla salute della donna (art. 14, comma 3).

La sent. n. 151/2009 ha mutato, anzitutto, la regola del numero massimo dei tre embrioni da formare e all'unico contemporaneo impianto degli stessi (previsto nel comma 2 dell'art. 14); detta regola, impedendo al medico una valutazione discrezionale di tipo medico-scientifico, con particolare riferimento alla scelta del numero di embrioni da generare e, poi, da impiantare, comportava, in definitiva, un rischio per la salute della donna, il quale deve essere ritenuto valore costituzionalmente preminente⁶.

Il precipitato logico giuridico, nonché scientifico, del venire meno di tale limite è stato la necessità «della tecnica di congelamento, con riguardo agli embrioni prodotti, ma non impiantati per scelta medica» e, quindi, «una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione» di cui all'art. 14, comma 1⁷.

Ne è derivato, di conseguenza, anche la declaratoria di incostituzionalità del successivo comma 3 dello stesso articolo, nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni nell'utero dovesse essere comunque «effettuato senza pregiudizio della salute della donna» e, quindi, contestualmente.

La seconda ulteriore e netta sferzata all'originario divieto di crioconservazione degli embrioni è derivato dalla sent. n. 96/2015 Corte cost.⁷, con la quale è stato consentito l'accesso alle tecniche di PMA anche alle

e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 25 giugno 2009, in *Giur. It.*, 2010, 2, 281 ss.; TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che vale più la pena di difendere"?*, in *Giur. Cost.*, 2009, 3, 1696 ss.; TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. It.*, 2010, 2, 281 ss.

⁶ Afferma la Corte che il limite numerico di tre embrioni genera «la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione» potendo anche favorire «l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, producendo, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze».

⁷ Corte cost., 14 maggio 2015, n. 96 (la decisione parte dalle ordinanze di rimessione del Trib. Roma del 15 gennaio e del 28 febbraio 2014), in *Foro It.*, 2015, I, 2250 ss. con nota di CASABURI, *La Corte costituzionale allarga (con qualche ambiguità) l'accesso alla procreazione medicalmente assistita*; per i tanti commenti cfr., *ex plurimis*, M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 giugno 2015; M.P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 3, 2015, 789-805.; E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Giur. cost.*, II, 2015, 533 ss.; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015; F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiusa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015; PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015, 11.

Sul dibattito antecedente la decisione, sia consentito il rinvio a S. LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, in *Famiglia e diritto* 5/2010, 488 ss., che analizza la decisione del Trib. Salerno del 9 gennaio 2010, il quale innovando sul punto, tutelando il diritto alla salute della donna, il diritto all'informazione nel trattamento sanitario e il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, autorizzava una coppia fertile, affetta da una grave patologia geneticamente trasmissibile, a ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, al fine di potere effettuare la diagnosi genetica preimpianto e il trasferimento in utero dei soli embrioni risultanti da essa sani. È stato, in questo modo, già allora, ampliata la portata della l. 40/2004, applicabile alle coppie, non affette da sterilità o infertilità, che presentassero un rischio qualificato di trasmissione di malattie gravi e inguaribili; per una nota critica a detta sentenza v. anche C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2010.

V. anche, sulla giurisprudenza antecedente la materia e l'ampio dibattito che ne è derivato, Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, in *Famiglia e diritto*, 2004, 372, con note di FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono*



coppie non sterili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili al nascituro, previa individuazione degli embrioni cui non risulti tramandata la malattia del genitore.

Detto mutamento ha, di fatto introdotto, un'ulteriore ipotesi di crioconservazione, finalizzata alla diagnosi preimpianto⁸⁻⁹: l'esito dell'indagine genetica in laboratorio sull'embrione richiede, di norma, l'attesa di tempi incompatibili con la sopravvivenza dell'embrione stesso, del quale si rende, pertanto, necessario nel frattempo il congelamento.

Come afferma, infatti, la Corte nella sentenza in commento "il divieto di crioconservazione ha subito, di

rifiutare l'impianto di embrioni ammalati? e DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 415, con nota di VILLANI, *Dal parlamento alle aule di giustizia: le nuove disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita al banco di prova del caso concreto*; in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 75, con note di MOROZZO DELLA ROCCA, *Procreazione medicalmente assistita e beta-talassemia* e D'AVACK, *L'ordinanza di Catania: una decisione motivata attraverso una lettura testuale della l. n. 40 del 2004*, ibidem, 550; in *Famiglia*, 2004, 947, con nota di PALMERINI, *La legge sulla procreazione assistita al primo vaglio giurisprudenziale*; in *Giust. civ.*, 2004, I, 2447, con nota di GIACOBBE, *Tre «banalità» e una verità: brevi osservazioni su una prima applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*; in *Giur. it.*, 2004, 2088, con nota di CAGGIA, *Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (brevi riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40)*.

⁸ La diagnosi genetica preimpianto (DGP) consiste in una metodologia, complementare alle tecniche di diagnosi prenatale, la quale, attraverso il prelievo di una o più cellule dall'embrione generato in vitro da coppie a elevato rischio riproduttivo, prima del suo impianto in utero, permette di identificare la presenza di malattie genetiche o di alterazioni cromosomiche in embrioni in fasi molto precoci di sviluppo. Si tratta di un accertamento diagnostico, divenuto possibile solo successivamente alla praticabilità della procreazione medicalmente assistita (PMA), consistente o in una mera analisi di tipo osservazionale, non invasiva, ossia nell'esame al microscopio (esame morfologico) dell'embrione, al fine di evidenziarne eventuali malformazioni visibili (indagine sempre necessaria per valutare se l'embrione ha raggiunto la condizione atta all'impianto in utero) o in una diagnosi preimpianto genetica – più invasiva nei confronti dell'embrione, comportando la perforazione della membrana che lo avvolge – consistente nel prelievo di alcune cellule (blastomeri) dall'embrione, le quali vengono analizzate al fine di identificare eventuali patologie genetiche.

In altra sede (sia nuovamente consentito il rinvio a S. LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*), si è evidenziato come, nel sistema americano, le cliniche che praticano la PMA ammettono il ricorso alle indagini genetiche non solo per diagnosticare la presenza di gravi malattie che potrebbero svilupparsi nei primi anni di vita del bambino (malattia di *Tay-Sachs*, fibrosi cistica, talassemia), ma anche (e ciò va al di là di quanto sia già consentito in gran parte dell'esperienza europea, salvi alcuni paesi) per conoscere se l'embrione presenti il rischio di sviluppare in età adulta forme tumorali o di ammalarsi di sindromi neurodegenerative, quali il morbo di *Alzheimer*. Tuttavia, l'aspetto più "inquietante" dell'esperienza americana è dato dalla sempre più diffusa pratica a chiedere, e ottenere, per ragioni non strettamente mediche, ma di mera preferenza genitoriale, la DGP per la selezione del sesso del nascituro.

⁹ Sul dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, che ha preceduto l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto, sia consentito il rinvio a S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto*, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2011, 839 ss.; Corte cost., ord. 9 novembre 2006, n. 369, in questa *Rivista*, 2007, 545, con nota di A. FIGONE, *La Corte costituzionale interviene in tema di diagnosi preimpianto sull'embrione*; in *Giur. it.*, 2007, 1617, con nota di L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale* Trib. Cagliari 22-24 settembre 2007, in questa *Rivista*, 2007, 12, 148 con nota di M. DOGLIOTTI, *Diagnosi preimpianto, accertamento dello stato di salute dell'embrione e diritti della persona*; in *Corr. giur.*, 2008, 390, con nota di G. FERRANDO, *Il tribunale di Cagliari dice sì alla diagnosi preimpianto*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 7, 604, con nota di A. GORGONI, *Il diritto alla diagnosi preimpianto dell'embrione*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, 419, con nota di S. DELLA BELLA, *La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto*; in *Corr. merito*, 2008, 313, con nota di G. CASABURI, *Procreazione assistita: il Tribunale di Cagliari dà luce verde alla diagnosi preimpianto*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 260, con nota di E. PALMERINI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*. Trib. Firenze, ord. 17-19 dicembre 2007, in questa *Rivista*, 2008, 718, con nota di F. ASTIGGIANO, *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove linee guida ministeriali*; in *Foro it.*, 2008, 627; in *Giur. merito*, 2008, 997; in *Dir. fam. pers.*, 2008, 720. Tar Lazio, sez. III quater, 21 gennaio 2008, n. 398, in questa *Rivista*, 2008, 499, con nota di A. FIGONE, *"Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione?"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 495, con nota di S. PENASA, *"Tanto tuonò che piovve: l'illegittimità parziale delle Linee Guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita"*; M. D'AMICO, *Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della Corte di Cassazione (n. 16754 del 2012)*, in *Bioetica*, 2015, I, 23 ss.; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, cit.; M. P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, cit.; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, cit.



fatto, una ulteriore deroga, perché i tempi e i modi della diagnosi preimpianto risultano, allo stato delle conoscenze scientifiche, incompatibili con il breve arco temporale in cui è possibile impiantare gli embrioni senza congelarli”.

Alla luce di siffatti mutamenti, oggi si può senz’altro affermare la legittimità di un intervallo temporale, anche consistente, tra il momento della fecondazione dell’ovulo e quello dell’impianto nell’utero della donna, tempus durante il quale le vicende della coppia possono mutare e portare anche a una non più attuale condivisione del “progetto genitoriale”, come accade nel caso oggetto della presente decisione, nel quale la coppia si è, nel frattempo, separata.

Come evidenziato dalla Corte nella sentenza in commento, in definitiva, a seguito dei suddetti interventi, rivolti a dare corretto rilievo al diritto alla salute psicofisica della donna, «il rapporto regola-eccezione relativo al divieto di crioconservazione originariamente impostato dalla legge n. 40/2004 si è, nei fatti, rovesciato: la prassi è divenuta quindi la crioconservazione – e con essa anche “a possibilità di creare embrioni non portati a nascita” (sent. n. 84/2016) e l’eccezione l’uso di tecniche di impianto “a fresco”».

4. – La Corte costituzionale ha respinto la questione di legittimità così come sopra formulata, ritenendo che la norma censurata sia costituzionalmente legittima.

Preliminarmente, la Consulta prende atto dell’impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie in esame, quali la tutela della salute psicofisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione a diventare madre; la libertà di autodeterminazione dell’uomo a non divenire padre; la dignità dell’embrione; i diritti del nato a seguito della PMA, cercando, pertanto, di trovare, un bilanciamento tra essi in un’ottica di ragionevolezza costituzionalmente orientata.

Quanto alla questione relativa alla violazione del principio di eguaglianza, sotto il profilo della disparità di trattamento tra uomo e donna, posto che l’irrevocabilità del consenso sacrificerebbe soltanto la libertà individuale dell’uomo, potendo, invece, la donna sempre rifiutare il trasferimento in utero dell’embrione, essa è ritenuta non fondata.

In altri termini, si potrebbe pesare che, mentre la donna non può essere obbligata a subire l’impianto in utero, potendo sempre rifiutarlo, nonostante il consenso in precedenza prestato, l’uomo, laddove non fosse ammesso a revocare il consenso, si potrebbe vedere costretto a diventare genitore contro la sua volontà, con lesione del principio di eguaglianza e del diritto all’autodeterminazione, ossia di scelta in ordine all’assunzione del ruolo genitoriale.

Sul punto, la Corte conferma che la norma censurata non può mai portare alla imposizione dell’impianto contro la volontà della donna. Ciò in quanto, l’impianto si traduce, per ella, in un vero e proprio trattamento sanitario, estremamente invasivo, poste le evidenti conseguenze che esso produce nel suo corpo¹⁰. Detto trattamento presuppone, quindi, in ogni caso, un valido ed attuale consenso, coerentemente con quanto previsto dall’art. 1, commi 1 e 5, l. 22 dicembre 2017, n. 219, oltre che dall’art. 5 della Convenzione di Oviedo del Consiglio d’Europa.

¹⁰ Sul punto, cfr. la concorde dottrina, *ex multis*: CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 79; FERRANDO, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*, in *Nuova giur. Comm.*, 2021, 3,649 ss.; LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit.; IADICICCO, *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in *www.questionegiustizia.it*, 2016, 2, 238 ss.; SCARPA, *Crisi della coppia e revoca della volontà di accesso alla procreazione medicalmente assistita* (nota a Trib. S. M. Capua Vetere, 11 ottobre 2020), in *www.giustiziainsieme.it*, 2021, 6; Trib. Perugia, 28 novembre 2020 (ordinanza), in *Giur. It.*, 2021, 12, 2610 con nota di ORESTANO, *Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all’impianto dell’embrione*.



In relazione alla libertà di autodeterminazione, in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., dell'uomo e alla censura secondo cui l'irrevocabilità del consenso prevista dal censurato art. 6, comma 3, ultimo periodo, lo costringerebbe «a diventare genitore contro la sua volontà», viene respinto il rilievo partendo dal presupposto che egli, in ordine alla decisione di divenire genitore, effettua una scelta consapevole, in un contesto in cui è reso edotto del possibile ricorso alla crioconservazione, “come introdotta dalla giurisprudenza costituzionale, e anche a questa eventualità presta, quindi, il suo consenso”.

L'uomo, pertanto, viene, in definitiva, portato a conoscenza di tutte le conseguenze del vincolo derivante dal suo prestando consenso e acquista la consapevolezza anche del possibile scarto temporale tra la fecondazione dell'ovulo e l'impianto in utero; egli è, quindi, nelle condizioni di conoscere che le iniziali condizioni di accesso alla PMA possano mutare o venire meno, compreso il progetto genitoriale della coppia, e, ciononostante, decidere se prestare o meno il suo consenso.

Pertanto, se è vero che la disciplina dell'irrevocabilità del consenso si configura come “un punto di non ritorno”, che può risultare freddamente indifferente alle vicende della coppia, è anche vero, secondo la Consulta, che la centralità che lo stesso consenso assume nella PMA, “fa sì che l'uomo sia in ogni caso consapevole della possibilità di diventare padre”.

Viene poi evidenziato come il consenso manifestato dall'uomo alla PMA coinvolge non solo la sfera individuale dell'uomo, ma altri due interessi costituzionalmente rilevanti, quelli della donna e quelli della dignità dell'embrione.

Quanto alla donna, ella, al fine di realizzare il comune progetto genitoriale viene, innanzitutto, sottoposta a impegnativi trattamenti farmacologici, clinici e a successivi interventi medici¹¹, relativamente ai quali non è possibile escludere l'insorgenza di successive patologie.

In definitiva, per la Consulta, va tenuta in enorme conto, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, la tutela della salute psichico – fisica della donna, espressa, in ambito di PMA, “con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze, e che ha un punto di svolta nel momento in cui si vengono a formare uno o più embrioni”.

Ne consegue il sorgere in lei una legittima aspettativa di maternità, che deriva proprio dall'affidamento determinato dal consenso dell'uomo al comune progetto genitoriale.

Ecco che l'irrevocabilità di tale consenso appare quindi funzionale a salvaguardare l'integrità psicofisica della donna e, in tale bilanciamento, esso è considerato del tutto ragionevole dai giudici costituzionali¹².

Inoltre, la Consulta ritiene preminente, rispetto alla libertà di autodeterminazione dell'uomo, un altro interesse, costituito dalla “dignità dell'embrione”, in quanto esso “ha in sé il principio della vita”. Vita da intendersi quale vita umana, in quanto «la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano»¹³.

In quest'ottica, il consenso alla PMA (che ha un calibro diverso rispetto al “consenso informato” al trattamento medico), è un atto “finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio”.

¹¹ “La donna viene sottoposta, nell'ipotesi decisamente ricorrente che è quella della fecondazione *in vitro*, al prelievo dell'ovocita, che necessariamente (a differenza di quanto accade per l'uomo) consiste in un trattamento sanitario particolarmente invasivo, tanto da essere normalmente praticato in anestesia generale” (par. 12.1)

¹² Sul punto, la Corte effettua anche un rinvio alle linee guida del d.m. 1° luglio 2015 (ove si prevede che “la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati”), che l'irrevocabilità di detto consenso appare “funzionale a salvaguardare l'integrità psicofisica della donna – coinvolta, come si è visto, in misura ben maggiore rispetto all'uomo – dalle ripercussioni negative che su di lei produrrebbe l'interruzione del percorso intrapreso, quando questo è ormai giunto alla fecondazione” (par.12.1).

¹³ Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, in causa C-34/10, sentenza 18 ottobre 2011, *Brustle contro Greenpeace e V.*



Sotto questo aspetto, esso esprime un'assunzione di responsabilità, che si traduce nell'attribuzione al nascituro dello stato di figlio indipendentemente dalle successive vicende della relazione della coppia.

Sul punto, relativamente allo status dei figli nati a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita, la Corte ne approfitta per ribadire, richiamando l'art. 8 della l. n. 40, l'assoluto e imprescindibile status di figli nati dal matrimonio.

Inoltre, citando l'art. 9 della predetta legge, che prevede il divieto di disconoscimento della paternità in caso di PMA eterologa¹⁴, nonché il divieto di anonimato della madre, si evidenzia, come ulteriore assunto, la centralità (foriera della sua irrevocabilità) di una siffatta assunzione di responsabilità, che l'uomo viene a creare nel momento in cui presta il consenso nell'ambito della procreazione medicalmente assistita.

¹⁴ L'*exkursus* giurisprudenziale in materia di disconoscimento di paternità del figlio nato da fecondazione eterologa ha inizio con una sentenza del tribunale di Roma del 30 aprile 1956 (in *Giur. it.* 1957, I, 2, 218), la prima in materia di procreazione artificiale, la quale afferma che, data l'inesistenza di una specifica norma volta ad escludere l'azione di disconoscimento di paternità del figlio procreato a seguito d'inseminazione artificiale eterologa consentita dal marito, l'azione deve essere ammessa sulla base dell'art. 235 cod. civ., in quanto è idonea a costituire un vero e proprio rapporto giuridico di filiazione solo la diretta derivazione genetica e non anche il semplice consenso (*consensus non facit filios*). In questo senso si esprime, successivamente, il Trib. Cremona con sentenza del 17 febbraio 1994 (in *Giur. it.* 1994, I, 2, 995). In dottrina v. i commenti favorevoli di G. PONZANELLI, *La "forza" e la "purezza" degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa*, in questa *Rivista*, 1994, 186 e, in senso critico, quelli di G. FERRANDO, *Il "caso Cremona": autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *Giur. it.* 1994, I, 2, 996; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in questa *Rivista*, 1994, 182; M. GORGONI, *Fecondazione artificiale eterologa e rapporti parentali*, in *Giust. civ.* 1994, I, 1691 e M. SOLDANO, *Disconoscimento di paternità in caso di inseminazione artificiale eterologa consentita dal marito*, *ivi*, 1697) e la App. Brescia del 10 maggio 1995 (in *Giur. it.* 1997, I, 2, 48).

Successivamente, il Trib. Napoli, ord. 2 aprile 1997 (in *Foro it.* 1997, I, 2677) solleva davanti al giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 cod. civ. nella parte in cui non preclude l'azione di disconoscimento della paternità al padre che abbia consentito all'inseminazione eterologa della moglie.

La Corte cost., con sent. 26 settembre 1998, n. 347 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 51, con nota di E. PALMERINI; in *Giur. it.* 1999, 461, con note di L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato* e di Uccella, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale* e di Cossu, *Direttive costituzionali e sistema della filiazione: inseminazione eterologa, consenso del marito e disconoscimento di paternità*, in *Giur. it.*, 1999, 681; in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 11 con note di L. D'Avack-Morosini-Ciani), ha giudicato inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dal Trib. Napoli, ma è stata seguita dall'importante pronuncia della Cass. 16 marzo 1999, n. 2315 (in *Fam. dir.*, 1999, 237, con nota di M. SESTA, *Fecondazione assistita. La Cassazione anticipa il legislatore*; in *Guida al diritto*, 1999, 12, 48 con nota di A. FINOCCHIARO, *La Cassazione non può svolgere una supplenza nelle funzioni riservate al legislatore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 523, con nota di E. Palmerini), con la quale la Corte ha affermato che il marito, dopo aver validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto, non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito attraverso tale tipo di fecondazione artificiale.

La l. n. 40/2004, nel suo impianto originario, consentiva di sottoporsi esclusivamente alle tecniche procreative di tipo omologo, vietando espressamente (art. 4, comma 3) il ricorso a quelle di tipo eterologo in cui si utilizzano gameti di donatori terzi, esterni alla coppia.

Tuttavia, anche in tale contesto, la Corte costituzionale è intervenuta con una decisiva decisione, ammettendo la fecondazione eterologa nel caso in cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili (sent. n. 162/2014).

Tra i cospicui commenti a questa sentenza v. E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, 2830 ss.; G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: il peccato di Ulisse*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 3, 663 ss.; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2014; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, 34 ss.

Riguardo alla fecondazione eterologa, v. la nota sentenza della Corte EDU, 1° aprile 2010, S.H. e altri c. Austria, la quale ha percorso e influenzato la successiva giurisprudenza di merito italiana (v. Trib. Firenze, ord. 1-13 settembre 2010, Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010), per il commento delle tre decisioni, sia consentito il rinvio a S. LA ROSA, *Il divieto di fecondazione eterologa va al vaglio della corte costituzionale*, in *Corr. Giur.*, 1210, 1633 ss.).

Su ulteriori commenti alla sentenza EDU v., B. LIBERALI, *La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione*; I. PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*.



È certamente vero, peraltro, che la tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma va anche considerato che sinora la giurisprudenza costituzionale l’ha limitata solo nella direzione della «necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione»¹⁵ e con quella «del diritto alla salute della donna»¹⁶.

Ne deriva, in definitiva, che, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, guardando, da un lato, alla tutela della salute fisica e psichica della madre, nonché alla dignità dell’embrione crioconservato (che potrebbe attecchire nell’utero materno), risulta “non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell’uomo”, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost.

Tale bilanciamento non può, inoltre, essere impedito dal rilievo mosso dal giudice rimettente relativo all’interesse del figlio nato dalla PMA a una stabile relazione con il padre, che si potrebbe ritenere ostacolata dalla sopravvenuta separazione dei genitori.

La Corte, sul punto, evidenzia come sia da distinguere la dissolubilità del legame tra i genitori, dalla indissolubilità del vincolo di filiazione, che è comunque assicurata, nella l. n. 40/2004, dai ricordati artt. 8 e 9. E, in ogni caso, conclude il giudice delle leggi, “la considerazione dell’ulteriore interesse del minore a un contesto familiare non conflittuale non può essere enfatizzata al punto da far ritenere che essa integri una condizione esistenziale talmente determinante da far preferire la non vita” (par. 12.4)¹⁷.

5. – In altri ordinamenti europei, la questione relativa alla possibile revocabilità del consenso dopo l’avvenuta fecondazione dell’ovulo viene risolta in maniera differente. Dette diverse soluzioni sono citate incidentalmente anche nella sentenza in commento ed è utile profilare, brevemente, il quadro esistente.

La revoca del consenso da parte dell’uomo è espressamente consentita (e quindi non può generare un affidamento della donna) nella legge inglese, in quella francese e in quella austriaca, fino al momento dell’impianto dell’embrione in utero. Viene, quindi, in detti ordinamenti, “spostato in avanti” il momento in cui viene considerato prevalente l’interesse alla tutela dell’embrione e del legittimo affidamento della donna¹⁸.

Per contro, recentemente, in altri due ordinamenti stranieri si siano affermati, in via giurisprudenziale, gli stessi principi sostenuti dalla Consulta con la sentenza in commento.

La Corte suprema israeliana ha ritenuto legittima la irrevocabilità del consenso da parte dell’uomo, consentendo, pertanto, l’impianto in utero dell’embrione, tutelando il legittimo affidamento della donna, statuendo che: «*[it] is difficult to assume that she would have agreed to undergo these treatments in the knowledge that her husband could change his mind at any time that he wished*»¹⁹.

¹⁵ Sent. Corte cost. n. 151/2009, cit.

¹⁶ Sent. Corte cost. n. 96/2015, cit.

¹⁷ Per ciò che concerne la censura relativa all’art. 117, comma 1, Cost., in riferimento all’art. 8 CEDU in merito al rispetto della vita privata, ossia alla libertà dell’individuo tanto di avere un figlio quanto di non averlo, la Corte richiama il caso Evans contro Regno Unito, nel quale la Corte EDU ha affermato che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento nel risolvere il “dilemma” della revocabilità o meno del consenso.

Non avendo il legislatore nazionale ecceduto il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato italiano, la Corte stabilisce che anche sotto questo profilo l’art. 6 della legge 40 censurato non possa essere ritenuto in contrasto con la Carta costituzionale italiana e non sussista, pertanto, alcuna violazione dell’art. 8 CEDU.

¹⁸ La Corte EDU, sentenza Evans contro Regno Unito, ha, quindi, in quel caso, concluso che non sussistessero motivi per ritenere che la soluzione adottata dal legislatore inglese avesse superato il margine di apprezzamento concesso dall’art. 8 CEDU. Non ha nascosto però di provare «great sympathy for the applicant, who clearly desires a genetically related child above all else».

¹⁹ Corte Suprema di Israele, sentenza 12 settembre 1996, Nahmani contro Nahmani, opinione di maggioranza, Justice Ts. E. Tal.



In questo senso si è anche mossa la Corte Costituzionale della Colombia²⁰, che, in una vicenda analoga a quella del caso sottoposto alla decisione in commento, ha assimilato la figura del padre che ha prestato il consenso alla PMA a quella di un donatore anonimo.

6. – In definitiva, la Corte Costituzionale dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 6 della l. n. 40/2004, nella parte in cui impedisce all’uomo di revocare il consenso prestato alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, dopo la fecondazione dell’ovulo, ritenendo che la norma mantiene la sua ragionevolezza anche nel nuovo contesto che si è venuto a creare ad opera degli interventi della giurisprudenza che si sono succeduti nel tempo e che hanno mutato alcuni aspetti salienti della l. n. 40/2004.

Sebbene, infatti, il contesto normativo in cui si muove il consenso prestato dall’uomo alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia stato, in parte, modificato (a seguito delle decisioni che hanno consentito l’accesso alla PMA anche alle coppie non sterili ma portatrici di malattie genetiche, consentendo così la tecnica della diagnosi preimpianto, nonché ammettendo la produzione di un numero di embrioni in numero superiore a tre e lasciando al medico una valutazione discrezionale in ordine al numero di embrioni da produrre al fine di meglio tutelare il diritto alla salute della donna), con l’importante conseguenza che, oggi, la tecnica della crioconservazione degli embrioni non è più da considerarsi eccezionale e, di conseguenza, può sussistere uno scarto temporale, anche significativo, tra la prestazione del consenso da parte della coppia e il momento in cui l’embrione viene impiantato in utero, secondo la Consulta, non viene meno la coerenza e ragionevolezza della irrevocabilità del consenso, previsto dall’art. 6 della legge censurata.

Ciò in quanto, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, tra il diritto alla autodeterminazione dell’uomo e la salute della donna, il legittimo affidamento di ella ad una futura gravidanza e il diritto alla vita dell’embrione, sono questi ultimi a dovere essere considerati prevalenti.

La Corte è ben consapevole della complessità della scelta, che coinvolge interessi confliggenti, evidenziando come, nel nostro ordinamento, “la ricerca, nel rispetto della dignità umana, di un ragionevole punto di equilibrio, eventualmente anche diverso da quello attuale, fra le diverse esigenze in gioco in questioni che toccano temi eticamente sensibili non può che spettare primariamente alla valutazione del legislatore”, ferma restando la sindacabilità della Corte sulle scelte legislative, al fine di verificare la sussistenza di un bilanciamento non irragionevole.

È, da ultimo, da rilevare, come, quella analizzata nella presente decisione non è certamente l’ultima delle questioni che coinvolgeranno ulteriori delicati casi di confine tra l’etica, il diritto e la scienza, così come è già avvenuto nelle diverse vicende (alcune soltanto delle quali richiamate nel presente contributo), che, negli anni, hanno coinvolto la materia della PMA; ciò, a maggior ragione, in assenza di una auspicata organica e novellata disciplina normativa, che si adatti all’evoluzione della società e della scienza.

È da ritenersi che tutti i precipitati logici, sociali e giuridici che derivano dalla casistica che la giurisprudenza si trova ad affrontare negli anni, sono la conseguenza della precisa scelta dell’essere umano di andare oltre il concepimento “naturale” e di seguire gli sviluppi e i preziosi contributi della scienza, al fine di favorire la procreazione, senza che si possa negare che, andando “contro” il decorso naturale della evoluzione, le questioni che ne nascono a livello giuridico e sociale sono una inevitabile e quasi necessaria conseguenza, che solo il legislatore può armonizzare.

²⁰ Sent. 13 ottobre 2022, T-357/22.