

Pactum Online

Rivista telematica di diritto dei contratti

www.rivistapactum.it

Rivista semestrale

Gennaio - Giugno 2025

1

DIREZIONE SCIENTIFICA

Luigi Balestra

Elena Bargelli

Alberto Maria Benedetti

Alessandro D'Adda

Ugo Salanitro

Claudio Scognamiglio

Stefano Troiano

ISSN 2785-552X


**Pacini
Giuridica**

Pactum Online

Direzione

Luigi Balestra; Elena Bargelli; Alberto Maria Benedetti; Alessandro D'Adda; Ugo Salanitro; Claudio Scognamiglio; Stefano Troiano.

Advisory Board

Federico Azzarri; Elsa Bivona; Lucia Bozzi; Valentina Calderai; Garance Cattalano-Cloarec; Walter Doralt; Mateja Durovic; Mirko Faccioli; Arianna Fusaro; Barbara Grazzini; Mauro Grondona; Jens Kleinschmidt; Antonio Las Casas; Chantal Mak; Marco Martino; Francesco Mezzanotte; Lara Modica; Damjan Možina; Juan Pablo Murga Fernández; Andrea Nervi; Luigi Nonne; Riccardo Omodei Salè; Luisa Pascucci; Francesco P. Patti; Fabrizio Piraino; Nicola Rizzo; Francesco Sangermano; Alessandra Spangaro; Umberto Stefini; Mauro Tesaro; Cristiano de Sousa Zanetti.

Comitato di Redazione

Adriana Andrei; Silvia Bonetti; Valerio Brizzolari; Emilio Bufano (Responsabile); Fabiola Cannizzaro; Andrea Cioni; Tina Daniela Culeac; Matteo De Pamphilis; Alessandro Dinisi; Francesco Ferrara; Giovanni Gandino; Gloria Giorgi; Denise Guarnieri; Davide Maria Locatello; Martina Marano; Donato Maria Matera; Giorgio Mattarella; Francesco Molinaro; Filippo Morello; Lorenzo Muttini; Celeste Natoli; Giulia Novelli; Luca Oliveri; Gaia Scaduto; Tommaso Sica; Elisa Stracqualursi; Francesco Tonini; Matteo Turci; Rosario Zappalà; Vincenzo Zimatore;

Tutti i contributi pubblicati nella Rivista sono stati sottoposti alla valutazione della Direzione e a revisione anonima, in base all'apposito Regolamento (consultabile sul sito: <https://rivistapactum.it/>).

La revisione dei contributi pubblicati in questo fascicolo è stata effettuata da:

Edoardo Bacciardi; Vittorio Bachelet; Luca Ballerini; Stefano Gatti; Elena Guardigli; Edoardo Pesce; Sara Scola.

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli
ggiacomelli@pacinieditore.it
Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:
Pacini Editore Srl,
via Gherardesca 1, 56121 Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacinieditore.it • abbonamenti_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa
Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

SEZIONE I - COMMENTI

FRANCESCA BENATTI, Contratto, buona fede, e diritti costituzionali dei popoli indigeni: la riflessione della corte suprema canadese	6
ALBERTO MARIA BENEDETTI, Il contratto è procedimento: nel Codice civile e nel diritto europeo	9
ANDREA D'ANGELO, Dai dogmi del positivismo alle frontiere della positività	14
GIOVANNI DE CRISTOFARO, Autorità garante della concorrenza e del mercato, controllo di vessatorietà delle clausole dei contratti standard b-to-c e misure di public enforcement in attuazione della direttiva «omnibus»: un primo (perplesso) bilancio a tre anni dalla riforma	32
MAURO GRONDONA, La relazionalità del negozio giuridico: tra libertà individuale e socialità (a proposito di una pagina della <i>Teoria generale del negozio giuridico</i> di Emilio Betti)	42
MAURO GRONDONA, Guido Alpa, militante della solidarietà – <i>in memoriam</i>	46
ANDREA NERVI, Il contratto nella dialettica tra autonomia privata e ordinamento giuridico. Una discussione sempre viva	54
EDOARDO PESCE, Danno da risoluzione anticipata della locazione: Sez. un. 4892/2025	66

SEZIONE II - NOTE

SINGOLI CONTRATTI

FRANCESCO AMOROSO D'ARAGONA, Donazioni dirette e liberalità indirette: profili di contiguità e divergenza	71
MATTEO DE PAMPHILIS, La nullità del contratto di locazione tra azione di ripetizione ed eccezione di ingiustificato arricchimento	82

CONSUMO

ELIA CAGNAZZO, La qualifica di “armatore” non osta all’attribuzione della qualifica di “consumatore” al soggetto persona fisica che agisce al di fuori della propria attività professionale	89
---	----

IMPRESA E MERCATI

LUDOVICA ACCOLLA, L’abuso di dipendenza economica e la tutela delle imprese “economicamente dipendenti”: confini applicativi dell’art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192	97
--	----

NUOVE TECNOLOGIE

ALESSANDRO MECENATE, La successione *mortis causa* nei contratti di account e le clausole di intrasmissibilità 106

DIRITTO E PERSONA

LORENZO BRUGIONI, L'azione surrogatoria. Tra tutela del credito e autonomia del debitore 123

GIOVANNI CESCO, Sugli effetti della procura conferita dal soggetto poi sottoposto ad amministrazione di sostegno 131

sezione I

COMMENTI

Contratto, buona fede, e diritti costituzionali dei popoli indigeni: la riflessione della corte suprema canadese*

di FRANCESCA BENATTI

Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato
Università Cattolica del Sacro Cuore

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. La buona fede e l'“Onore della Corona”.

1. Nel 1996, il Pekuakamiulnuatsh Takuhikan, in rappresentanza della Pekuakamiulnuatsh First Nation⁽¹⁾, aveva stipulato un contratto con il Governo del Canada e con quello del Quebec per la costituzione e il mantenimento di una forza di polizia indigena (SPM). L'accordo prevedeva un importo massimo stabilito per il finanziamento di cui il 52% era posto a carico del Canada e il 48% del Quebec. Takuhikan si impegnava a coprire i costi restanti. Le parti si obbligavano, inoltre, a rinegoziare annualmente i termini del contratto per permettere la continuazione delle attività della SPM nel tempo.

Tuttavia, tra il 2013 e il 2017, la somma stabilita risultava insufficiente, determinando un aumento significativo del debito del Pekuakamiulnuatsh Takuhikan che agiva in giudizio nei confronti del Canada e del Québec per non avere rinegoziato l'importo dovuto. La Comunità indigena sollevava, da un lato, la violazione del dovere di buona fede contrattuale, dall'altro il mancato rispetto dei principi di diritto pubblico fondati sull' *Aboriginal Law*, in particolare dell'“Onore della Corona” e dei doveri fiduciari verso le comunità indigene ex Sec. 35 della Canadian Charter of Rights and Freedoms del 1982.

In primo grado, la Superior Court of Canada rigettava la domanda⁽²⁾. Nella motivazione, si osserva come il testo contrattuale fosse chiaro e prevedesse la fissazione di una somma massima, lasciando al Pekuakamiulnuatsh Takuhikan l'obbligo di pagare le spese in eccesso. E' compito della comunità gestire le attività della SPM in modo da rispettare i limiti stabiliti. Secondo la Corte non vi è prova di una violazione della buona fede da parte del Governo, in quanto il principio di libertà contrattuale lasciava alle parti la possibilità di determinare i propri interessi. Il Governo poteva, dunque, scegliere in quale misura contribuire alla SPM. Peraltro, pur sapendo dell'insufficienza dei finanziamenti, il Pekuakamiulnuatsh Takuhikan aveva per un lungo periodo deciso di accettarli per non sospendere il servizio di polizia.

Anche la domanda fondata sul diritto pubblico era dichiarata infondata, perché la fattispecie non rientra nei diritti ancestrali riconosciuti o rivendicati dalle popolazioni indigene in base alla teoria dell'“Onore della Corona”⁽³⁾.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 19.03.2025.

La decisione era ribaltata in appello⁽⁴⁾. La Corte, infatti, argomenta muovendo dalla necessaria connessione tra il dovere di buona fede contrattuale e quello pubblicistico di agire con onore⁽⁵⁾. In particolare, sottolinea come una interpretazione solo testuale dell'accordo, senza un riferimento ai principi costituzionali, non permetta di cogliere la sua portata. Nonostante, infatti, l'espressa pattuizione, rileva come "rifiutando di finanziare le forze di polizia del ricorrente in modo da consentire la stessa qualità di servizio fornita alle comunità non indigene, i convenuti abbiano violato il loro dovere di agire onorevolmente"⁽⁶⁾.

Il Quebec ricorreva davanti alla Corte Suprema, che si pronunciava a larga maggioranza a favore della Comunità indigena. Innanzitutto, chiarisce come la buona fede imponga di considerare gli interessi degli altri contraenti pur senza sacrificare i propri. In presenza di una clausola di rinegoziazione, le parti devono comportarsi lealmente e pertanto, "se iniziano le trattative di rinnovo in base ai termini stessi del contratto, sono obbligate a comportarsi in modo non eccessivo né irragionevole in questa fase finale dell'esecuzione del loro accordo. Il rifiuto di agire in buona fede nella negoziazione di un rinnovo previsto dalle parti può mettere a repentaglio lo scopo stesso del contratto, laddove il raggiungimento di tale scopo dipenda dall'esistenza di un rapporto nel tempo"⁽⁷⁾. Il Quebec, rifiutando di discutere la modifica del contributo pattuito e ignorando le ripetute richieste e le difficoltà del Pekuakamiulnuatsh Takuhikan, si era comportato irragionevolmente, minando le legittime aspettative della Comunità di poter continuare ad usufruire di servizi di polizia indigeni. Tale comportamento integra una violazione del principio di buona fede.

La Corte specifica, poi, come il principio dell'"Onore della Corona" non possa essere considerato un'obbligazione implicita nel contratto ex art. 1434 ccQ: la sua sussistenza deve essere verificata alla luce delle regole pubblicistiche. È applicabile solo quando vi è un rapporto speciale tra la Corona e le popolazioni indigene, diverso da quello che intercorre con la popolazione in generale, e il contratto ha ad oggetto un diritto indigeno di autogoverno, indipendentemente dal fatto che sia riconosciuto o rivendicato credibilmente. In questa ipotesi, sono ravvisati entrambi gli elementi.

Nel determinare il risarcimento, la Corte rileva, infine, che il "regime di diritto civile si basa sulla giustizia riparativa e il suo scopo è quello di riportare la parte lesa nella posizione in cui si sarebbe trovata se non fosse stato commesso l'inadempimento. Il regime di diritto pubblico si occupa invece del rapporto a lungo termine tra la Corona e le comunità indigene e il suo scopo è quello di ripristinare l'onore della Corona e favorire così la riconciliazione; questa è la giustizia riconciliativa"⁽⁸⁾. Il primo si concretizza nel risarcimento del danno, il secondo è connotato da flessibilità per adeguare i rimedi al caso concreto. Benché sarebbe stato necessario un nuovo giudizio di appello volto a determinare i pregiudizi sofferti, la Corte ritiene prevalente l'esigenza di ricostruire il rapporto di fiducia tra il Pekuakamiulnuatsh Takuhikan e il Governo in un contesto di giustizia ed equità, attento ai valori e ai bisogni della Comunità. Conferma, quindi, i danni liquidati in appello per evitare successive controversie.

La motivazione dissenziente di Justice Côté ribadisce l'impossibilità di ricondurre la fattispecie alla Sec. 35 della Charter e la chiarezza del tenore letterale dell'accordo, che obbligava il Pekuakamiulnuatsh Takuhikan a coprire i costi superiori alla somma pattuita e non imponeva al Canada e al Quebec di adeguarsi ad eventuali aumenti. Soprattutto, critica la scelta della maggioranza di delineare un quadro di rimedi variabili e discrezionali che consentano di realizzare gli scopi della giustizia riconciliativa. Si

tratta, infatti, di un sistema imprevedibile che potrebbe addirittura scoraggiare la contrattazione con le comunità indigene.

2. La rilevanza della decisione della Corte Suprema si fonda, innanzitutto, per avere adottato una concezione flessibile e ampia del principio di buona fede.

È noto che l'ordinamento del Quebec di ispirazione francese, ha influenzato il modello canadese⁽⁹⁾. In *Bhasin v. Hrynew*⁽¹⁰⁾, la motivazione di maggioranza, aprendo per la prima volta al suo riconoscimento generale in Canada, constata come ciò non necessariamente determini una instabilità e imprevedibilità nel diritto dei contratti, riferendosi anche all'esperienza del Quebec⁽¹¹⁾.

È opportuno rilevare come il codice civile di questo Stato inizialmente non prevedesse un dovere generale di buona fede, che è stato successivamente introdotto dai tribunali. a partire dal caso *Banque nationale du Canada c. Soucisse*⁽¹²⁾. Nella motivazione, la Corte, muovendo dall'art. 1024 CcQ sull'equità, osserva come si tratti di un'obbligazione contrattuale implicita⁽¹³⁾. In un caso successivo, è chiarito come essa implichi il dovere di agire lealmente, soprattutto in alcuni contratti quali il mandato, senza avvantaggiarsi di condotte scorrette⁽¹⁴⁾. Infine, la sua applicazione viene estesa anche alla fase precontrattuale mediante la consacrazione del dovere di informazione⁽¹⁵⁾.

Va messo in luce come nelle decisioni, i principi di equità, buona fede, ragionevolezza, abuso del diritto fossero spesso equiparati senza una chiara distinzione. In *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, la Corte rileva che “se c'è il rischio di introdurre in questo modo una determinata incertezza nei rapporti contrattuali, questo è un giusto prezzo da pagare per l'accettazione della teoria dell'abuso di diritto; questa incertezza può essere controbilanciata dalla presunzione di buona fede, che rimane il pilastro dei rapporti contrattuali. Finora, applicando questa teoria, i tribunali hanno dimostrato di sanzionare solo le deviazioni significative dalla norma generale di comportamento accettabile nella nostra società”⁽¹⁶⁾.

E' nel 1994, con la riforma del Codice civile del Quebec, che la buona fede viene introdotta negli artt. 6, 7 e soprattutto 1375. Questa norma dispone che “le parti debbano agire secondo buona fede quando l'obbligazione è creata, durante la sua esecuzione ed estinzione”. La dottrina è divisa sugli effetti della modifica. Mentre si riscontra una “moralizzazione” del diritto contrattuale, con la limitazione degli abusi dei contraenti, non si è assistito ad una sua trasformazione come molti auspicavano⁽¹⁷⁾.

La cautela delle Corti deve essere, però, apprezzata⁽¹⁸⁾. L'uso della buona fede, infatti, è servito a garantire e rafforzare una leale cooperazione tra le parti, senza trasformarsi in uno strumento di redistribuzione da parte dei giudici per perseguire obiettivi estranei al diritto dei contratti. Si è assistito alla cristallizzazione dei doveri già precedentemente individuati, alla limitata previsione di nuovi strettamente ancorati all'esigenza di assicurare la correttezza delle condotte e l'equilibrio degli accordi, alla chiarificazione di profili incerti. Non è stata, invece, impiegata creativamente per riscrivere o correggere contratti, sostituendo la volontà del giudicante a quella delle parti.

In *HydroQuebec* la Corte Suprema, infatti, afferma come “La buona fede conferisce un ampio e flessibile potere di creazione giuridica e consente ai tribunali di intervenire e di imporre ai contraenti obblighi ispirati a un'idea di giustizia contrattuale. Serve a proteggere l'equilibrio di un contratto. Tuttavia, la buona fede non può essere utilizzata per violare questo equilibrio e imporne uno nuovo alle parti di un contratto. I tribunali non possono invocarlo per ordinare una ripartizione di profitti altrimenti guadagnati onestamente. Nonostante la sua potenziale portata e la sua capacità di far evolvere il

diritto civile grazie alla sua applicazione flessibile, il concetto di buona fede non può essere esteso al punto da includere la possibilità di sanzionare una parte in assenza di un comportamento irragionevole da parte sua, o l'obbligo di rinegoziare i principali obblighi di un contratto in tutte le circostanze. Il dovere di buona fede priva una parte del diritto di attenersi alla lettera del contratto solo quando tale insistenza costituisce un comportamento irragionevole in considerazione delle circostanze. Il dovere di collaborazione, che deriva dai requisiti di buona fede, può richiedere a una parte di agire in modo proattivo per soddisfare i legittimi interessi e le aspettative del suo partner contrattuale. Tuttavia, il fatto che una parte si attenga semplicemente alla lettera del contratto e si rifiuti di rinegoziarlo o di condividere i profitti non comporta necessariamente una violazione del generale dovere di buona fede. Il dovere di collaborare con la controparte non richiede di sacrificare i propri interessi⁽¹⁹⁾. Secondo una parte della dottrina, tale decisione ha rappresentato una inaspettata e paradossale chiusura alla buona fede in un momento nel quale, invece, il Canada sembrerebbe, almeno apparentemente, consentirne una maggiore applicazione⁽²⁰⁾.

Va sottolineato come Pekuakamiulnuatsh Takuhikan costituisca, invece, un ritorno ad una sua concezione più estensiva dovuta alla connessione, nel caso concreto, tra diritto contrattuale e Carta dei diritti fondamentali nella tutela delle popolazioni indigene.

In particolare, la Corte Suprema riconosce, oltre alla violazione della buona fede, quella dell'“Onore della Corona”. Tale istituto, risalente al periodo medievale inglese, era stato ripreso in *Guerin*⁽²¹⁾ per sancire il dovere fiduciario del governo nei confronti delle popolazioni indigene in base alla Sec. 35 della Carta⁽²²⁾. Vi erano, però, difficoltà nella determinazione del suo contenuto e nella sua concretizzazione. In *Little Salmon*, Justice Binnie, tracciandone la storia, specifica che quest'“obbligo di onorabilità fu riconosciuto fin dall'inizio dalla Corona stessa nella Proclamazione Reale del 1763, in cui la Corona britannica si impegnava a proteggere i popoli aborigeni dallo sfruttamento da parte dei popoli non aborigeni... L'onore della Corona è stato, quindi, confermato nel suo status di principio costituzionale”⁽²³⁾.

Un'analisi della giurisprudenza mostra come sono stati ricondotti all'“Onore della Corona”: il dovere di consultazione, il dovere fiduciario soprattutto nell'amministrazione dei beni delle comunità indigene, l'interpretazione e applicazione delle obbligazioni derivanti dai Trattati⁽²⁴⁾. E', però, un principio flessibile la cui concretizzazione dipende dal caso concreto. Si è, infatti, staccato tanto da una visione personalista connessa alla figura del sovrano, quanto da una burocratizzata per divenire “an expression of legitimate authority built upon an abstract representation of the land, the place, the people and the obligation of those in authority to the land, place and people— not about obligation to respect formal commitments but the responsibility of the civilization to respect its reality”⁽²⁵⁾. E' una manifestazione di giustizia.

Va, inoltre, sottolineato come si tratti di un principio volto ad assicurare un processo e non un risultato: serve a garantire che le prospettive ed esigenze delle popolazioni indigene siano presi in considerazione. La sua applicazione, infatti, si inserisce in un cammino di riconciliazione che unisce, nel pluralismo, le diverse componenti della società, rispettando le loro culture, tradizioni e valori.

In Pekuakamiulnuatsh Takuhikan, ad esempio, è stato esteso alla negoziazione di un servizio di polizia che non rientrerebbe nelle fattispecie generalmente ritenute oggetto

dell'“Onore della Corona”, come sottolineato sia in primo grado sia nella *dissenting opinion* di Justice Côté.

Tuttavia, l'argomentazione dei giudici è significativa, perché mostra la rilevanza della fusione del diritto privato e pubblico: la violazione della buona fede è ravvisata in un rifiuto di valutare e contemperare nella trattativa i bisogni della comunità indigena, anche alla luce dei doveri ricompresi nell' “Onore della Corona”, mentre quest'ultimo si esprime principalmente nel mancato rispetto di una leale cooperazione tra le parti nell'individuare una soluzione corretta e adeguata alle esigenze di una società pluralista.

La decisione segna un impiego della buona fede attento alle sfumature sociali nell'assicurare una riconciliazione e una composizione di tensioni mai risolte. Soprattutto, dimostra quella evoluzione, mirabilmente descritta, del contratto, che rompendo gli schemi tradizionali si apre “agli aspetti sociologici, antropologici, economici, pragmatici e li riconduce” ai valori contenuti nelle Carte costituzionali e dei diritti fondamentali⁽²⁶⁾, senza tradursi, poi, in arbitrarietà e imprevedibilità.

⁽¹⁾ Si tratta di una comunità tra le 2000 e le 4000 persone che vive a Mashteuiatsh, sulle rive del lago Saint-Jean in Quebec.

⁽²⁾ [2019] JQ, no. 11652.

⁽³⁾ Va osservato come la Corte rigetti la possibilità di agire, sulla base della responsabilità contrattuale, per violazione dei diritti ancestrali in base all'art. 1458 del Codice civile del Quebec: «*Every person has a duty to honour his contractual undertakings. Where he fails in this duty, he is liable for any bodily, moral or material injury he causes to the other contracting party and is bound to make reparation for the injury; neither he nor the other party may in such a case avoid the rules governing contractual liability by opting for rules that would be more favourable to them.*».

⁽⁴⁾ *Takuhikan c. Procureur général du Québec*, [2022] QCCA1699 (CanLII).

⁽⁵⁾ In base all'art. 1376 ccQ «The rules set forth in this Book apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them».

⁽⁶⁾ [2022] QCCA, 1699 (CanLII).

⁽⁷⁾ [2024] SCC, 39.

⁽⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁾ «This Court has the benefit of being the final court of appeal in a country that has two legal traditions: the English common law and the French civil law. Our two legal traditions are independent and should not be confused. Concepts and solutions found in one tradition should not be imposed on the other tradition. But this does not mean that there is no place for comparative law on this Court», *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, 1174.

⁽¹⁰⁾ [2014] SCC, 71.

⁽¹¹⁾ JUKIER, *Good Faith in Contract: A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec*, in *The Journal of Commonwealth Law*, 2019, 1.

⁽¹²⁾ [1981] 2 SCR 339, 43 NR, 283.

⁽¹³⁾ Pur non essendo espressamente prevista, la motivazione ricorda che «Mignault giustamente che si tratta di “una verità di La Palisse” e che gli accordi devono essere eseguiti in buona fede perché “non abbiamo più, come nel diritto romano, contratti di *buona fede* e contratti di *diritto stretto*”. Trudel, dal canto suo, nel suo studio dell'art. 1022 del Codice civile, ritiene che i nostri legislatori abbiano giudicato superflua questa disposizione “in un istituto giuridico le cui basi sono la fiducia e la buona fede data». E cita Domat: «Non esiste alcun tipo di convenzione in cui non sia sottinteso che uno debba all'altro buona fede, con tutti gli effetti che l'equità può richiedere, sia nel modo di esprimersi nella convenzione, sia per l'esecuzione di quanto concordato e di tutte le conseguenze». Ciò si ricollega all'art. 1024 del *Codice civile*: Gli obblighi di un contratto si estendono non solo a quanto in esso espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano, secondo la sua natura e in base all'equità, all'uso o alla legge.

⁽¹⁴⁾ *Banque de Montreal v. KuetLeong Ng* [1989], 2 R.C.S., 429.

⁽¹⁵⁾ *Banque de Montreal v. Bail* [1992], 2 R.C.S., 554.

⁽¹⁶⁾ [1990] 3 R.C.S., 122.

⁽¹⁷⁾ BERTHOLD, CHARPENTIER, *The Codification of Good Faith in Quebec Law: A Missed Opportunity?*, in 57 *RJT*, 2023, 181.

⁽¹⁸⁾ Una eccezione è rappresentata da *Bertico inc v. Dunkin' Brands Canada Ltd*, [2012] QCCS 2809.

⁽¹⁹⁾ *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, [2018] SCC, 46. Cfr. TORRES-CEYTE, *Good Faith and the Theory of Unforeseeability: A Look at the Lessons from the Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. v. Hydro-Quebec Case*, in 57 *R.J.T.*, 2023, 329.

⁽²⁰⁾ V., però, *Ocean Pacific Hotels Ltd. v. Lee*, [2025] BCCA 57, nel quale la British Court of Appeal esclude la sussistenza di un dovere di buona fede nella fase delle negoziazioni e *Heritage Property Corporation v. Triovest Inc.*, [2025] ABCA, 64, in cui la Corte d' Appello d'Alberta non lo ravvisa nella fase post-contrattuale.

⁽²¹⁾ (1984), 13 D.L.R. (4th) 321 (S.C.C.); ROTMAN, *Crown-Native Relations as Fiduciary: Reflections almost Twenty Years after Guerin*, 22 in *Windsor Y.B. Access. Just.*, 2003, 363.

⁽²²⁾ V. le prime elaborazioni in *Haida Nation v. British Columbia* 2004 3 SCR 511; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia* [2004] SCC 74; *Mikisew Cree First Nation v. Canada*, [2005] SCC 69.

⁽²³⁾ 2010 SCC, 53, [2010] 3 SCR, 103.

⁽²⁴⁾ SANDERSON, BUERGNER & JONES, *The Crown's Duty to Consult Aboriginal Peoples: Towards an Understanding of the Source, Purpose, and Limits of the Duty*, in 49 *Alta. L. Rev.*, 2012, 821.

⁽²⁵⁾ SAUL, *A Fair Country*, Toronto: Penguin Canada, 2008, 69 ss.

⁽²⁶⁾ ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2014, 37. Sul contratto culturale v. anche GRONDONA, *A proposito di interpretazione del contratto e differenze culturali*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, a cura di Cuffaro e Gentili, II, Giuffrè, 2022, 184.

Il contratto è procedimento: nel Codice civile e nel diritto europeo *

di **ALBERTO MARIA BENEDETTI**
 Professore ordinario di diritto privato
 Università di Genova

1. Il mito del consenso – o della volontà – mi è sempre parso più che un mito una favola. E le favole servono per finalità didattiche, morali, educative ma sono pur sempre finte, inventate, non reali, ambientate in mondi che talvolta sembrano coincidere con quelli reali, ma che non lo sono mai fino in fondo.

Consenso, volontà, accordo: tre categorie che, isolatamente e in modo combinato, assumono un ruolo primario sia nel diritto privato tradizionale che in quello moderno, contaminato, volendo dire così, dal diritto europeo.

Non sono categorie il cui significato può essere dedotto dal senso ordinario che questi sostantivi hanno nella lingua generalmente accolta e per così dire codificata nell'uso (come pure si è fatto e si continua a fare); il loro significato è e deve essere tutto giuridico, plasmato dall'ordinamento, mai con disposizioni definitorie dirette ma dovendosi ricostruirne il senso sulla scorta a tanti indizi, non sempre concordanti, sui quale trovare il loro significato «normativo».

L'errore in cui non si deve cadere è quello che consiste in una valutazione per così dire isolata, monistica, del consenso, della volontà o dell'accordo, come se avessero un rilievo a prescindere dal contesto ordinamentale in cui esprimono la loro operatività.

2. Volendo davvero sintetizzare con consapevole superficialità:

i. l'«accordo» [che, poi, è il «consenso delle parti legittimamente manifestato» di cui si legge, con espressione non sempre adeguatamente valorizzata, all'art. 1376 c.c.] – nel suo duplice ruolo genetico: artt. 1321-1325 c.c. – esprime, infatti, una «sintesi» tra volontà che trovano una composizione su un «regolamento» idoneo a soddisfare interessi nati come confliggenti ma divenuti, con l'accordo, cooperanti. L'efficienza del contratto – per usare termini più a noi usuali: la sua «forza di legge» – riposa infatti su una trama concordata/condivisa costituita da un regolamento sì «voluto» ma che si presenta come razionale veste giuridica di una «operazione economica» voluta (ma anche recepita) dai contraenti.

Dico «recepita» perché, col contratto, non si «crea» davvero nulla di nuovo: anche l'«atipico», infatti, poggia su una tipicità socio-economica che la volontà si limita a recepire, sottoponendola al filtro del giuridico; le parti mai, o quasi mai, «creano» un quid di inesistente (prima), ma sempre o quasi sempre recepiscono, copiano, variano schemi, modelli, operazioni tipizzate o legalmente o economicamente.

ii. Non ha nessuna rilevanza giuridica l'accordo raggiunto “nel mondo”, né ha rilevanza il consenso, la volontà o l'accordo che siano tali per il senso comune.

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it l'8.4.2025.

Ha rilevanza giuridica esclusivamente l'accordo veicolato in strutture [forme, procedimenti – anche il procedimento è struttura dell'atto – contenuti] fissate dall'ordinamento giuridico, che ne assicura, da una parte, la compatibilità con gli interessi individuali (capacità, vizi della volontà) e sovraindividuali (valori e interessi riferibili all'ordinamento giuridico) e, dall'altra, la giustiziabilità attraverso l'assistenza di un giudice, che – nel conflitto tra il volere di chi vuole il rispetto del contratto e quello di chi vi si oppone scientemente o colposamente – fornisce protezione alla volontà «riconosciuta» dall'ordinamento, a cui si assegna una «forza di legge» che ne delinea, anche dal punto di vista dell'azione, la giuridicità.

Consenso, volontà, accordo non rilevano fuori dalle strutture e dai procedimenti normativi o, nei casi ammessi, fuori dalle strutture e dai procedimenti plasmati dall'autonomia privata, quale fonte di regole cogenti; non sono fatti giuridicamente rilevanti (pur potendo avere un rilievo differente, non giuridico, naturalmente).

3. Già nel modello di contratto assunto dal Codice civile, l'accordo è sintesi di volontà procedimentalmente e formalmente rilevanti; e talvolta questi procedimenti costruiscono accordi laddove nessuno, usando il significato comune, li vedrebbe (il caso del 1333 c.c. è emblematico).

D'altra parte, la predisposizione [per scelte legislative, pattizie o di contesto in cui la contrattazione si svolge] di «procedimenti» di formazione dell'accordo in cui le volontà si compongono, si affinano, si modellano, con stop e ripartenze, garantisce un risultato equilibrato (per quelle parti, s'intende) oppure induce le parti a non concludere alcun accordo, proprio perché non si è potuto pervenire alla formazione di una volontà comune e condivisa.

Il balletto procedimentale – la cui fisionomia può davvero assumere mille volti: contratti tra presenti, a distanza, con trattative, senza trattative, mediante scambi di proposte, controproposte, accettazioni parziali, condizionate, difformi, con dichiarazioni scritte, verbali, con simboli, trasmesse in ogni modalità resa possibile dalla tecnica etc. - vede protagoniste due volontà che si studiano, si parlano, si affinano, in vista del possibile e non scontato raggiungimento di un accordo, il cui risultato – il «regolamento» negoziale – è sempre un punto di equilibrio [e quando invece esprime un disequilibrio, l'ordinamento predispose strumenti di riequilibrio a favore della parte debole].

Nella fase genetica, la libertà delle parti del e dal gioco precontrattuale non si traduce, ancora, in un arbitrio svincolato da regole: il «contatto procedimentale» – finalizzato alla verifica degli spazi di formazione di un «accordo» – genera obblighi e limiti [la buona fede precontrattuale, sia nella sua dimensione generale – descritta all'art. 1337 c.c. – che in quella speciale, descritta all'art. 1338 c.c.] che escludono, ancora una volta, che chi tratta possa recedere dalla trattativa per mero arbitrio dalla fase precontrattuale: e infatti ben sappiamo che la buona fede genera obbligazioni – oggi ritenute dalla giurisprudenza contrattuali – di protezione dell'altrui affidamento, tali da poter determinare – in chi ad es. recede dalle trattative senza motivo o in una fase troppo avanzata – l'obbligo di risarcire il danno cagionato dalla lesione dell'altrui affidamento.

Aggiungo di essermi convinto – ma sono temi che non posso più riprendere – che il modello procedimentale investa l'esecuzione del contratto (anche nella dimensione governata dal diritto generale delle obbligazioni), gran parte dei suoi elementi essenziali (oltre all'accordo, l'oggetto e la forma), senza dubbi i rimedi e il loro funzionamento (risoluzioni e recessi ne sono un esempio chiarissimo),

Il c.d. primo contratto, dunque, è intriso di procedimento e di procedimenti; di fonte legale e di fonte autonoma; il contratto è un atto giuridico procedimentale, questa mi pare la migliore definizione (migliore perché più aderente dal dato del reale giudico che questa definizione è in grado di rappresentare).

Il controllo dei procedimenti, va da sé, tocca al giudice ex post ed è attività logicamente prodromica a ogni altra.

4. E nel contratto europeo (volendo usare questa categoria che, con il solito spirito battagliero, Stefano Pagliantini ci ha consegnato nel recente volume sul contratto dei Tematici)?

Dagli anni Novanta discutiamo, con grande veemenza, delle fratture che il modello contrattuale europeo – meglio: che il diritto europeo dei contratti ha creato sulla categoria contrattuale codicistica – ha creato nel nostro modello contrattuale, tant'è vero che sono nate belle denominazioni (che aspirano a diventare categorie, ma che ovviamente ancora non lo sono) divenute di uso comune e che sembrano esposte a un continuo divenire.

Sono sempre state messe in luce le differenze rispetto al modello del contratto codicistico, proprio a voler sottolineare l'emersione di contratti "altri" del tutto o quasi irriducibili a quella logica generalista (e, aggiungo, egualitaria) che si esprimeva nel Codice civile, fin dal 1804.

E queste differenze sono, almeno in alcuni punti, indiscutibili (anche se, lo dico come dovessi dettare una nota a piè di pagina, il lavoro giurisprudenziale ha talmente eroso il modello contrattuale tradizionale da renderlo ormai irriconoscibile e, per questo, vicino e sovrapponibile ai nuovi modelli, con ciò riducendone la distanza).

Eppure sull'imprescindibile fusione tra procedimento e contratto i due modelli sono identici, ciascuno nel suo contesto (questo sì certamente diverso).

4.1. Nel diritto europeo dei contratti la procedimentalizzazione del consenso diverge solo per intensità (maggiore) e ratio (plurima e differente: talvolta protettiva delle parti deboli, talvolta orientata a logiche e interessi riferibili al «mercato»).

Nei contratti dei consumatori, ad esempio, non si tratta mai in modo diretto, nel diritto europeo, delle modalità della loro formazione; eppure sono proprio le modalità di formazione a modellare discipline che, in definitiva, ricadono sui procedimenti – che a suo tempo definii "pesanti" – di formazione di questi contratti.

Il consenso (o la volontà) del consumatore è inserito in così tante varianti procedimentali che, alla fine, si perde (come si perde nel 1333 c.c., come si perde nel 1327 c.c.); la forma, qui, assolve pienamente alla sua funzione procedimentale, perché è sempre funzionale (come nel primo contratto) a garantire ponderazione e (come nel primo contratto) a garantire documentazione degli impegni assunti; gli obblighi di informazione sono atti prima di tutto procedimentali, perché i tempi e i modi sono identificati rispetto a una collocazione dentro un procedimento formativo (come nel primo contratto, ancora).

4.2. Il caso del *ius poenitendi* è poi particolarmente significativo.

Per molto tempo si è detto che questo recesso, attribuito al solo consumatore nei contratti a distanza, fosse un'imbarazzante deviazione dai binari del tradizionale diritto dei contratti; ciò in ragione della totale arbitrarietà della scelta del consumatore in ordine all'esercizio del diritto di recesso legalmente attribuitigli.

Proprio la natura arbitraria del *ius poenitendi* ha fatto lungamente riflettere intorno alla sua natura e ai suoi effetti contrattuali o procedimentali: la possibile

arbitrarietà è accentuata dalla sua vicinanza al momento in cui il contratto si è concluso, al punto da fare pensare a qualcuno, non senza qualche ragione, che detto recesso appartenga più alla fase di formazione che a quella di esecuzione del contratto. D'altra parte, la sua massima libertà nasce dall'esigenza di soddisfare l'esigenza del consumatore di godere di uno spazio temporale, successivo alla conclusione formale del contratto, per riflettere, in modo più adeguato, sulla scelta effettuata in precedenza (e in forza di procedimenti formativi troppo affrettati o, comunque, in grado di ridurre la capacità riflessiva del consumatore). La «finestra» concessa al consumatore [senza motivi, senza costi] sembra davvero consegnarli un arbitrio distruttivo (del vincolo negoziale), di fronte al quale il professionista nulla può, se non subire tacendo.

Ma, a meglio vedere, neppure il recesso di pentimento è totalmente arbitrario, perché può dare luogo, in capo al consumatore, a una «responsabilità» per il suo esercizio. Proprio come il recesso *ad nutum* del e nel primo contratto!

È vero, da una parte, che il consumatore non deve rendere ragione delle sue motivazioni; ciò non può che significare che la buona fede, qui, non può costituire un limite né fondare un potere giudiziale di controllo, che significherebbe, sostanzialmente, ridurre il livello di protezione assicurato al consumatore dalla disciplina europea. Il diritto generale dei contratti, in questo caso, è fuori gioco (art. 1469-*bis* c.c.).

Tuttavia l'art. 57, commi 2 e 3, così come modificati dalla dir. 2011/83/UE, obbligano il consumatore alla responsabilità per la manipolazione del prodotto «diversa da quella necessaria per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento», volendo così sanzionare l'abuso del diritto di recesso; solo nel caso in cui non vi sia stata informazione sul diritto di recesso, il consumatore non deve alcun indennizzo (e qui si può pensare al caso in cui il consumatore abbia usato il bene per un tempo significativo, per poi recedere, pur non essendo stato informato, dopo 11 mesi dalla conclusione del contratto; la norma, qui, vuole punire il professionista che non informa, non incoraggiare l'arbitrio del consumatore non informato). E anche se il professionista ha eseguito il contratto su richiesta del consumatore, ma senza informarlo del diritto di recesso, il consumatore non deve alcunché (come ci dice C. Giust., 17 maggio 2023).

Se, poi, il professionista vuole concedere al consumatore un diritto di recesso più ampio (anche per contratti aventi ad oggetto beni), penso si possa ammettere che le relative clausole siano valide, anche se, in un certo senso, arricchiscono il consumatore o possono incentivare suoi comportamenti opportunistici: in queste situazioni, infatti, il professionista accetta il rischio di arbitrio e, probabilmente, pensa che elevare i vantaggi riconosciuti al consumatore sia fattore di successo della sua attività sul piano concorrenziale. Ma anche in questo caso, la configurazione pattizia del recesso speciale ne assicura un esercizio conforme al contratto e consente al professionista, comunque, di verificare che il consumatore abbia seguito modalità e forme definite negozialmente, potendone così evitarne utilizzi arbitrari.

Nemmeno il recesso di pentimento, dunque, è atto totalmente arbitrario perché trova limiti suoi propri, se pur nel solo contesto del diritto dei consumatori.

5. La favola del consenso – o dell'accordo – era tale nel Codice civile ed è tale nel diritto europeo dei contratti; non esiste consenso, volontà o accordo che non si accompagnino a strutture (formali) e procedimenti (formativi) da cui discende la loro giuridica rilevanza.

Il dato che unifica è il seguente: senza il «procedimento» [legalmente definito quasi integralmente, nel modello del Codice civile; integralmente definito dal legislatore, nel

modello europeo] il consenso, l'accordo, le volontà sono del tutto irrilevanti; i procedimenti sono configurati diversamente, a seconda della ratio assunta dal legislatore, possono essere di fonte autonoma, in un quadro di limiti ben definiti; quasi sempre rispondono – sia nel Codice civile, sia nel diritto europeo – all'esigenza di individuare un equilibrio tra interessi in gioco (procedimentale), riferibili vuoi ai singoli, vuoi ad elementi esterni come il mercato, vuoi all'ordinamento tout court.

E la procedimentalizzazione – orientata al contemperamento di interessi diversi e alla identificazione di un punto di equilibrio anche in termini di giustizia sostanziale – diventa parte della struttura del contratto, sia nel diritto del Codice civile che nel diritto contrattuale di derivazione europea: ciò ci insegna che il modello procedimentale appartiene all'atto del regolare in modo talmente intenso da superare ogni differenza di disciplina e da caratterizzare, in modo irrinunciabile, tutti gli istituti del diritto privato.

Può darsi che consenso, volontà e accordo, imbrigliati nelle strutture e nei procedimenti normativi, finiscano col perdere la loro natura così legata all'animo dell'individuo e alle sue pulsioni volontaristiche; ma nell'ordine giuridico, che è appunto prima di tutto un regolato e preciso concatenarsi di atti, non può esservi spazio per l'arbitrio (che è intrinsecamente disordinato), men che meno in una società, come quella in cui viviamo, in cui la ricerca di punti di equilibrio è l'unico strumento di governo della complessità e di reazione a strapoteri oligarchici per i quali il contratto è solo strumento di dominio.

Dai dogmi del positivismo alle frontiere della positività*

di ANDREA D'ANGELO

Già Professore ordinario di diritto privato comparato
Università degli Studi di Genova

1. Un dibattito antico e attuale concerne la relazione che intercorre, o deve intercorrere, tra la formazione delle decisioni giudiziarie, nella concretezza del giudizio individuale pratico di risoluzione delle controversie, e criteri precostituiti di giudizio, legittimamente predeterminati dagli organi deputati e secondo le procedure stabilite, ai quali i giudici si uniformano, o devono uniformarsi.

Si discorre variamente al riguardo in dottrina e in giurisprudenza, e persino – pur, ovviamente, con diversa consapevolezza e padronanza della materia e dei termini della problematica – nell'agone politico e nelle voci della pubblica opinione, ove la discussione si fa sempre più frequente e vivace, anche se, per lo più, impropria.

Tra i giuristi e gli operatori giuridici il problema, che ho prima ridotto nel suo nucleo essenziale, echeggia in una serie di formule che ne evocano e declinano vari aspetti, alcuni dei quali risuonano a volte, ridotti a slogan, anche nel dibattito pubblico. Si parla in proposito: di principio di legalità, di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni giudiziarie; di soggezione del giudice alla legge o di creatività dell'attività giudiziaria o di discrezionalità dei giudici; dell'assunzione della giurisprudenza a fonte del diritto; di criteri di giudizio di contenuto indeterminato; di "crisi della fattispecie" e, quindi, di crisi, come criteri di giudizio, delle norme formulate secondo la struttura ipotetica-condizionale, articolata nella definizione di fattispecie analitiche (nella protasi) e di trattamenti giuridici puntualmente determinati (nell'apodosi); di principi e di principi generali, e fondamentali, e della loro valenza normativa e non solo integrativa ai sensi dell'art. 12, comma 2, delle disposizioni sulla legge in generale; di determinazione dei contenuti dei principi da parte dei giudici e della discrezionalità di questi in proposito; di applicazione diretta da parte dei giudici di principi costituzionali, con eventuale disapplicazione di norme ordinarie; della interferenza, nella formazione delle decisioni giudiziarie, di "valori", inerenti o meno a principi dell'ordinamento; di criteri metapositivi di giudizio; di riferimento di decisioni giudiziarie alla "coscienza sociale"; di extrastatalità del diritto; e così via.

La natura e i limiti di questo scritto non consentono, ovviamente, di trattare in modo adeguato i diversi aspetti, evocati dalle menzionate formule, del problema di cui ho dapprima indicato i termini essenziali, ai quali prevalentemente mi atterrò⁽¹⁾.

2. In estrema sintesi, e dunque con una certa approssimazione, può dirsi che i dogmi tradizionali del positivismo giuridico che concernono la formazione del giudizio

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 07.02.2025.

individuale pratico di risoluzione delle controversie⁽²⁾ postulano: i) la necessaria predeterminazione legislativa dei criteri di decisione dei casi concreti, mediante la contemplazione generale e astratta di fattispecie, alle quali sono correlate determinate conseguenze giuridiche; ii) una concezione dell'interpretazione della legge come ricognizione del significato proprio delle disposizioni, secondo una visione cognitivista; iii) che l'applicazione da parte del giudice della norma così accertata al caso concreto oggetto della controversia da decidere consegue a un procedimento sillogistico, o comunque deduttivo, governato dalla mera logica; iv) che la deduzione dalla norma della decisione giudiziaria presuppone un'operazione e un giudizio di corrispondenza del fatto concreto alla fattispecie astratta definita dalla norma, di sussunzione del primo nella seconda; v) che ne segue la decisione della controversia in conformità al trattamento giuridico prescritto dalla norma; vi) che qualora il giudice non trovi nella legge una norma, nella fattispecie definita dalla quale il caso da decidere sia sussumibile, dovrà giudicare secondo i procedimenti dell'*analogia legis* o, in difetto dei presupposti di questa, dell'*analogia iuris* (i quali nell'ordinamento italiano sono legittimati dall'art. 12, comma 2, delle disposizioni sulla legge in generale).

In tal modo sarebbe assicurata la "certezza del diritto", la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, grazie al rigore logico di procedimenti deduttivi; e si manifesterebbe la "completezza" dell'ordinamento, grazie al procedimento analogico, che consentirebbe di colmare le inevitabili lacune della legge utilizzando, peraltro, precostituite risorse normative dell'ordinamento, e scongiurando così l'eventualità che il giudizio individuale pratico possa essere formato mediante l'adozione da parte del giudice di criteri di giudizio non predeterminati dalla legge. Il ruolo del giudice e la sua decisione, pertanto, sarebbero meramente applicativi della legge, non implicherebbero autonomia rispetto a essa, con conseguenze pratiche necessitate, imposte dai canoni della logica. Valori e principi non rispecchiati nella legge positiva, da questa non espressi o comunque recepiti o da essa ricavabili, non potrebbero essere assunti a fondamento delle decisioni giudiziarie.

3. È ormai generalmente riconosciuto che tali dogmi sono, quantomeno in larga parte, sfatati da un'analisi critica e realistica delle operazioni intellettuali, e dei discorsi motivazionali, nei quali si articolano, rispettivamente, il procedimento di formazione e la motivazione delle decisioni giudiziarie. I segmenti di tale procedimento e della sua esternazione che possono avvalersi dell'attendibilità che discende dal rigore logico di ragionamenti deduttivi corrispondono, infatti, a «un campo molto circoscritto»⁽³⁾, mentre il procedimento di cosiddetta applicazione della legge necessariamente si articola, nella sua interezza, anche in una serie di operazioni valutative che implicano significativi margini di discrezionalità del giudice ed escludono quindi che il complessivo percorso intellettuale volto alla formazione del giudizio individuale pratico e il relativo discorso motivazionale siano governati dalla mera logica deduttiva e abbiano il carattere "stringente" proprio di questa⁽⁴⁾.

In primo luogo, la premessa normativa, dalla quale – unitamente alla premessa costituita dalla ricognizione dei fatti – si deduce la conclusione risolutiva della controversia, è determinata in virtù dell'interpretazione dell'enunciato di una data disposizione. Tale attività peraltro non consiste nella mera ricognizione di un supposto significato, proprio e "vero", del testo, bensì nell'attribuzione a quest'ultimo del senso prescelto dall'interprete, tra più possibili significati⁽⁵⁾, mediante un «atto di volontà, non di conoscenza»⁽⁶⁾; e tale operazione è affidata a giustificazioni motivazionali che non hanno per se stesse una struttura logico-deduttiva, come tale "stringente", ma consistono

in argomenti persuasivi, come tali "non stringenti"⁽⁷⁾. E, qualora nella fattispecie compaiano termini tecnico-giuridici qualificatori (in particolare di situazioni giuridiche come "obbligazione"), con l'interpretazione interferiscono anche "dottrine" (v. *infra*), spesso controverse e mobili, che ne prospettano significati.

Pertanto, il procedimento deduttivo muove dalla premessa normativa, che è in tal senso "interna" allo stesso, ma essa è posta in virtù di ragionamenti "esterni" a tale procedimento, i quali non hanno carattere deduttivo e approdano a una scelta del giudice, nell'esercizio di una inevitabile discrezionalità valutativa⁽⁸⁾.

Ovviamente, ha del pari carattere valutativo e non logico-deduttivo il prudente apprezzamento del giudice (art. 116, comma 1, c.p.c.) volto all'accertamento dei fatti rilevanti, alla stregua dalle prove legalmente assunte, che costituisce anch'esso premessa del ragionamento deduttivo che conduce alla decisione della controversia.

Ma il completamento delle premesse di tale ragionamento richiede un'operazione e una giustificazione motivazionale ulteriori: all'accertamento dei fatti "nudi" deve far seguito una qualificazione giuridica dei medesimi, alla stregua della norma rilevante risultante dall'interpretazione, onde poter sussumere i fatti qualificati nella classe inerente alla fattispecie astratta nella medesima norma contemplata. Si tratta di una delicata operazione anch'essa caratterizzata da valutazioni, che trascorrono dal piano fattuale a quello normativo, e, come si è detto, a loro volta non riducibili a procedimenti deduttivi, in cui, invece, i dogmi del tradizionale positivismo giuridico tendevano a includerle.

Occorre inoltre considerare il fenomeno delle cosiddette "dottrine" (si pensi, per esempio, a quelle della presupposizione, della causa concreta, del contatto sociale qualificato e della obbligazione senza prestazione, e così via secondo una serie innumerevole) e in genere di discorsi dogmatici. Essi consistono in elaborazioni intellettuali e discorsi giuridici che muovono dall'interpretazione sistematica di norme e che compongono, riguardo a determinati temi e questioni, insiemi di nozioni, concetti, argomentazioni, che costituiscono "costruzioni" – termine che designa sia l'attività produttiva che il suo prodotto – le quali rappresentano e razionalizzano una trama di norme e principi secondo una sintesi concettuale e proposizioni che in certa misura li trascendono; e sfociano nella deduzione dalle costruzioni di regole ulteriori rispetto a quelle espresse negli enunciati normativi. Tali operazioni, i cui frutti sono stati spesso recepiti dalla giurisprudenza, non consistono dunque in mere deduzioni logiche da norme, ma implicano complessi ragionamenti, in larga parte induttivi, che, oltre a scontare il carattere valutativo dell'interpretazione, comportano scelte ulteriori, a loro volta valutative, spesso orientate nel senso della evoluzione del diritto. Dottrine con tali caratteristiche furono formulate e si affermarono già nei secoli del diritto comune, allo specifico scopo di adeguare il diritto romano tramandato dalla compilazione giustiniana alle mutate condizioni sociali ed economiche; e il metodo dogmatico-costruttivo è stato ordinariamente praticato nell'ambito della stessa cultura del positivismo giuridico, peraltro sostanzialmente comportando la produzione di nuovo diritto, e in realtà esorbitando dai canoni implicati dal dogma di rigorosa deduzione logica da norme della soluzione di questioni e casi.

4. Una considerazione realistica e scevra da pregiudizi dogmatici dei procedimenti intellettuali e dei discorsi giustificativi delle decisioni giudiziali delle controversie inducono dunque a riconoscere che essi sono costellati da momenti valutativi e da argomentazioni meramente persuasive, che determinano le premesse necessarie allo

svolgimento del solo segmento dotato di rigore logico deduttivo volto a desumere, da date premesse, la conclusione del giudizio individuale pratico, il quale peraltro è da quei momenti gravemente condizionato.

Deve trarsene il riconoscimento, del resto ormai generalmente diffuso, della consumazione dei dogmi attinenti alla formazione delle decisioni dei giudici, quali configurati dal positivismo giuridico storico del secolo XIX, trascinati anche in quello seguente e non privo ancor oggi di tardive propaggini⁽⁹⁾. Non si può, infatti, disconoscere una persistente resistenza, nei modi e negli stili usuali di argomentazione delle proposte di decisione perorate dagli avvocati e delle sentenze dei giudici, di forme di ragionamento che sembrano muovere da presupposizioni corrispondenti o analoghe a quegli stessi dogmi. Infatti, la naturale propensione a rappresentare i propri ragionamenti e discorsi come massimamente dotati di rigore e le conclusioni come dotate di evidenza induce a perpetuare un antico costume espressivo.

Questa certa inerzia della pratica non consente però di sfuggire all'analisi realistica, nel senso illustrato, delle operazioni intellettuali e delle giustificazioni motivazionali delle decisioni giudiziarie; né vale a contrastare il riconoscimento, sul piano delle affermazioni di principio da parte dei giuristi e da parte della stessa giurisprudenza, segnatamente della Cassazione, dell'esaurimento delle fortune dei dogmi del positivismo storico.

5. Non è peraltro travolta, in tale destino storico, la presupposizione del necessario fondamento dei giudizi individuali pratici su dati positivi, su preesistenti criteri di decisione legittimamente predeterminati, "posti" dagli organi deputati secondo le investiture e le procedure stabilite dall'ordinamento, ai quali i giudici devono uniformarsi.

Pur nell'ambito di un dibattito teorico, i cui termini spesso si riassumono, e indugiano, nelle formule – invero equivoche – che affermano o negano il carattere creativo dell'attività giurisdizionale, appare generalmente diffusa l'opinione che «negli ordinamenti giuridici moderni, l'attività giurisdizionale è retta dal principio di legalità», in virtù del quale «ogni decisione giurisdizionale deve essere fondata su una norma giuridica preesistente»⁽¹⁰⁾; che «nel novero dei connotati tipici della sfera giuridica [...] rientra che le decisioni giuridiche siano giustificate o giustificabili razionalmente», siano cioè assunte «secondo diritto»: secondo una regola «precostituita al procedimento giustificativo» o «ricavata nel corso del procedimento stesso da un dato precostituito ad esso»⁽¹¹⁾.

Anche chi adotta una terminologia che equipara le espressioni «potere creativo» e «scelta discrezionale» del giudice⁽¹²⁾ e dà conto di opinioni che accreditano l'idea che la decisione possa essere «svincolata da qualunque regola», mette in dubbio che tale visione «possa essere rispettosa dei principi e delle garanzie fondamentali dello Stato moderno»⁽¹³⁾; e, nell'illustrare i fattori che, come si è sopra evidenziato, mettono in crisi il «modello tradizionale del giudice che applica un diritto semplice, chiaro e coerente», soggiunge che «non si può dire che siano stati eliminati dalla cultura giuridica occidentale i postulati fondamentali dello Stato di diritto e i principi di legalità e di eguaglianza nell'amministrazione della giustizia»⁽¹⁴⁾; e sottolinea l'esigenza che sia assicurata «la congruenza sistematica dei fondamenti giuridici delle decisioni giudiziarie», la quale può, a seconda degli ordinamenti, manifestarsi come «congruenza rispetto a norme» o come «congruenza rispetto a precedenti»⁽¹⁵⁾; per concludere che «proprio nel momento in cui si riconosce la natura creativa del ragionamento decisorio»

(che l'Autore intende nel senso di carattere discrezionale), «emerge con particolare evidenza la necessità – tipica dello Stato di diritto fondato sul principio di legalità – che questa creazione avvenga secondo criteri di razionalità, e sia riconducibile entro il contesto – dinamico finché si vuole, ma non privo di ordine – dell'ordinamento»⁽¹⁶⁾.

Tale principio di positività, che impone ai giudici di fondare le proprie decisioni su dati normativi precostituiti, posti da organi a ciò legittimati dall'ordinamento, e che appare coesistente alla giuridicità, è talmente compenetrato con i valori fondamentali dell'ordine giuridico, e consolidato in una tradizione secolare⁽¹⁷⁾, da non trovarsi enunciato specificamente da norme espresse, ma è palesemente implicato dalla stessa conformazione del sistema normativo e da disposizioni di legge anche costituzionale.

Innanzitutto, il consueto modello di formulazione delle disposizioni di legge, esemplarmente rappresentato dalla gran parte di quelle del codice civile italiano – così come da quelle delle altre codificazioni continentali –, secondo l'articolazione condizionale in una protasi, che determina la fattispecie astratta, e in un apodosi che dispone il relativo trattamento giuridico, manifesta la direttiva che i casi concreti dei quali si ravvisi la corrispondenza con la fattispecie astratta siano decisi con applicazione di regole conformi a quel trattamento giuridico. E una specifica indicazione normativa nel senso del necessario fondamento positivo delle decisioni giudiziarie si trae dall'art. 12, comma 2, delle disposizioni sulla legge in generale, che prescrive che l'integrazione della legge che si riveli lacunosa rispetto alla decisione del caso concreto debba aver luogo, secondo i procedimenti dell'analogia *legis* e *iuris*, dunque mediante risorse normative intrinseche all'ordinamento.

Inoltre, il disposto dell'art. 360, n. 3, c.p.c., che consente l'impugnazione per cassazione «per violazione o falsa applicazione di norme di diritto», presuppone che il giudice di merito sia tenuto a pronunciare la decisione sul fondamento positivo di norme di diritto.

Nel medesimo senso depongono alcune norme della Costituzione: l'art. 101, comma 2, statuendo che «I giudici sono soggetti solo alla legge», implica che tale soggezione vincoli i giudici a decidere sulla base delle norme di legge⁽¹⁸⁾ e quindi dei dati positivi che, direttamente o indirettamente, ne scaturiscono; e tale vincolo è presupposto dal sesto comma dell'art. 111 che, sancendo l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giudiziari, vi aggiunge quello che impone ai giudici di giustificare le proprie decisioni e, quindi, di esternare le ragioni di tale fondamento; la stessa nozione della funzione giurisdizionale di cui all'art. 102 Cost. non pare possa prescindere dalla relazione della stessa con i dati positivi risultanti dall'esplicazione della separata funzione legislativa. E, per quanto possa apparire problematica la limitazione della direttiva di realizzazione del principio di eguaglianza, persino la disposizione dell'art. 3, comma 1, Cost., che lo enuncia, lo ancora al dato positivo: «eguali davanti alla legge».

Nell'ambito di un discorso attinente all'attuazione e applicazione della Costituzione, affrontando la connessa tematica della positività del diritto che deve costituire fondamento delle decisioni giudiziarie, si invoca il principio enunciato dall'art. 101 primo comma Cost., secondo il quale la giurisdizione è «amministrata in nome del popolo», in correlazione con quello di appartenenza al popolo della sovranità, sancito dal secondo comma dell'art. 1, e del principio di democraticità, secondo le forme rappresentative, che pervade la Carta unitamente alla distinzione funzionale tra giurisdizione e legislazione: si impone dunque al giudice di «farsi interprete [...] del diritto positivo»⁽¹⁹⁾. In questo senso, non può essere consentito al giudice di rendersi

direttamente percettore e interprete, di una supposta, invero impalpabile, "coscienza sociale", ponendola a fondamento, davvero precario, di proprie decisioni⁽²⁰⁾.

Da questa trama di norme si ricava un principio generale costituzionale di necessario fondamento positivo delle decisioni giudiziarie – che appare coesistente alla giuridicità – con funzione e carattere conformativi dell'ordinamento, che lo rendono dotato di particolare "durezza".

Anche riguardo all'ordinamento europeo, certezza, legalità e legittimo affidamento sono affermati dalla Corte di giustizia UE come principi generali dell'ordinamento europeo, che implicano, tra l'altro, che l'attività decisoria del giudice sia condizionata da un preesistente dato positivo costituito da norme⁽²¹⁾.

6. Certo il riconoscimento, allo stesso tempo, della positività del diritto e del necessario fondamento positivo delle decisioni giudiziarie, da un lato, e dall'altro dei significativi momenti valutativi, e non logico-deduttivi, della formazione delle decisioni giudiziarie e della loro giustificazione motivazionale determina una problematica tensione tra il vincolo costituito da predeterminate regole positive di giudizio e la discrezionalità insita nelle valutazioni rimesse al giudice, e conseguentemente la difficoltà di individuare e mettere a punto strumenti e criteri di controllo del rispetto del vincolo da parte dei giudici.

In questa tensione risiede la ragione del non sopito dibattito sul carattere creativo o meno delle decisioni giudiziarie delle controversie.

Ritengo, peraltro, si tratti di questione essenzialmente terminologica, dietro la quale deve constatarsi un'amplessima convergenza di opinioni nel senso del riconoscimento dell'insuperabile frontiera della positività, al di là della designazione dell'attività giudiziaria come creativa. E penso debba accordarsi una preferenza di linguaggio a favore del carattere discrezionale di importanti segmenti del procedimento di formazione delle decisioni, piuttosto che della natura creativa dell'opera del giudice di risoluzione delle controversie. Se il significato proprio di "creare" è quello comune di "dare esistenza", di "far nascere dal nulla", non può dirsi che il giudice crei diritto, giacché egli deve muovere da un dato positivo preesistente, consistente nella predeterminazione, da parte di altra fonte legittima, del criterio di giudizio⁽²²⁾. Tuttavia, il processo di concretizzazione è per se stesso, in certo senso, innovativo; e nella formazione delle decisioni giudiziarie il dato positivo è sottoposto a svolgimenti ulteriori che pervengono alla produzione di diritto nuovo, mediante valutazioni da quel dato non predeterminate, e compiute nell'esercizio di attività interpretative e applicative, nonché, secondo il ragionamento analogico, integrative; operazioni tutte che implicano significativi spazi di discrezionalità dei giudici.

Certo possono apparire non nettamente definiti i confini tra tale discrezionalità, che è compatibile con il carattere positivo dei criteri di giudizio predeterminati, e l'arbitrarietà delle decisioni che fossero libere da ogni vincolo imposto dal diritto positivo preesistente alle decisioni delle controversie. Il controllo del rispetto di tale vincolo, nonostante l'esercizio delle discrezionalità rimesse ai giudici, è affidato alla verifica dei contenuti delle decisioni attraverso la giustificazione motivazionale alla quale il giudice è tenuto (art. 111, comma 6, Cost.), nonché ai rimedi processuali impugnatori.

7. L'affermazione della extrastatalità del diritto, e di un fenomeno di "destatalizzazione", è stata addotta a sostegno di una visione che pare implicare il superamento della positività come vincolo all'attività decisoria dei giudici⁽²³⁾, in

correlazione con l'attribuzione di una funzione di guida del loro operato a principi e valori metapositivi (v. *infra* § 9).

La non corrispondenza biunivoca tra stato e diritto è invero fenomeno antico, che per secoli si riscontrava nel diritto comune, in epoche nelle quali la presupposizione mitologica della vigenza attuale del diritto romano, tramandato dalla compilazione giustiniana, in virtù dell'originaria promulgazione imperiale, non aveva più alcun rapporto con le realtà statuali e le sovranità territoriali⁽²⁴⁾. L'idea della pluralità degli ordinamenti giuridici e delle loro possibili interferenze, consolidatasi secoli prima⁽²⁵⁾ delle sue moderne formulazioni, sconta quella della non esclusiva riferibilità dei sistemi giuridici a strutture statuali.

La coattività, come requisito di giuridicità, coesenziale a quello di positività, può ben essere assicurata a un ordinamento non statale da un'organizzazione giudiziaria e da un apparato coercitivo afferente ad altro ordinamento, statale, in virtù della cooperazione prestata dall'uno all'altro.

L'ordinamento dell'Unione europea e il diritto internazionale derivante da trattati non corrispondono a una organizzazione statale propria – pur presupponendo correlate dimensioni statuali – senza che si sia mai potuto dubitare della loro giuridicità e positività⁽²⁶⁾.

Il fenomeno evocato dall'affermazione della extrastatalità del diritto non contraddice, dunque, in alcun modo la positività del diritto e il vincolo che essa comporta per i giudici dei rispettivi ordinamenti.

8. Si è detto che i significativi àmbiti di discrezionalità che le operazioni di formazione e i discorsi di giustificazione delle decisioni giudiziarie riservano al giudice non contraddicono il carattere di positività del diritto che comporta la predeterminazione di criteri di giudizio da parte di fonti normative legittimate dall'ordinamento. Tuttavia tali àmbiti variano sensibilmente in funzione della formulazione degli enunciati positivi e del grado della loro genericità o specificità, nonché dell'eventualità di procedimenti di ricostruzione, dagli enunciati, di precetti inespressi. Si discorre al riguardo di clausole generali, principi, principi generali o fondamentali, tematiche, e connesse problematiche, ben note, sulle quali dunque mi intratterò negli stretti termini funzionali al discorso che sto svolgendo sulle frontiere della positività, nel senso che ho già precisato, specificamente connesso alla formazione del giudizio individuale pratico⁽²⁷⁾.

Come è risaputo, la dottrina, anche nei suoi esponenti più autorevoli – assumendo per lo più a modello esemplare la buona fede e la correttezza –, evidenzia i caratteri delle clausole generali nel senso che, in via di semplificazione, di seguito si indicano: la mancanza, nella formula normativa che le enuncia, di una "fattispecie analitica"; il riferimento del precetto a valori, anziché alla prescrizione di un trattamento giuridico puntuale; la (spesso implicita) attribuzione al giudice di un compito di conseguente determinazione di regole concrete; l'inserimento in un àmbito delineato da altre disposizioni.

Ai vantaggi di elasticità e duttilità in funzione dell'esercizio della discrezionalità dei giudici per la decisione dei casi in relazione alle specifiche circostanze concrete, si correlano i rischi di arbitrarietà e incontrollabilità del loro operato, di precarietà delle previsioni degli esiti giudiziari. Si afferma in proposito l'esigenza di una verifica di «concordanza con i valori riconosciuti dall'ordinamento giuridico»⁽²⁸⁾; il rilievo che le clausole generali operano nel quadro di altre disposizioni di legge, integrandosi in un contesto normativo che regolamenta un dato settore di rapporti, in una trama di norme

formulate secondo la struttura condizionale articolata nella definizione di fattispecie analitiche e nella prescrizione di un trattamento giuridico puntuale, comporta che la stessa funzione determinativa del giudice, nell'attuazione delle clausole generali, non possa prescindere da un vincolo di coerenza con tale contesto (pur se non mancano peraltro opinioni e pronunce giurisprudenziali che tendono ad affrancare il giudizio da tale vincolo).

Più critica si manifesta la relazione tra decisione giudiziaria e principi, principi generali o fondamentali, variamente distinti, classificati e definiti⁽²⁹⁾.

I principi, senza aggettivo, consistono in proposizioni interpretative che si costruiscono nella considerazione di norme che, per l'ampiezza della fattispecie rispetto a quella contemplata da altra norma da interpretarsi, o per la loro più eloquente formulazione riguardo alle sottese ragioni, manifestano una direttiva, a sua volta più ampia, che possa assumersi a *ratio* di quell'altra norma, e alla stregua della quale possa a essa attribuirsi un determinato significato. Essi, dunque, non sono "generali", in quanto non trascendono gli ambiti fissati dalle norme specifiche prese in considerazioni, ed essendo ancorati a disposizioni puntuali non pongono quei particolari problemi di discrezionalità/arbitrarietà che sono invece suscitati dai principi generali.

Per contro questi ultimi⁽³⁰⁾, qualora siano espressi da disposizioni di legge, ordinaria o costituzionale, o dalla normativa europea, hanno in comune con le clausole generali la mancanza, negli enunciati che li esprimono, della definizione di fattispecie analitiche e della prescrizione puntuale di un corrispondente trattamento giuridico⁽³¹⁾, essendo per lo più espressa solo l'affermazione di valori. Peraltro, i principi generali – a differenza delle clausole generali che concernono determinate categorie di rapporti – interessano potenzialmente ambiti di riferimento che, nella loro indefinizione normativa, possono renderli apparentemente fungibili riguardo a qualsiasi conflitto di interessi possa insorgere, per la risoluzione del quale possa apparire appropriato assumerli a fondamento.

È ormai comune il riconoscimento che il ruolo dei principi generali, quali espressioni di valori, non sia confinato nella funzione residuale di integrazione delle lacune, ai sensi del secondo comma dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, ma consista altresì nella funzione di guida all'interpretazione di disposizioni di legge, e anche di autonomo fondamento di decisioni; e sorge allora l'interrogativo se e in che modo il ricorso a principi metta fuori giuoco il riferimento a disposizioni di legge puntuali, e alle norme che risultano dalla loro interpretazione, che pur regolino le materie e i conflitti in relazione ai quali il giudizio venga a essere fondato sui principi.

In effetti, sembra prendere sempre più campo, a scapito del riferimento a disposizioni a fattispecie analitica e a trattamento giuridico puntuale (ma v. *infra* § 10), la considerazione dei valori come contenuti di principi generali; e si denuncia al riguardo, così come rispetto alle clausole generali, la "crisi della fattispecie"⁽³²⁾.

9. Riguardo ai principi generali si pone innanzitutto il problema della frontiera, per così dire "esterna", della positività, che concerne il confine tra valori e principi positivi e valori e principi metapositivi⁽³³⁾. In proposito, il pensiero di Nicolò Lipari, del quale ho prima anticipato alcuni tratti salienti, appare il referente paradigmatico con il quale confrontarsi⁽³⁴⁾.

I caratteri di «mobilità, elasticità e relatività» del diritto e il «superamento delle tradizionali strutture statuali (e – si potrebbe aggiungere – anche sovrastatali)» condurrebbero alla conclusione che «non esiste un ordinamento astratto desumibile

dagli enunciati e rispetto al quale sia consentito compiere operazioni di tipo deduttivo, ma semmai solo un ordinamento concreto verificabile nell'effettività dei comportamenti, delle decisioni, delle convinzioni individuali e collettive»⁽³⁵⁾. Così, «il riferimento ai principî, non più utilizzati come strumento ermeneutico residuale, colloca la vicenda applicativa del diritto nella verticalità di modelli normativi diversi da quelli di enunciati formalmente posti da un potere costituito», riconnettendo il diritto a esigenze di giustizia e di equità⁽³⁶⁾; e il giudice dovrebbe riferirsi «a valori condivisi e praticati entro un contesto generale», a «confini elastici, sempre variabili, non previamente definibili»⁽³⁷⁾, i quali, peraltro, potrebbero esorbitare da ordinamenti positivi statuali e sovranazionali⁽³⁸⁾; ed essi, come «principî a carattere universale», dovrebbero essere assunti a «criterio individuante della stessa dimensione della giuridicità»⁽³⁹⁾.

Tale orientamento, evidentemente, mina il requisito minimo di positività del fondamento delle decisioni giudiziarie, riferibile sia all'ordinamento nazionale, nel quale la stessa funzione giurisdizionale è incardinata, sia a quelli sovranazionali, le cui norme i giudici sono tenuti ad applicare. La stessa dimensione assiologica dell'ordinamento, della quale questo è permeato, ha fondamento positivo, in virtù sia dei principi generali da esso espressi⁽⁴⁰⁾, sia dei valori sottesi alla trama di norme che lo compongono⁽⁴¹⁾.

La sovrapposizione di una assiologia metapositiva che fosse ammessa a interferire con la formazione delle decisioni giudiziarie, oltre a non avere, per definizione, fondamento positivo, e dunque – può ben dirsi – giuridico, scardinerebbe il sistema ordinamentale e il suo quadro costituzionale nel senso già illustrato (v. *supra* § 5).

Le tendenze metapositive sembrano invero suggestionate da considerazioni inerenti ai diritti fondamentali, l'estensione delle quali ad altri principi appare, invero, molto problematica. Ma per gli uni e per gli altri la stessa assunzione di una sconfinata universalità di valori non ha fondamento nell'esperienza, come è evidente sol che si considerino i fattori e i caratteri di diversificazione, e di conflitto, che si manifestano nella società globale e in quelle regionali e nazionali, e che i fenomeni migratori diffondono ed esaltano: multiculturalità, pluralismo ideologico, pluralismo etico, pluralismo religioso connotato da corrispondenti tradizioni e canoni etici, che in alcune culture esorbitano pericolosamente nella sfera giuridica; in genere, dunque, pluralismo valoriale⁽⁴²⁾ la cui trasposizione in ambito giuridico, al di fuori di legittime fonti positive, comporterebbe acute tensioni che non potrebbero non investire anche le opzioni di fondo circa la laicità del diritto⁽⁴³⁾.

In uno scenario pluralistico, l'inevitabile conflittualità di valori, attuale e potenziale, non può essere composta in un ordine giuridico se non in virtù di criteri positivi, prestabiliti da legittime fonti, che filtrino la misura, e determinino l'assunzione, di condivisione collettiva; sia nel senso della prevalenza di alcuni valori rispetto ad altri, che nel senso della salvaguardia di quelli non prevalentemente condivisi, ma meritevoli di protezione unitamente alle minoranze che ne sono portatrici. In questo senso il riferimento alla "coscienza sociale" come una supposta entità conoscibile dal giudice e suscettibile di costituire il fondamento di sue decisioni appare del tutto arbitrario⁽⁴⁴⁾, e privo di ogni base positiva, e neppure realistica.

10. Più delicati, e di meno sicura soluzione, sono i problemi che riguardano quella che potremmo chiamare la "frontiera interna" della positività. Il vincolo dei giudici di conformare le proprie decisioni a criteri di giudizio precostituiti da fonti legittime appare tanto più debole quanto più gli enunciati normativi che li pongono sono vaghi e inespressivi di definite direttive o implicazioni. L'assunzione a fondamento del giudizio

di principi generali enunciati o ricavati induttivamente da norme, assolve sì, in senso formale, il requisito di positività, ma l'ampia libertà dei giudici di attribuire a quei principi contenuti definiti, non testualmente predeterminati, può comportare una sorta di erosione interna del principio di positività nella sua portata sostanziale, con frustrazione delle sue finalità essenziali.

Si è osservato che, consistendo il contenuto dei principi in «obiettivi o valori», e non in «regole», essi sono «punti di partenza ma non esiti del ragionamento giuridico, fattori ma non criteri della soluzione giuridica»⁽⁴⁵⁾; talché ne risulta una «scarsamente controllabile libertà supplementare dell'interprete»⁽⁴⁶⁾, giacché, «data l'indeterminatezza della fattispecie e soprattutto degli effetti, chi usa un principio finisce per essere libero di decidere anzitutto in astratto, e poi conseguentemente anche nel caso concreto, quale debba essere il punto di temperamento» degli interessi⁽⁴⁷⁾. Pertanto, se «non ogni invocazione di principio è manipolazione», «alla manipolazione apre spazio la natura stessa del principio»⁽⁴⁸⁾.

A ben vedere, peraltro, la formazione della decisione di controversie non può comunque consistere nella pura e semplice deduzione della medesima da principi generali per se stessi isolatamente considerati⁽⁴⁹⁾. Questi, infatti, si collocano in un contesto ordinamentale popolato da disposizioni di legge, che continuano quotidianamente, incessantemente, a venire alla luce, per lo più con la loro tradizionale articolazione in fattispecie generali e astratte e trattamento giuridico puntuale, in tal modo riducendo la portata effettiva della denunciata "crisi della fattispecie". La vastità della proiezione dei principi, proporzionale all'elevatezza della loro generalità, investe necessariamente campi occupati da disposizioni di legge puntuali. Ecco allora che l'individuazione dello spazio dei principi nell'ambito dell'ordinamento e la determinazione delle loro implicazioni pratiche non può non misurarsi con altri precetti enunciati nelle leggi. E ciò vale anche per quei principi che sono fortificati dalla loro appartenenza alla Carta costituzionale (v. *infra* § 13), i quali non furono certo concepiti come se fossero destinati a operare in un circostante deserto normativo.

La stessa assunzione di una funzione e di potenzialità normative dei principi generali, distinte da quelle analogiche, che sono subordinate alla ricognizione di lacune della legge, postula necessariamente – direi per definizione – la loro incidenza su conflitti di interesse già regolati da norme puntuali ("precise", secondo l'espressione della disposizione sull'analogia), e quindi postula la necessaria interferenza, interpretativa e applicativa, tra tali norme e i principi generali; la contraria assunzione di un "campo libero" di operatività di questi ultimi relegherebbe nuovamente la loro operatività nell'ambito dell'*analogia iuris*.

Un'autonoma forza normativa dei principi, non mediata da un'interpretazione e un'applicazione correlata con norme puntuali, sembra astrattamente concepibile soltanto nell'ipotesi di antinomia tra i rispettivi precetti e di un ordine gerarchico tra le rispettive fonti; così, nel caso di principi costituzionali, il contrasto che conduca all'espunzione delle norme ordinarie dall'ordinamento potrà comportare l'assoggettamento dei relativi conflitti di interesse al principio generale (ma v. *infra* § 13).

11. Il diffuso riconoscimento di una corrispondenza tra principi generali e valori può far sorgere il pregiudizio che essi detengano una sorta di monopolio assiologico nell'ambito dell'ordinamento, e il conseguente pregiudizio di una superiorità degli stessi rispetto alle norme comuni. Ma anche le disposizioni a fattispecie analitica e trattamento giuridico puntuale, secondo i significati a esse attribuiti dall'interprete, sottendono

valori, implicati dalle *rationes* sulle quali i precetti si fondano. Considerazioni funzionalistiche, teleologiche, contemplazione degli interessi in giuoco, necessariamente intrinseche alla formazione delle disposizioni di legge e alla loro interpretazione, non sono disgiunte da una dimensione assiologica, quale che sia il grado della loro generalità.

I principi (per es.: causalistico, apparenza, libertà di forma e così via) che si ricavano induttivamente da una serie di norme, come più vaste direttive di cui si assume che esse siano espressione, necessariamente contengono quegli stessi valori a quelle norme sottesi. Ma neanche i principi (ad es.: correttezza, buona fede, eguaglianza, ragionevolezza, proporzionalità, divieto di abuso del diritto) che sono il frutto di più elevate generalizzazioni, siano o meno enunciati in disposizioni di legge – e neppure quelli di cui si supponga e si legittimi un fondamento meta positivo –, possono assumersi come del tutto avulsi da una più estesa trama valoriale dell'ordinamento; e, in tal senso, essi si pongono in relazione (di coerenza o di antagonismo o di composizione) con i valori sottesi ad altre norme, diversamente conformate. La prospettiva assiologica non è dunque monopolio dei principi generali, i quali, invece, devono porsi in relazione con una più complessa e articolata assiologia diffusa nell'ordinamento, non monoliticamente omogenea.

Pertanto, un modello di decisione imperniato su principi generali non sembra potersi esaurire in un procedimento consistente nella ricognizione e assunzione del principio, nell'attribuzione allo stesso di contenuti da parte dell'interprete, nella conseguente deduzione della regola del caso. In un procedimento siffatto, del tutto avulso dalla considerazione del contesto ordinamentale e della stessa sottesa trama valoriale, la distanza che separa i principi dai casi concreti, senza la mediazione del riferimento ad altre norme a fattispecie analitica e trattamento giuridico puntuale, agevolerebbe la più sregolata esplicazione della libertà degli interpreti e dei giudici, rendendo più ardua e meno controllabile la costruzione di una rigorosa e razionale giustificazione argomentativa, con i rischi che sono stati paventati (v. *supra* § 10 e *infra* § 13).

Anche nell'ambito di una concezione incline alla massima valorizzazione dei principi generali nell'interpretazione giuridica, si riconosce: «Che regole e principi siano distinti non significa che siano separati», e si afferma che «la loro interpretazione, quindi la loro applicazione, esige la ricerca della loro reciproca coerenza»⁽⁵⁰⁾, giacché «essi si completano a vicenda»⁽⁵¹⁾.

12. L'interazione tra principi generali e altre norme, e anche tra diversi principi generali, è inevitabilmente attraversata da potenziali tensioni e conflitti e impone quindi la ricerca di criteri di composizione⁽⁵²⁾ (come è ben noto, anche riguardo alla relazione tra principi, segnatamente tra quelli costituzionali, è accreditata la dottrina del "bilanciamento", sulla quale non occorre, e non sarebbe possibile, qui intrattenersi).

Tralasciando il criterio della successione temporale tra le fonti dei precetti, può dirsi, in senso molto generale, che, per risolvere o scongiurare un conflitto tra differenti direttive può assumersi un criterio gerarchico solo se questo corrisponda e consegua all'ordine gerarchico che sussista tra le diverse fonti dalle quali le direttive rispettivamente promanano (ipotesi sulla quale mi intratterò nel § 13). Qualora, invece, esse siano espresse da una stessa fonte, o da fonti pari-ordinate, la composizione dovrà essere ricercata nell'interpretazione correlata dei principi e delle norme rilevanti, con il ricorso ai consueti canoni ermeneutici e con i relativi spazi di discrezionalità dell'interprete.

Peraltro, sia con riguardo all'ambito di tale interpretazione che per l'ipotesi di insuccesso del tentativo di composizione interpretativa, ci si deve interrogare sull'operatività di criteri che tengano conto del diverso grado di generalità/specificità che caratterizzano i principi e le norme puntuali, tra i quali il conflitto intercorra.

Nell'ambito di tale operazione, non potrà risolversi, o scongiurarsi, l'antinomia attribuendo prevalenza alla maggiore generalità di un'indicazione normativa rispetto ad altre: il più elevato grado di generalità non implica in alcun modo una primazia. Al contrario, esso comporta la maggior debolezza dei principi, in ragione della loro connaturale vaghezza e genericità, rispetto a più puntuali e "precise" disposizioni (secondo il linguaggio dell'art. 12, comma 2, delle disposizioni sulla legge in generale)⁽⁵³⁾. In effetti, si riconosce comunemente che il cosiddetto principio di specialità ("*lex specialis derogat legi generali*") è tradizionalmente «di largo impiego in dottrina e giurisprudenza»⁽⁵⁴⁾; e non si vede ragione per cui non debba operare riguardo al conflitto tra principi generali e norme puntuali.

Se si afferma che «Tale criterio non è prescritto in generale da alcuna norma positiva»⁽⁵⁵⁾, non si manca di fare riferimento a indicazioni normative di cui si assume l'applicabilità in via analogica⁽⁵⁶⁾. La più significativa appare quella che si desume dall'art. 12, comma, 2 delle disposizioni sulla legge in generale, che subordina il ricorso all'analogia *iuris* all'insuccesso dell'analogia *legis*, esprimendo così una direttiva di priorità, che implica prevalenza, di norme speciali rispetto a principi generali. Infine, lo stesso principio di positività sembra implicare una maggior "durezza" delle norme puntuali, che comporta una maggior consistenza del vincolo del giudice rispetto al dato positivo in funzione della "precisione" di quest'ultimo.

Peraltro, se può assumersi una tendenziale cedevolezza dei principi generali rispetto a disposizioni speciali di fonti di pari grado gerarchico, non può trarsene una direttiva sicura di incondizionata applicazione delle seconde; ciò per la possibile interferenza di una pluralità di variabili che possono assumere rilievo interpretativo, come, per esempio, l'esistenza di una pluralità di norme puntuali rilevanti, alcune delle quali fortifichino il principio generale, in particolare quando questo è da quelle ricavato. È stato autorevolmente osservato che la stessa «nozione di specialità è imprecisa e relativa, e diverse ragioni di specialità possono confliggere tra loro»⁽⁵⁷⁾. Il criterio di specialità è dunque un elemento, non sempre decisivo, ma del quale l'interprete e il giudice devono tener conto nell'ambito del prudente apprezzamento che caratterizza la complessiva operazione interpretativa.

13. Qualora il principio generale sia espresso da una fonte gerarchicamente superiore rispetto a quella ordinaria da cui la norma puntuale è posta, entrerà in gioco il criterio gerarchico che attribuisce primazia al principio in ragione della sua fonte, come nel caso in cui questo sia enunciato da norme costituzionali o di diritto primario europeo alle condizioni da questo stabilite. Non è questa la sede per addentrarsi nelle regole, del resto ben note, secondo le quali il conflitto deve essere risolto e sono attribuite le relative competenze giurisdizionali, ripartite tra giudice nazionale comune, Corte Costituzionale, Corte di giustizia dell'UE. Mi limiterò pertanto ad alcune considerazioni di massima che in primo luogo attengono, ancora una volta, all'articolazione tra generalità e specialità.

Anche nell'ipotesi di direttive differenti che promanano da fonti gerarchicamente ordinate, occorre comunque una preliminare ricerca interpretativa al fine di verificare la possibilità di un'eventuale loro composizione secondo coerenza. Infatti, come già si è avvertito, anche il principio sovraordinato è soggetto a un'interpretazione sistematica

che tenga conto del contesto ordinamentale di cui fa parte la norma sotto-ordinata e nell'ambito del quale lo stesso principio è volto a operare⁽⁵⁸⁾. E non può escludersi che l'applicazione del criterio gerarchico debba misurarsi con l'interferenza di indicazioni derivanti dalla considerazione del criterio di specialità; e che l'interpretazione e l'attuazione dei principi generali debba misurarsi con le indicazioni espresse da norme puntuali.

L'interpretazione dei principi generali concerne essenzialmente la determinazione dei loro contenuti, che sono indefiniti negli enunciati che li pongono; e tale determinazione inesorabilmente si risolve in un'operazione genuinamente integrativa, dovendo sopperire a quella sorta di lacuna interna agli stessi principi conseguente alla loro naturale vaghezza. Affinché questi procedimenti non siano del tutto arbitrari, come è paventato dalla dottrina (v. *supra* § 10), essi devono essere volti alla concretizzazione dei principi, la quale a sua volta necessariamente richiede la considerazione della realtà sociale ed economica che occorre disciplinare. E a questa realtà sono ben più prossime le norme puntuali, proprio grazie a quelle fattispecie analitiche – delle quali pur si denuncia la crisi (v. *supra* § 8) – che le caratterizzano e che sono, in virtù di secolare consolidata esperienza, astratta formalizzazione normativa di quella realtà.

La varietà dei conflitti di interesse che possono insorgere nei diversi ambiti di rapporti e la varietà di *rationes* che possono orientare la loro disciplina hanno da sempre determinato la costruzione di regimi complessi, articolati e calibrati in funzione di queste variabili (si pensi a quello generale dei contratti e delle obbligazioni). L'interpretazione del principio e delle norme puntuali al fine della valutazione di compatibilità e, in caso positivo, della ricostruzione della disciplina che ne risulta, deve dunque svolgersi mediante la concretizzazione del principio e quindi della prefigurazione delle sue implicazioni regolative alla stregua del modello strutturale delle norme puntuali e del contesto ordinamentale. Sarebbe del tutto sterile un diverso procedimento che muovesse dalla declamazione retorica dei valori implicati dal principio, mantenuta allo stesso livello di astrattezza dell'enunciato, dalla quale direttamente desumere conclusioni circa la risoluzione di questioni di disciplina e la decisione di controversie, anziché rapportarsi alla concreta realtà economica e sociale che nelle norme puntuali è rispecchiata e che lo stesso principio è destinato a regolare.

Al fine di valutare la contrarietà o meno a principi generali costituzionali di una norma puntuale, occorrerà innanzitutto identificare i termini giuridico-fattuali della controversia. Si ricorre al riguardo a quel procedimento noto come "costituzione del caso giuridico", cioè della fattispecie concreta quale caso giuridico⁽⁵⁹⁾, che non concerne soltanto i nudi fatti allegati dalle parti, ma anche la qualificazione degli stessi alla stregua delle pretese contrapposte e del dedotto fondamento giuridico delle stesse; si tratta di un'operazione che trascorre, vicendevolmente, dalla considerazione dei fatti allegati a quella del trattamento giuridico invocato e, quindi, alle norme di riferimento.

Alla luce di tale operazione e dell'individuazione delle norme puntuali e del principio rilevante, dovrà procedersi alla loro interpretazione, e alla concretizzazione del principio, nel senso già illustrato, al fine di verificarne la conciliabilità e, in caso positivo, la soluzione interpretativa conciliativa⁽⁶⁰⁾.

Nel caso in cui si manifestino momenti di contrasto del regime stabilito da norme ordinarie con un principio generale costituzionale, senza che appaia plausibile un'interpretazione conciliativa, il giudice investito della controversia dovrà rimettere la questione di costituzionalità alla Corte e, ove ne segua la dichiarazione di

incostituzionalità di norme puntuali ordinarie, creandosi una lacuna, si imporrà un'operazione integrativa che consisterà nella determinazione del trattamento giuridico che dovrà sostituirsi a quello espunto per effetto di tale dichiarazione⁽⁶¹⁾; e tale integrazione dovrà necessariamente esplicitarsi mediante la formulazione di una nuova norma puntuale, come tale idonea a costituire il dato positivo sulla base del quale possano essere formate decisioni giudiziarie. In tal caso, la formazione della nuova regola, destinata inserirsi nel contesto normativo preesistente, dovrà, da un lato, assumere a modello strutturale la norma puntuale dichiarata incostituzionale e, dall'altro, avere un contenuto tale da potersi combinare in modo compatibile e coerente con le altre preesistenti norme puntuali non interessate dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Infine, può prospettarsi l'ipotesi che possa ravvisarsi un'operatività diretta di implicazioni di principi costituzionali, la cui concretizzazione, al fine della soluzione della controversia, possa essere consentita dalla connessione con l'operatività di norme puntuali preesistenti, indipendentemente dalla dichiarazione costituzionale di alcuna di esse. Così, la Corte Costituzionale ha ritenuto di escludere l'ammissibilità della rimessione di una questione di costituzionalità, indicando al giudice rimettente la via di un'applicazione diretta del principio costituzionale in virtù della correlazione con norme comuni⁽⁶²⁾.

Peraltro, la costruzione di una diretta regolamentazione dei rapporti in virtù dell'applicazione di un principio generale enunciato da una fonte sovraordinata richiede particolare cautela. Vi è infatti il rischio che, pur senza passare da dichiarazioni di incostituzionalità e da sentenze sostitutive o additive della Corte, ne risulti sconvolto un esteso regime di rapporti, dettato da un risalente corpo di norme puntuali e collaudato da una consolidata esperienza, arricchita da affinati orientamenti giurisprudenziali, e che debba configurarsi un nuovo regime complessivo sostitutivo fondato sulle labili indicazioni di un principio di somma astrattezza. Si pensi, riguardo all'affermazione che con il principio di solidarietà enunciato dall'art. 2 Cost. potrebbe contrastare «un regolamento» contrattuale «degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte»⁽⁶³⁾, alle conseguenze di riscrittura complessiva del diritto contrattuale che potrebbero derivarne, ma che l'assennatezza della giurisprudenza ha fino a oggi scongiurato.

Alla luce delle svolte considerazioni, può dunque delinearci un presidio della positività, costituito dalla mediazione di norme puntuali, sulla "frontiera interna" che la vede esposta ai rischi connessi all'operatività di principi costituzionali rispetto alla decisione delle controversie.

Riguardo a queste tematiche, appare significativo il regime di diritto europeo relativo alla soluzione dei contrasti tra il medesimo e il diritto nazionale degli Stati membri. Come è ben noto, i principi generali del diritto UE possono applicarsi anche nei rapporti tra privati, quindi con effetti diretti nei confronti dei consociati, e quindi anche con l'effetto di disapplicazione da parte dei giudici nazionali del diritto interno contrastante, a condizione peraltro e nella misura in cui *i*) si tratti di materie regolate dal diritto dell'Unione, e *ii*) le norme UE, anche primarie e anche i principi generali, esprimano precetti chiari, precisi e incondizionati. Con particolare riguardo ai principi generali, si riconosce che essi, qualora non siano enunciati in conformità ai suddetti requisiti⁽⁶⁴⁾, ripetono i caratteri agli stessi conformi, in particolare quello di precisione,

dal collegamento con norme di diritto secondario che ne costituiscono attuazione, a ragione della loro specificità⁽⁶⁵⁾.

Dal diritto UE si trae dunque una chiara conferma di un requisito di positività, quale appare essere quello del carattere preciso, che concerne i principi generali e la loro pratica attuazione e che condiziona la loro prevalenza su norme puntuali in virtù del criterio gerarchico di soluzione, o prevenzione, delle antinomie e del vincolo di disapplicazione da parte del giudice nazionale di norme sovraordinate dell'UE.

14. Sorgono a questo punto naturali interrogativi ulteriori che concernono la posizione e il ruolo delle decisioni giudiziarie e, in senso più complessivo, della giurisprudenza, nello svolgimento del dato positivo preesistente; ma posso qui soltanto limitarmi a qualche enunciazione di interrogativi e a qualche considerazione.

Il riferimento, invero un po' abusato, al cosiddetto diritto vivente⁽⁶⁶⁾; la critica, non priva di fondamento, del normativismo; la prospettiva giusevoluzionistica; e soprattutto l'affermazione secondo la quale il diritto tenderebbe a risolversi e a consistere nell'interpretazione e nell'applicazione da parte della categoria degli interpreti professionali e, in ultima analisi, dei giudici⁽⁶⁷⁾; sono tutti assunti che concorrono a rendere problematico, se non a dissolvere, lo stesso principio di positività, inteso nel senso del vincolo dei giudici a fondare le proprie decisioni su criteri predeterminati da altre fonti legittimate dall'ordinamento.

Certo, una visione disincantata e realistica non può disconoscere il ruolo produttivo di diritto delle decisioni giudiziarie e della giurisprudenza, che si svolge secondo un circuito – al quale non è estranea l'opera della dottrina – che approda alla funzione nomofilattica della Cassazione, nei limiti, peraltro, in cui gli stessi orientamenti consolidati sono suscettibili di subire *revirements*, non infrequenti⁽⁶⁸⁾, consentendo così una proficua evolutività.

Ma, se davvero il diritto consiste essenzialmente nell'interpretazione e nell'applicazione da parte dei giudici, ci si deve domandare: interpretazione di cosa? applicazione di cosa? Se il diritto "vive" nelle decisioni giudiziarie e nella giurisprudenza, da cosa nasce? Si produce forse per una sorta di processo di partenogenesi?

Io credo che, come appare dalle svolte considerazioni, in virtù del principio costituzionale di positività (v. *supra* § 5) le decisioni giudiziarie debbano fondarsi su dati positivi preesistenti, precostituiti da norme, pur se esse svolgono tali dati in un processo ulteriore di formazione di diritto, che vede i giudici attivamente partecipi, avvalendosi di significativi spazi di discrezionalità (v. *supra* §§ 3 e 4). I giudici contribuiscono a "fare diritto", ma il loro operato muove da norme da essi non poste e che essi devono presupporre.

Certo tale attività giudiziaria produttiva di nuovo diritto è caratterizzata da fasi di autonomia discrezionale, e ciò indebolisce il vincolo di fedeltà al dato positivo. Ma il processo di decisione e la giustificazione motivazionale dovranno necessariamente muovere da quel dato e l'inosservanza di questo vincolo sarà soggetta ai rimedi impugnatori della sentenza. E ciò, del resto, contribuisce a rendere le decisioni persuasive, a far sì che esse meglio resistano alle impugnazioni e che possano formarsi orientamenti giurisprudenziali più saldi.

In questo senso, deve riconoscersi che lo stesso approccio giusrealistico non contrasta, ma anzi concorda con il principio di positività. E deve convenirsi che il giusrealismo non è alieno da positivismo in senso moderno; anzi, come è stato recentemente affermato⁽⁶⁹⁾, il realismo giuridico «è una concezione apertamente

positivistica del diritto. A dire il vero non tutti i giuristi positivisti sono realisti, ma tutti i realisti sono positivisti ("duri")».

(1) E la natura e i limiti di questo scritto non consentono di dar conto della sterminata letteratura in argomento e delle sentenze che variamente si riferiscono ai temi evocati dalle formule che ho elencato. Mi limiterò quindi a qualche riferimento essenziale rispetto allo svolgimento del discorso.

(2) Non mi soffermerò quindi su altri aspetti del positivismo storico e di quello contemporaneo, nelle loro implicazioni teoriche, metodologiche e ideologiche.

(3) TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980, 81.

(4) GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, 112.

(5) V. per tutti TARELLO, op. cit., 63 ss.

(6) GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., 128.

(7) GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., 126.

(8) V. ancora GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., 123 ss. Su questi temi v. anche TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1, 11 ss.

(9) Per una contrapposizione del positivismo storico a un positivismo contemporaneo, v. di recente GUASTINI, *Realismo e positivismo*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2024, 2, 389 ss.

(10) GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., 120.

(11) GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Utet 1987, 321, secondo una formulazione che vuole abbracciare anche i sistemi fondati sulla vincolatività del precedente giudiziario.

(12) TARUFFO, op. cit., 12

(13) TARUFFO, op. cit., 17.

(14) TARUFFO, op. cit., 19.

(15) TARUFFO, op. cit., 25.

(16) TARUFFO, op. cit., 30. E v. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 1-2, 144-151.

(17) Già con riguardo all'era del diritto comune – prima che i dogmi del positivismo giuridico si formassero in correlazione con i processi di codificazione, e in reazione all'ideologia del giusnaturalismo giuridico – non si è mancato di ravvisare l'adesione a un principio di legalità; pur segnalandosi lo sforzo dei giuristi di adattare le *leges* tramandate dal *corpus iuris* alle mutate condizioni sociali ed economiche, mediante una *interpretatio* nella quale si manifestava un'attività genuinamente produttiva di diritto, e alla quale da alcuni si attribuisce carattere creativo; e nonostante la tensione tra *interpretatio* e *lex* e la rilevanza dell'*aequitas naturalis*, nella sua problematica inerenza (o meno) alla trama dei testi (nell'alternativa tra *aequitas scripta* e *non scripta*); in argomento v. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Jovene, 1976, 44, 64 e 69 ss., 140 ss., 249 ss.; NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, Cedam, 1955, 322 ss.; PETRONIO, *L'analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i codici giusnaturalistici*, in STORTI (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici*, Jovene, 2010, 189 ss., 196 ss., 200 ss.

(18) PAGLIANTINI e PARDOLESI, *Ascensione e caduta del creativismo interpretativo: vizi e virtù della clausola penale, di un Titano libero*, *Introduzione a Frammenti di un diritto civile in movimento – Sentenze scelte per un anno*, La Tribuna, 2024, 7 ss.; LIBERTINI, op. cit., 144, che richiama anche l'art. 54 Cost. E v., con riferimento ai principi e ai valori, G. PERLINGIERI, *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, 8 ss. e 14 ss.

(19) LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2013, 1, <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/massimo-luciani/dottrina-del-moto-delle-costituzioni-e-vicende-della-costituzione-repubblicana>, 9 s.

(20) LUCIANI, op. cit.; sugli usi del sintagma e sugli interrogativi che suscita v. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 2023, 89 ss.; e v. GUASTINI, *Realismo e positivismo*, cit., 399 ss., il quale vede nella formula della "coscienza sociale" il segno di una forma di giusnaturalismo, la contrapposizione al quale è un elemento distintivo del positivismo contemporaneo, nel suo sostanziale apparentamento al realismo giuridico.

(21) DE PASQUALE, *Il principio della certezza del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2023, 2, 407 ss., ove si trova anche una diffusa rassegna della giurisprudenza in materia della Corte di giustizia.

(22) CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 4, rileva che, quando «la soluzione del caso concreto non trova altro fondamento che in se stessa», «si perde l'alterità tradizionale tra legislazione e giurisdizione, nella totale autoreferenzialità in cui quest'ultima finisce con il cadere».

(23) LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1, 1 ss., ora in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, 59 ss., dal quale cito. Tale visione, che muove dalla considerazione dei diritti fondamentali, ma non si limita a essa, predica il «riferimento a principi di carattere universale assunti a criterio individuante della stessa dimensione della giuridicità» (72); l'orizzonte di quest'ultima si starebbe «progressivamente allargando» e non sarebbe «più possibile individuarne i confini in funzione di un criterio previo che, indipendentemente dai contenuti, definisca un ambito territoriale» (71); il giudice, pur dovendo «prendere le mosse da una ipotesi testuale», dovrebbe riferirsi a «un contesto generale e diffuso, al di là di ogni ambito nazionale», e anche, a quanto sembra di capire, ordinamentale sovranazionale, «di valori e principi» (74); affermandosi il superamento dell'analogia come strumento per colmare le lacune

della legislazione, e prospettandosi una «intuizione analogica», si asserisce che la decisione deve assumere «criteri di valore condivisi e praticati entro un contesto generale che il giudice riconosce non dissimile da quello sul quale è chiamato a giudicare» (75); si evoca dunque un quadro non solo extrastatuale ed extra legislativo, ma anche metapositivo, apparentemente affidando agli stessi giudici la realizzazione di un processo di positivizzazione.

⁽²⁴⁾ In una preziosa nota, che sembra giustificare la sua complessiva sistemazione, SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, Utet, 1886, 33, nt. (a), giudica che sia «una falsa idea, che col venir meno di una sovranità politica debba perire tutto ciò che si è formato per essa e sotto la sua influenza».

⁽²⁵⁾ Basti pensare ai rapporti tra diritto comune e gli statuti locali e a quelli tra il primo e il diritto canonico.

⁽²⁶⁾ Per una visione che assume l'unità ordinamentale, nonostante i diversi livelli, nazionale e sovranazionale, di fonti del diritto, nella prospettiva di un'ermeneutica anch'essa unitaria, secondo un'unica assiologia del sistema, v. P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 317 ss.

⁽²⁷⁾ La letteratura in proposito è copiosa, e del resto ben nota, e non è qui possibile né utile darne conto. La complessità dei problemi di distinzione e relazione tra clausole generali e principi generali è ben rappresentata da PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Utet, 2015, 43-77 e da FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 17-77.

⁽²⁸⁾ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA. VV., *Il principio di buona fede*, Giuffrè, 1987, 17 ss.; e v. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. del dir.*, 1988, 4, 635 ss.; D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, IV, 2, 2004, 7 ss.

⁽²⁹⁾ Sulle classificazioni e varietà dei principi e delle loro funzioni v. almeno ALPA, op. cit., 11 ss.; GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., 205 ss.

⁽³⁰⁾ Oltre a quelli di buona fede e correttezza – nella loro valenza, riconosciuta dalla giurisprudenza, di principi oltre che di clausole generali –, il divieto, a essi connesso, di abuso del diritto, la solidarietà, l'eguaglianza, la proporzionalità, il rispetto del legittimo affidamento, la ragionevolezza, la stessa legalità e la certezza del diritto, e così via.

⁽³¹⁾ IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 36 ss.

⁽³²⁾ Mi limito a richiamare IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., 41 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, 36 ss.; LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 2, 1123 ss.; ma v. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, 245 ss.; e CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 11 e 29 ss.

⁽³³⁾ Non occorre soffermarsi sulle vicende ben note che portarono alla formulazione del secondo comma dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, nel senso dell'affermazione del carattere positivo dei principi, mediante la precisazione «dell'ordinamento giuridico dello Stato» (v. ALPA, op. cit., 486 ss. e spec. 488 ss.; PIRAINO, op. cit., 61 ss.); ma tale scelta non appare certo decisiva, alla luce delle successiva, imponente evoluzione dell'ordinamento segnata dalla Costituzione e dal diritto europeo, per escludere il riconoscimento di una rilevanza interpretativa e normativa dei principi che trascenda l'ambito dell'analogia *iuris*.

⁽³⁴⁾ V. segnatamente LIPARI, *Morte e trasfigurazione*, cit., e la sintesi tracciata nella precedente nt. 23.

⁽³⁵⁾ LIPARI, *Morte e trasfigurazione*, cit., 78 s.

⁽³⁶⁾ LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, 27 ss., ora in *Il diritto civile*, cit., dal quale cito, 99 s.

⁽³⁷⁾ LIPARI, *Morte e trasfigurazione*, cit., 75.

⁽³⁸⁾ LIPARI, *Morte e trasfigurazione*, cit., 78.

⁽³⁹⁾ LIPARI, *Morte e trasfigurazione*, cit., 72.

⁽⁴⁰⁾ L'opinione che i principi espressi dall'ordinamento avrebbero come matrice e recepirebbero valori etici (MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1, 1 ss., spec. 7; e in argomento v. IRTI, *Un incompiuto dialogo con Luigi Mengoni*, *Europa dir. priv.*, 2012, 1, 197 ss.) ha certo una legittimità storica e un'attendibilità riguardo all'ispirazione filosofica di certi aspetti della stessa disciplina giuridica, ma non può superare la considerazione che tali valori, nella loro trasposizione giuridica, conseguono un'autonomia rispetto alla loro origine e traggono il proprio significato dall'inserimento nel tessuto dell'ordinamento.

⁽⁴¹⁾ Pietro Perlingieri, che ha autorevolmente contribuito alla formulazione e al consolidamento di una concezione che riconosce il ruolo cruciale dei principi generali e della dimensione assiologica nell'interpretazione giuridica (tra i tanti scritti in argomento, e per i rinvii ai medesimi, v. P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo*, cit., e ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1, 188 ss.), non manca di qualificare i principi come norme, in quanto valori assunti dall'ordinamento (ID., *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali SISDiC*, 2017, 2), di affermare che essi sono «introdotti formalmente nel diritto» (7) e che la gerarchia assiologica è «indicata dalle norme» (5); e, riguardo ai rapporti tra principi e regole, afferma che essi «si completano a vicenda», e che, dovendosi in proposito operare gli opportuni bilanciamenti, «compito dell'interprete» è quello di «adottare soluzioni che siano adeguate al caso concreto, secondo le linee guida del sistema» (14); in tal senso pare riconoscersi l'ineludibile carattere di positività del diritto sul cui fondamento devono risolversi giudiziariamente le controversie; e tuttavia, pur riconoscendosi che l'assiologia del sistema non è «interamente flessibile», si prospetta una – invero problematica alla luce delle stesse ricordate asserzioni –

apertura «all'esperienza sociale e culturale», che del sistema determina «la dinamica e realistica evoluzione» (14).

(42) La ricerca di un'estesa comunanza di valori finisce con l'incontrare il limite della civiltà occidentale (v. ALPA, op. cit., 44 ss. e 107-112), in una prospettiva quindi non universalistica, e anche al suo interno segnata da non trascurabili diversità.

(43) RODOTÀ, *Perché laico*, Laterza, 2014.

(44) V. la precedente nt. 20.

(45) GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 2013, 339.

(46) GENTILI, op. cit., 340.

(47) GENTILI, op. cit., 342.

(48) *Ibidem*.

(49) Per tale riflessione e per quelle che seguono v. D'ANGELO, *Discorso giuridico, termini tecnici e concetti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, 339 ss.

(50) P. PERLINGIERI, *I principi giuridici*, cit., 9.

(51) P. PERLINGIERI, *I principi giuridici*, cit., 14.

(52) Secondo l'assunzione di coerenza dell'ordinamento, di cui TARELLO, op. cit., 31, denuncia il fondamento ideologico.

(53) Sulla rilevanza della «precisione precettiva» rispetto al conflitto tra norme ordinarie e costituzionali v. LUCIANI, op. cit., 8.

(54) GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., 250; e TARELLO, op. cit., 144, rileva che alcuni dei cosiddetti criteri di superamento delle antinomie «sono stati elaborati da parte della dottrina giuridica, in tempi diversi» e «si sono consolidati e composti tra di loro nelle esperienze giuridiche dell'Europa continentale alle soglie dell'età contemporanea».

(55) GUASTINI, *L'interpretazione*, cit.

(56) GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., nt. 25, richiama l'art. 15 c.p.; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, rist. anast., 1999, 80, richiama l'art. 1367 c.c., desumendone, in via analogica, l'indicazione di un «principio di conservazione del comando» giuridico, contrattuale e legale; e TARELLO, op. cit., 30, ricorda le locuzioni come «salve le leggi speciali» che prescrivono, in materie specifiche, l'adozione del criterio di specialità.

(57) *Ibidem*.

(58) P. PERLINGIERI, *I principi giuridici*, cit., 9.

(59) HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Duncker & Humblot, 1965, trad. it., *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Il Mulino, 2009, 25 ss., 55 ss., 63 ss., 79 ss.

(60) P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo*, cit., 332, esprime dissenso sulla diffusa formula dell'interpretazione costituzionalmente orientata, rilevandone l'improprietà, perché implica una focalizzazione dell'interpretazione sulla disposizione di legge ordinaria, riducendo la norma costituzionale al «ruolo di criterio ermeneutico». Può aggiungersi che, investendo l'interpretazione sia la disposizione ordinaria che il principio costituzionale, ben può accadere che l'esito ermeneutico non comporti la prevalenza del secondo e sia conciliativo.

(61) Sulle sentenze additive e sostitutive v. AMOROSO e PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2024, 538 ss.

(62) Così, in due ordinanze (Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 248 e Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77) con le quali la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della rimessione, in quanto il giudice rimettente avrebbe potuto decidere la controversia facendo applicazione di un principio costituzionale, ne ha configurato l'applicabilità in combinazione con norme ordinarie: la contrarietà al principio di solidarietà enunciato dall'art. 2 Cost., «in combinato contesto con il canone della buona fede», avrebbe consentito al giudice di rilevare d'ufficio la nullità della pattuizione della caparra confirmatoria che riflettesse «un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte». Le ordinanze hanno incontrato reazioni critiche della dottrina (D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, 10, 927 ss.), ma, per quel che qui interessa, offrono un modello di applicazione diretta di principi costituzionali da parte del giudice, destinata, peraltro, a operare in correlazione con norme comuni del diritto contrattuale (in quei casi, l'art. 1375 e l'art. 1418 c.c.).

(63) V. l'espressione usata nelle ordinanze 21 ottobre 2013, n. 248 e 2 aprile 2014, n. 77 della Corte e le considerazioni di cui alla precedente nt. 62, che potrebbero essere riferite, oltre che al regime della caparra confirmatoria, al rapporto di corrispettività tra le prestazioni quale stabilito dai contraenti, generalizzandosi in tal modo un complessivo regime di *substantive justice*, anziché di *procedural justice*, quale più opportunamente stabilito dalla disciplina legale, codicistica e extracodicistica, dei contratti: v. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., cap. III.

(64) Come invece si riconosce accada nel caso in cui essi impongano obblighi di non fare.

(65) Corte giust., 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold* e Corte giust., 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, in materia di effetto diretto del principio di non discriminazione.

(66) D'AMICO, *Sul "diritto vivente"*, in *Contratti*, 2024, 3, 237 ss.; PAGLIANTINI e R. PARDOLESI, op. cit., 7 ss.

(67) Mi limito qui a richiamare le lucide pagine, ricche di riferimenti bibliografici, di GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, 344 ss.; 366 ss.; 377.

(68) Come l'art. 360 bis, n. 1, c.p.c. del resto implica, disponendo che il ricorso possa essere ammissibile, nonostante la conformità del provvedimento impugnato alla giurisprudenza della Cassazione, qualora i motivi di impugnazione offrano elementi per mutare l'orientamento della stessa.

(69) GUASTINI, *Realismo e positivismo*, cit., 401.

Autorità garante della concorrenza e del mercato, controllo di vessatorietà delle clausole dei contratti standard b-to-c e misure di public enforcement in attuazione della direttiva «omnibus»: un primo (perplesso) bilancio a tre anni dalla riforma*

di GIOVANNI DE CRISTOFARO
Professore ordinario di Diritto Privato
Università degli Studi di Ferrara

SOMMARIO: 1. Premessa. Tre anni di *public enforcement* della disciplina attuativa della Dir. 93/13/CEE. – 2. Le delibere ex art. 37-bis cod. cons. assunte da AGCM nel triennio 2022 – 2024. – 3. Le sentenze del Consiglio di Stato del dicembre 2024 che hanno annullato 5 delle delibere AGCM assunte nel 2022, concernenti la vessatorietà di clausole inserite nei contratti di noleggio a breve termine di autoveicoli. - 4. L'infelice avvio del *public enforcement* di una disciplina squisitamente privatistica come quella contenuta negli artt. 33-36 cod. cons.: prospettive e conseguenze. - 5. Profili problematici delle delibere AGCM. - 6. Profili problematici delle sentenze del Consiglio di Stato.

1. A tre anni di distanza dall'entrata in vigore (1° febbraio 2022) della riforma che ha esteso all'ambito delle clausole vessatorie l'apparato di misure di *public enforcement* contemplato dall'art. 27 del codice del consumo per le pratiche commerciali scorrette e per le condotte imprenditoriali tenute in violazione delle disposizioni attuative della Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori⁽¹⁾, appare possibile provare a tracciare un primo bilancio, svolgendo alcune considerazioni sia in merito a profili squisitamente privatistici, sia in merito a profili più direttamente attinenti al *public enforcement* italiano delle direttive 93/13/CEE.

2. Nel corso del triennio 2022-2024, l'AGCM ha chiuso complessivamente 19 procedimenti instaurati ai sensi dell'art. 37-bis del codice del consumo, adottando altrettante delibere⁽²⁾.

Più precisamente, nel 2022 AGCM ha assunto 8 delibere, di cui ben 7 hanno avuto per oggetto la medesima tipologia di clausole, inserite nelle condizioni generali predisposte da professionisti per la regolamentazione di rapporti contrattuali di noleggio

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 17.02.2025.

a breve termine di autoveicoli senza conducente⁽³⁾. L'ottava delibera ha riguardato invece clausole inserite nelle condizioni generali della società TikTok Technology Limited⁽⁴⁾.

Nel 2023, AGM ha chiuso un solo procedimento, con una delibera di accettazione degli impegni proposti dal professionista che ha conseguentemente omesso l'accertamento dell'illecito amministrativo e l'irrogazione della relativa sanzione⁽⁵⁾.

Infine, nel 2024 AGCM ha chiuso 10 procedimenti, con delibere che (diversamente da quelle assunte nel 2022 e nel 2023) non si sono limitate ad accertare la natura vessatoria delle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto sottoposte alla valutazione dell'Autorità e ad ordinare al professionista interessato la pubblicazione del provvedimento assunto dall'Autorità stessa, ma (avendo ad oggetto condizioni generali di contratto utilizzate per disciplinare rapporti contrattuali instaurati posteriormente al 1° febbraio 2022) hanno altresì diffidato il professionista dal riproporre in futuro le clausole riconosciute come vessatorie nelle sue condizioni generali di contratto e irrogato a suo carico una sanzione amministrativa pecuniaria, quantificata in applicazione dei criteri fissati dal commi 2-ter e 2-quater del novellato art. 37-bis cod. cons. e nel rispetto del nuovo massimale di 10 milioni di euro contemplato dal riformato comma 9 del citato art. 27 cod. cons. (espressamente richiamato dal nuovo comma 2-bis dell'art. 37-bis cod. cons.).

Delle suddette 10 delibere assunte nel corso del 2024, 6 riguardano clausole (sostanzialmente omogenee a quelle che erano state oggetto delle delibere adottate nel 2022) inserite nelle condizioni generali predisposte ed utilizzate, per la regolamentazione di rapporti contrattuali di noleggio a breve termine di autoveicoli senza conducente, da professionisti diversi da quelli interessati dai procedimenti definiti dalle sopra citate delibere assunte nel 2022⁽⁶⁾. Le restanti 4 delibere⁽⁷⁾ riguardano invece una pluralità di tipologie di clausole incluse nelle condizioni generali predisposte per la regolamentazione di rapporti contrattuali di mediazione creditizia da altrettanti operatori del settore.

Per l'esiguo numero dei procedimenti conclusi, la rilevanza economico-giuridica relativamente modesta delle clausole oggetto degli accertamenti compiuti e la limitatezza dei settori di contrattazione coinvolti (noleggio autoveicoli a breve termine e mediazione creditizia), i procedimenti conclusi dall'Autorità in materia di clausole vessatorie non appaiono nemmeno lontanamente paragonabili, sul piano quantitativo e "qualitativo", a quelli che nel medesimo triennio sono stati conclusi da AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette e condotte lesive degli artt. 45 ss. del codice del consumo.

Un dato a dir poco sorprendente se si pensa, per un verso, alla massiccia presenza e alla capillare diffusione, nel mercato italiano dei beni e servizi offerti a consumatori, di condizioni generali di contratto contenenti clausole formulate in modo non trasparente e/o contenutisticamente vessatorie; per altro verso, se si pone mente all'enfasi che – a livello UE – ha accompagnato l'introduzione (ad opera della direttiva *omnibus*) nella Dir. 93/13/CEE della disposizione (art. 8-ter) che ha imposto agli Stati membri di dotarsi di misure di *public enforcement* delle disposizioni nazionali attuative della citata Dir. 93/13/CEE, in particolare comminando sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei professionisti che si rendano responsabili della violazione del divieto di utilizzare nei confronti di consumatori condizioni generali di contratto contenutisticamente vessatorie e/o formulate in termini non chiari e comprensibili.

Difficile dire se questo assai circoscritto "attivismo" della Autorità garante sia dovuto soltanto alla ineludibile esigenza di preparare ed organizzare adeguatamente

l'esercizio delle nuove, delicatissime competenze sanzionatorie di cui l'Autorità è stata investita nel settore delle clausole vessatorie, nonché alla circostanza che soltanto il 19 novembre 2024 è entrato in vigore il nuovo *Regolamento sulle procedure istruttorie nelle materie di tutela del consumatore e pubblicità ingannevole e comparativa*⁽⁸⁾, finalmente aggiornato alle riforme del biennio 2022-2023, o sia imputabile anche ad una scelta "politica", e segnatamente alla decisione dell'Autorità di continuare a concentrare primariamente nel settore delle pratiche commerciali scorrette gli sforzi e l'attività degli uffici competenti per le discipline consumeristiche.

Certo è che l'impatto delle delibere AGCM attuative dell'art. 37-bis cod. cons. sui rapporti contrattuali *b-to-c* e sul rapporto fra *private* e *public enforcement* delle disposizioni attuative della Dir. 93/13 si è rivelato, in questo triennio, assai più modesto rispetto a quanto nel 2022 si sarebbe potuto immaginare, anche alla luce della rilevanza che – secondo il controverso orientamento interpretativo assunto da Cass. civ. 31 agosto 2021, n. 23655 e confermato da Cass. civ. 3 novembre 2023, n. 30556⁽⁹⁾ – le relative delibere sono destinate ad assumere nell'ambito di eventuali giudizi civili aventi ad oggetto le condizioni generali di contratto delle quali sia già stata accertata la natura vessatoria e/o non trasparente ad opera dell'AGCM nell'ambito di una delibera assunta *ex art. 37-bis* cod. cons.

3. Da ultimo, l'efficacia e la credibilità dell'azione fino ad oggi condotta da AGCM nei (seppure esigui) procedimenti attuativi dell'art. 37-bis cod. cons. sono state pesantemente minate dal Consiglio di Stato (sezione sesta), che con 5 sentenze del dicembre 2024⁽¹⁰⁾ ha annullato 5 dei 7 provvedimenti AGCM assunti nel 2022 con riferimento alle clausole asseritamente vessatorie inserite nei contratti di noleggio di veicoli a breve termine, accogliendo l'appello proposto dalle società di autonoleggio contro le sentenze del Tar Lazio-Roma che avevano invece respinto le impugnazioni proposte in primo grado dalle medesime società contro le delibere adottate da AGCM nei loro confronti nel 2022.

Nelle 5 sentenze citate il Consiglio di Stato imputa ad AGCM di essere incorsa, nei procedimenti conclusi dalle delibere impugnate, in gravi carenze ed errori: sia nell'attività istruttoria svolta al fine di raccogliere e valorizzare adeguatamente gli elementi acquisiti al procedimento (ed in particolare gli elementi apportati dalle società coinvolte) al fine di stabilire se l'importo della somma contemplata dalle clausole oggetto della valutazione (clausole che imponevano al consumatore il pagamento di somme di denaro di importo compreso fra i 25 e i 50 euro + IVA per ogni caso di mancato pagamento di pedaggi o parcheggi ovvero di violazione del codice della strada notificato alla società di noleggio dall'ente pubblico accertatore competente) dovesse o meno considerarsi «manifestamente eccessivo» (con conseguente vessatorietà delle clausole stesse *ex art. 33*, comma 2, lett. *f*), cod. cons.), sia nella costruzione dei contenuti della motivazione della decisione che, sul presupposto della asseritamente accertata manifesta eccessività degli importi delle somme portate dalle suddette clausole, ne aveva affermato il carattere vessatorio.

Queste sentenze del dicembre 2024 non vanificano invero soltanto i procedimenti sfociati nelle delibere assunte da AGCM nel 2022 e annullate dal Consiglio di Stato. Ancorché qualificate non come clausole penali ma come clausole volte ad attribuire alla società di autonoleggio un compenso per un servizio (il servizio di «gestione logistica, contabile, informatica e legale di ciascuna sanzione amministrativa elevata nel Paese in cui è condotto il veicolo, nonché per i rischi ad essa connessi») svolto anche nell'interesse

del cliente/consumatore, clausole sostanzialmente analoghe a quelle censurate nelle delibere assunte da AGCM nel 2022 (e annullate dal Consiglio di Stato) sono state infatti valutate vessatorie (in quando ritenute idonee a dar vita ad un “significativo squilibrio” ex comma 1 dell’art. 33 cod. cons.) anche nelle 6 delibere assunte da AGCM nel corso del 2024 nei confronti di società di autonoleggio diverse da quelle interessate dai procedimenti conclusi nel 2022, con un percorso istruttorio e con un apparato argomentativo e motivazionale in larga misura sostanzialmente corrispondente a quello che connotava le delibere del 2022. Alla luce dell’orientamento assunto dal Consiglio di Stato nelle pronunce del dicembre 2024, è facilmente prevedibile che le impugnazioni proposte dalle società di autonoleggio interessate contro le 6 delibere AGCM del 2024 verranno accolte dal TAR Lazio-Roma, già solo con riferimento ai motivi riferiti alla valutazione di vessatorietà della clausola, onde può ragionevolmente affermarsi che con ogni probabilità anche le 6 delibere del 2024 assunte da AGCM nei confronti di società di autonoleggio siano destinate ad essere annullate.

Il rigore e la severità con cui il Consiglio di Stato ha giudicato l’attività istruttoria svolta da AGCM e la costruzione dei contenuti delle delibere assunte a chiusura dei relativi procedimenti ex art. 37-bis cod. cons. induce infine a nutrire non pochi dubbi in merito al destino di una ulteriore, importante delibera assunta da AGCM in applicazione dell’art. 37-bis cod. cons., e cioè la delibera n. 27214 del 13 giugno 2018 (procedimento CV159 – Barclays-Contratti Mutuo Indicizzati al Franco Svizzero), con la quale l’Autorità ha accertato che alcune clausole contenute nei contratti di mutuo fondiario indicizzato al franco svizzero con tasso Libor commercializzati dalla società Barclays dal 2003 al 2010 erano state redatte con una «formulazione non chiara e trasparente» in violazione dell’art. 35 cod. cons., ingiungendo a Barclays di pubblicare un estratto sul proprio sito internet⁽¹¹⁾. Presto infatti il Consiglio di Stato sarà chiamato a pronunciarsi sull’appello proposto contro la sentenza del TAR Lazio-Roma (25 maggio 2023, n. 8845) che ha rigettato l’impugnazione proposta dalla società nei confronti della delibera AGCM del 2018, e la relativa decisione non potrà non essere ispirata al medesimo rigore e alla medesima severità che ha connotato le 5 sentenze del dicembre 2024 relative alle clausole dei contratti di autonoleggio.

4. Il rischio che buona parte delle delibere con le quali AGCM, in applicazione dell’art. 37-bis cod. cons., ha riconosciuto la natura vessatoria e/o la formulazione non trasparente di clausole inserite in condizioni generali di contratto predisposte per regolamentare rapporti contrattuali *b-to-c* nonché (per contratti stipulati posteriormente al 1° febbraio 2022) intimato diffide e irrogato sanzioni amministrative pecuniarie, vengano travolte dall’annullamento disposto dai giudici amministrativi appare, alla luce di quanto si è esposto, estremamente serio e spinge ad interrogarsi con preoccupazione sul futuro del *public enforcement* delle disposizioni attuative della Dir. 93/13/CEE, un futuro che appare tutt’altro che roseo.

Con rilevanti conseguenze, in primo luogo, nella prospettiva di una attuazione piena, corretta e coerente con il fondamentale parametro della effettività, delle innovazioni introdotte nella Dir. 93/13/CE dalla Dir. UE c.d. omnibus del 2019.

In secondo luogo, e soprattutto, con un impatto assai negativo sulla certezza e la stabilità dei rapporti contrattuali *b-to-c*, a detrimento dell’interesse sia dei consumatori che delle imprese: l’utilità del *public enforcement* (nonché la sua forza deterrente) viene infatti completamente vanificata se le delibere assunte nei relativi procedimenti non presentano una “tenuta” adeguata rispetto alle possibili impugnazioni e se il loro

passaggio in giudicato (a questo punto, autenticamente cruciale, onde improvvida e gravemente incauta appare la scelta della Corte di cassazione di riconoscere valore privilegiato agli accertamenti contenuti nelle delibere AGCM *ex art. 37-bis cod. cons. prima e a prescindere dal loro passaggio in giudicato...*) richiede troppi anni: Quale infatti, *medio tempore*, la sorte delle clausole interessate dai procedimenti? Quale il comportamento che le parti del rapporto contrattuale possono considerarsi legittimate e tenute ad assumere in attesa che si formi il giudicato sulla delibera AGCM? Quale il peso e la rilevanza che tali delibere possono assumere nei giudizi civili prima del passaggio in giudicato? E quali i margini reali di manovra di cui dispongono i giudici civili nel valutare autonomamente la vessatorietà e la trasparenza delle clausole dopo il passaggio in giudicato di delibere AGCM che l'abbiano riconosciuta o negata, ovvero dopo la pronuncia di sentenze dei giudici amministrativi che abbiano annullato i relativi provvedimenti AGCM, per carenze istruttorie e/o motivazionali?

Invero, proprio alla luce di quanto accaduto nella vicenda relativa alle clausole inserite nei contratti di autonoleggio appare evidente la gravità l'errore compiuto dal legislatore italiano, che ha completamente tralasciato di affrontare *ex professo* la questione del rapporto fra *public* e *private enforcement*, e segnatamente fra giudizi civili nell'ambito dei quali venga invocata (o rilevata d'ufficio) la nullità di clausole vessatorie *ex art. 36 cod. cons.* e procedimenti amministrativi instaurati *ex art. 37-bis cod. cons.* per accertare e sanzionare le condotte dei professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto contenenti clausole vessatorie.

Un errore tanto più grave alla luce delle incertezze, delle difficoltà e delle incongruenze palesate sia da AGCM che dai giudici amministrativi nella interpretazione e nella applicazione di una disciplina squisitamente civilistica come quella contenuta negli artt. 35-36 cod. cons., sotto questo profilo profondamente diversa dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18ss. cod. cons.

5. Invero, sia nelle delibere AGCM del 2022, sia nelle delibere AGCM del 2024 concernente le clausole dei contratti di autonoleggio che autorizzano le società ad addebitare somme di importo previamente forfettizzato ai consumatori che si rendano responsabili di violazioni del codice della strada ovvero omettano di pagare pedaggi o parcheggi nel periodo di tempo in cui hanno in uso l'autoveicolo noleggiato, si rinviene un percorso argomentativo che per struttura, impostazione e contenuti risulta molto simile a quello che tipicamente connota le delibere concernenti le pratiche commerciali scorrette, precipuamente orientato ad una ricostruzione il più possibile puntuale delle caratteristiche oggettive della condotta tenuta dal professionista e delle conseguenze che essa ha avuto (o si è dimostrata suscettibile di avere) sulla spontaneità, la libertà e il grado di consapevolezza delle "decisioni di natura commerciale" assunte dai consumatori "falsandone" il comportamento, ai fini di un inquadramento del comportamento imprenditoriale nella nozione "generale" di pratica scorretta *ex art. 20, comma 2, cod. cons.*, e/o in una delle categorie di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive ovvero ancora in una delle previsioni "tipiche" inserite nelle due liste "nere" di pratiche commerciali sicuramente scorrette di cui agli artt. 24 e 26 cod. cons.

Sennonchè, il giudizio sulla vessatorietà di una clausola inserita in condizioni generali di contratto è un giudizio che postula fundamentalmente valutazioni (spesso assai complesse e delicate) di tipo prettamente giudico, e non fattuale, e segnatamente una analisi squisitamente civilistica della clausola, condotta tenendo conto della causa e del contenuto complessivo del contratto in cui la clausola è inserita; della rilevanza e

dell'entità della deroga apportata dalla clausola alle norme del diritto dispositivo concernenti il tipo contrattuale interessato, delle caratteristiche complessive della disciplina giuridica applicabile dei rapporti economici che il contratto è finalizzato ad instaurare e regolare: tutto ciò, al fine di stabilire se lo "squilibrio" che, con riferimento al profilo del rapporto da essa disciplinato, la clausola introduce a vantaggio del professionista e a danno del consumatore, sia a tal punto "significativo" da giustificare ed imporre una valutazione in termini di vessatorietà.

Quando poi si tratti (come nel caso di specie) di clausole dotate di contenuto anche economico (e non meramente "normativo"), è di fondamentale importanza appurare in via preliminare se si tratti 1) di clausole attinenti alle prestazioni essenziali dedotte come oggetto essenziale del contratto (nel qual caso la possibilità stessa di esperire un controllo di vessatorietà è a priori esclusa, salvo che la clausola risulti essere stata formulata in termini chiari e comprensibili), ovvero 2) di clausole attinenti a prestazioni di natura secondaria ed accessoria e al relativo corrispettivo (nel qual caso il controllo di vessatorietà può essere espletato, ma il giudizio di vessatorietà non può fondarsi esclusivamente sulla ritenuta sperequazione fra l'importo del corrispettivo previsto e la natura, le caratteristiche ed il valore di mercato della prestazione accessoria promessa dal professionista a fronte del pagamento dello stesso) ovvero 3) di clausole "normative" non afferenti alle prestazioni (principali o accessorie) dedotte come oggetto del contratto ma direttamente attinente alla regolamentazione del rapporto, quale appunto ad es. una clausola penale (nel qual caso la valutazione di vessatorietà può espletarsi senza limitazione, basandosi però soltanto sui parametri "normativi" di cui al comma 1 dell'art. 33 cod. cons.

Una volta espletata, con il necessario approfondimento, questa complessa valutazione, è possibile pervenire alla formulazione di un giudizio di vessatorietà, attraverso un percorso argomentativo che dev'essere adeguatamente sviluppato e motivato ed incentrato sulle ragioni civilistiche per le quali lo squilibrio dei diritti e degli obblighi cui la clausola dà vita è autenticamente "significativo".

Su questo presupposto, l'accertamento dell'illecito amministrativo appare poi relativamente agevole e non richiede né una attività istruttoria complessa, né specifici approfondimenti: è sufficiente infatti che venga provato che le condizioni generali di contratto contenenti la clausola sono state oggettivamente utilizzate in modo sistematico dal professionista per regolamentare una pluralità di rapporti contrattuali concretamente instaurati con una pluralità di consumatori: la colpevolezza del professionista si presume fino a prova contraria, prova contraria che appare tuttavia tanto più difficile da fornire quanto più puntuale, accurata ed argomentata (in termini civilistici) è la valutazione condotta sulla vessatorietà contenutistica della clausola.

Le delibere AGCM fino ad ora adottate in applicazione dell'art. 37-bis nel 2022 e nel 2024 con riguardo ai contratti di autonoleggi non sembrano presentare questi requisiti. Il Consiglio di Stato lo ha affermato con estrema chiarezza nelle sue pronunce del dicembre 2024 con riferimento alle delibere del 2022. Ma altrettanto può agevolmente affermarsi anche con riguardo alle delibere del 2024.

Basti soltanto pensare che in tutte queste delibere AGCM afferma che la somma della quale la clausola impone al consumatore il pagamento «risulta del tutto ingiustificata a fronte dell'attività di gestione che il professionista è tenuto a svolgere e alla luce della mancata individuazione dei pregiudizi economici subiti dalla società» e

ritiene di poter formulare siffatta affermazione «a prescindere dalla natura giuridica attribuita (alla relativa prestazione pecuniaria), remunerazione per un servizio o penale».

Invero, per le ragioni sopra illustrate la corretta qualificazione giuridica delle clausole in termini civilistici, come clausola penale ovvero come clausola che impone al consumatore il pagamento di un corrispettivo per un servizio “accessorio” a quello principale, che il professionista si impegna a fornire a fronte del verificarsi di determinati eventi nel corso dello svolgimento del rapporto, è di importanza cruciale ai fini della esatta determinazione delle coordinate del giudizio di vessatorietà. Se infatti si tratta di una clausola penale, opera la presunzione relativa di vessatorietà dettata dalla lett. *f*) del comma 2 dell’art. 33 e si rende necessario stabilire se l’importo della somma contemplata dalla clausola è “sproporzionalmente elevato” (per utilizzare i termini impiegati dalla Dir. 93/13/CEE) ovvero “manifestamente eccessivo” (lett. *f*) del comma 2 dell’art. 33 cod. cons.). Se invece si tratta di clausola avente per oggetto il corrispettivo dovuto *ex contractu* per un servizio (accessorio) che il professionista si è impegnato ad espletare, il giudizio di vessatorietà non può fondarsi *esclusivamente* sulla ritenuta inadeguatezza (per eccesso) del corrispettivo contemplato dalla clausola, salvo che quest’ultima non risulti formulata in termini chiari e comprensibili (v. comma 2 dell’art. 34 cod. cons.).

È pertanto impensabile che il giudizio di vessatorietà possa fondarsi sul medesimo corredo motivazionale, “a prescindere dalla qualificazione della clausola” ...

Si aggiunga poi che in queste delibere AGCM è arrivata a sostenere che la imposizione al consumatore del pagamento di una somma di denaro darebbe vita ad un significativo squilibrio non tanto in ragione dell’importo sproporzionalmente elevato (in rapporto alla reale ed effettiva consistenza del servizio fornito dal professionista) della relativa somma, bensì piuttosto sulla base della considerazione (apodittica) che la previsione stessa dell’obbligo di eseguire la relativa prestazione pecuniaria sarebbe completamente priva di qualsivoglia giustificazione economico/giuridica in ragione della sostanziale inesistenza della controprestazione rappresentata dal servizio del professionista contemplato dalla clausola stessa (onde a rigore dovrebbe allora parlarsi, in termini civilistici, non tanto di una nullità *ex art. 36 cod. cons.*, bensì piuttosto di una nullità *ex art. 1418, comma 2, cod. civ....*)!

6. Infine, anche le sentenze del Consiglio di Stato del dicembre 2024 non mancano di suscitare perplessità sul piano civilistico.

In queste pronunce, infatti, il Consiglio di Stato non esita ad affermare che, poiché «il rispetto delle norme in materia di circolazione dei veicoli è indicato quale obbligazione assunta dal consumatore al momento della conclusione del contratto di noleggio», è «ben plausibile prospettare che la violazione della disciplina integri anche un inadempimento contrattuale nei rapporti tra professionista e consumatore», con la conseguenza che la clausola che impone al consumatore il pagamento di una somma di importo forfettizzato per ogni violazione del codice della strada ad esso imputabile notificata alla società noleggiatrice «può ben essere considerata una clausola penale in senso proprio, venendo a svolgere strutturalmente la funzione che le è propria».

La questione, delicata e complessa, della configurabilità del rispetto delle norme del codice della strada e del regolare pagamento dei pedaggi come oggetto di una vera e propria obbligazione assunta *ex contractu* dal consumatore nei confronti della società, e della qualificabilità come clausola penale in senso stretto e proprio della clausola che autorizza la società ad addebitare una somma forfettizzata al cliente sulla carta di credito

di quest'ultimo viene liquidata apoditticamente in poche righe, senza l'approfondimento che sarebbe stato invece indispensabile.

Muovendo da tale presupposto, il Consiglio di Stato non esita a ritenere applicabile alla clausola in questione la "presunzione relativa" di vessatorietà dettata dalla lett. f) del comma 2 dell'art. 33 cod. cons., e ai fini della concretizzazione del concetto di manifesta eccessività dell'importo contemplato dalla clausola invoca acriticamente ed integralmente la prassi interpretativa ed applicativa dell'art. 1384 c.c., tralasciando però in tal modo di considerare due elementi fondamentali.

In primo luogo, la clausola "penale" che risulti vessatoria ex art. 33 cod. cons. – diversamente dalla clausola penale riducibile giudizialmente in quanto di importo manifestamente eccessivo ex art. 1384 c.c. – è radicalmente nulla e deve conseguentemente essere puramente e semplicemente disapplicata dal giudice civile che ne rilevi la vessatorietà, il quale non può e non deve limitarsi a correggerne i contenuti disponendo la riduzione della somma in essa portata, con la conseguenza che laddove venga riconosciuta la vessatorietà il professionista sarà interamente gravato dall'onere di fornire la prova dei pregiudizi causati dall'inadempimento del consumatore, dei quali invoca il risarcimento.

In secondo luogo, proprio perché la clausola penale vessatoria ex art. 33 cod. cons. – diversamente dalla clausola penale manifestamente eccessiva ex art. 1384 c.c., la quale è valida ed efficace, ancorché suscettibile di essere ridotta con l'intervento correttivo del giudice, che si esplica con una sentenza che *in parte qua* ha natura costitutiva – è invalida ed inefficace *ab initio*, la valutazione di vessatorietà deve necessariamente essere condotta facendo esclusivamente riferimento al contenuto della clausola e del regolamento negoziale in cui essa è inserita nonché alle circostanze che hanno preceduto ed accompagnato la instaurazione del rapporto contrattuale *con riguardo al momento della stipulazione del contratto*, non potendosi e non dovendosi tener conto dei fatti e degli accadimenti verificatisi posteriormente (*in primis*, dei danni e pregiudizi concretamente ed effettivamente provocati al professionista dall'inadempimento del quale il consumatore si sia reso responsabile), i quali invece vengono giustamente e coerentemente valorizzati dal giudice civile in sede e ai fini della valutazione di manifesta eccessività ex art. 1384 c.c., nonché ai fini della quantificazione della riduzione da apportare alla penale risultata manifestamente eccessiva.

Queste due fondamentali differenze non possono non ripercuotersi sui criteri in applicazione dei quali dev'essere condotta la valutazione di manifesta eccessività della clausola penale e sulle modalità con le quali la relativa valutazione dev'essere argomentata e motivata ai fini di un giudizio di vessatorietà ex art. 33ss. cod. cons., le quali – diversamente da quanto afferma il Consiglio di Stato – non possono e non debbono coincidere con i criteri in applicazione dei quali viene condotta e motivata la valutazione cui è chiamato il giudice richiesto di ridurre la clausola penale ex art. 1384 c.c.

A ciò si aggiunga infine che il riconoscimento della manifesta eccessività dell'importo della somma contemplata dalla clausola penale determina, a rigore, soltanto l'operatività della presunzione relativa di vessatorietà della clausola sancita dal comma 2, lett. f), cod. cons., presunzione la quale potrebbe essere superata dimostrando (ancorché debba ammettersi che la relativa *probatio* sarebbe a dir poco diabolica) che la clausola, pur contemplando una somma di importo manifestamente eccessivo, determina uno squilibrio che non può in concreto considerarsi «significativo» alla luce del tenore delle altre clausole del regolamento negoziale in cui è inserita, di specifiche

peculiarità del contratto di cui fa parte ovvero di particolari circostanze, oggettive o soggettive, che possono concorrere a giustificarla. Sotto questo profilo, appare pertanto nettamente errata anche l'affermazione del Consiglio di Stato⁽¹²⁾ secondo cui il comma 2 dell'art. 33 cod. cons. elenca «una serie di tipologie di clausole la cui natura vessatoria è presunta *iuris et de iure*», fra le quali vi sarebbe anche la clausola penale, riconducibile alla previsione di cui all'art. 33, comma 2, lett. f).

⁽¹⁾ Il processo sfociato nella introduzione di un sistema di *enforcement* pubblicistico della disciplina (privatistica) di recepimento della Dir. 93/13/CEE, contenuta negli artt. 33-36 del codice del consumo, è stato a dir poco complesso: avviato con il Reg. UE 2017/2394 sulla cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili dell'*enforcement* della normativa di protezione dei consumatori (entrato in vigore il 17 gennaio 2020), esso ha vissuto una tappa intermedia con l'approvazione della l. 23 dicembre 2021, n. 238 (legge europea 2019-2020, entrata in vigore il 1° febbraio 2022), il cui art. 37 ha modificato il comma 1 dell'art. 37-bis cod. cons., designando espressamente AGCM come Autorità competente per l'*enforcement* della Dir. 93/13/CEE nell'ordinamento italiano e disponendo che «in materia di accertamento e di sanzione delle violazioni della Dir. 93/13/CEE, si applica l'art. 27 cod. cons.» (disposizione recante la disciplina dei procedimenti amministrativi e delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate nei confronti delle violazioni del divieto di pratiche commerciali scorrette di competenza di AGCM); la conclusione si è avuta con il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26 (entrato in vigore il 2 aprile 2023), attuativo della Dir. 2019/2169/UE sulla modernizzazione del diritto dei consumatori (c.d. direttiva UE *omnibus*), il cui art. 1, commi 7 e 8, ha apportato ulteriori modificazioni ed integrazioni agli artt. 27 e 37-bis cod. cons.: sia consentito rinviare in proposito a DE CRISTOFARO, *Vessatorietà e trasparenza delle clausole dei contratti b-to-c e procedimenti amministrativi di competenza dell'AGCM. Il novellato art. 37-bis cod. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 3, 517 ss.

⁽²⁾ V. il sito istituzionale di AGCM <https://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti>.

⁽³⁾ Provvedimento n. 30173 del 24 maggio 2022, nel procedimento CV227 – *Autovia – Spese Gestione Pratiche Amministrative*; provvedimento n. 30174 del 24 maggio 2022, nel procedimento CV228 – *B-Rent – Spese gestione pratiche amministrative*; provvedimento n. 30175 del 24 maggio 2022, nel procedimento CV229 – *Europcar Italia – Spese gestione pratiche amministrative*; provvedimento n. 30176 del 24 maggio 2022, nel procedimento CV231 – *Locautovent – Spese gestione pratiche amministrative*; provvedimento n. 30177 del 24 maggio 2022, nel procedimento CV232 – *Sicily by Car – Spese gestione pratiche amministrative*; provvedimento n. 30178 del 24 maggio 2022, nel procedimento CV233 – *Sixt Rent a Car – Spese gestione pratiche amministrative*; provvedimento n. 30252 del 19 luglio 2022, nel procedimento CV230 – *Goldcar – Spese gestione pratiche amministrative*.

⁽⁴⁾ Provvedimento n. 29976 del 18 gennaio 2022, nel procedimento CV224 – *TikTok – Condizioni di servizio*.

⁽⁵⁾ Provvedimento n. 31020 del 19 dicembre 2023, nel procedimento CV251 – *Hiya – Clausole vessatorie*, concernente alcune clausole inserite nelle condizioni generali di contratto predisposte da una società che, attraverso il proprio sito internet, fornisce una serie di servizi, tra i quali una applicazione (APP) volta a identificare le chiamate in arrivo e bloccare quelle indicate come indesiderate.

⁽⁶⁾ Le sei delibere sono state tutte assunte nell'adunanza del 18 aprile 2024: provvedimenti n. 31176 (procedimento CV242, *Avis budget Italia – Spese gestione pratiche amministrative*), 31177 (procedimento CV243, *Hertz Italiana – Spese gestione pratiche amministrative*), 31178 (procedimento CV244, *Centauro Rent a Car Italy – Spese gestione pratiche amministrative*), 31179 (procedimento CV245, *Green Motion Italia – Spese gestione pratiche amministrative*), 31180 (procedimento CV247, *Noleggiare – Spese gestione pratiche amministrative*) e 31181 (procedimento CV248, *Drivalia Leasys Rent – Spese gestione pratiche amministrative*).

⁽⁷⁾ Tutte assunte nell'adunanza del 27 febbraio 2024: provvedimenti n. 31100 (procedimento CV235, *Toscana Mutui – Clausole di esclusiva*), n. 31101 (procedimento CV236, *24Max – Clausole di esclusiva*); n. 31102 (procedimento CV237, *Link Soluzioni – Clausole di esclusiva*) e n. 31103 (procedimento CV238, *Monety – Clausole di esclusiva*).

⁽⁸⁾ Delibera AGCM, 5 novembre 2024, n. 31356, pubblicata nella *G.U.* n. 270 del 18 novembre 2024.

⁽⁹⁾ Le quali hanno affermato che alla valutazione condotta da AGCM nell'ambito dei procedimenti *ex art.* 37-bis cod. cons. dev'essere riconosciuto un *valore privilegiato* nel giudizio civile, dovendo siffatta valutazione ritenersi *presuntivamente corretta*, onde il giudice civile chiamato a pronunciarsi sulla vessatorietà/trasparenza della medesima clausola, inserita nel medesimo standard contrattuale, potrebbe discostarsene soltanto con una motivazione «rafforzata» ed una confutazione specifica degli argomenti addotti dall'Autorità a sostegno della sua valutazione.

⁽¹⁰⁾ Cons. Stato, sez. sesta, 18 dicembre 2024, n. 10162 (*Locauto s.r.l. contro AGCM*), 12 dicembre 2024, n. 10039 (*Europcar Italia S.p.A. contro AGCM*), 11 dicembre 2024, n. 10001 (*Sicily By Car S.p.A. contro*

ACGM), 3 dicembre 2024, n. 9660 (*Goldcar Italy S.r.l. contro AGCM*) e 3 dicembre 2024, n. 9659 (*B-Rent S.r.l. contro AGCM*).

⁽¹¹⁾ Proprio la delibera alla quale, come sopra ricordato, la Corte di cassazione ha ritenuto di poter riconoscere «valore privilegiato» nei giudizi civili instaurati fra Barclays e la propria clientela consumatrice nonostante non si fosse su di essa formato il giudicato in ragione della pendenza dei giudizi instaurati dalla società con le impugnazioni proposte davanti ai giudici amministrativi.

⁽¹²⁾ Cons. Stato, sez. sesta, 18 dicembre 2024, n. 10162 (*Locauto s.r.l. contro AGCM*), punto 18. Nella sentenza del 12 dicembre 2024 n. 10039 (*Europcar Italia s.p.a. contro AGCM*), peraltro, lo stesso Consiglio di Stato si esprime in termini significativamente diversi, riconoscendo che, laddove la manifesta eccessività dell'importo della somma contemplata dalla clausola penale «venga dimostrata dall'Autorità procedente, e solo una volta che tale dimostrazione sia stata data, opera la presunzione legale di vessatorietà, con onere a carico della parte di fornire la prova contraria».

La relazionalità del negozio giuridico: tra libertà individuale e socialità (a proposito di una pagina della *Teoria generale del negozio giuridico* di Emilio Betti)*

di MAURO GRONDONA
Professore ordinario di Diritto Privato
Università degli Studi di Genova

1. L'oggetto specifico di questo mio brevissimo intervento è il seguente: la tensione dialettica, e quindi relazionale (una tensione che, in certa misura, è anche contraddizione, o, al limite, se preferiamo dire così, 'dialettica negativa', ovvero incapace, o comunque a ciò impossibilitata, di addivenire a una mediazione tra i due poli della relazione – in questo senso escludente), tra dimensione individuale e dimensione sociale nella prospettiva del negozio giuridico, e dunque tra interesse individuale e interesse sociale.

La *Teoria generale del negozio giuridico* di Emilio Betti esce, in prima edizione, nel 1943; la seconda edizione è del 1950, seguita da quattro ristampe corrette: 1952, 1955, 1960.

Le Edizioni Scientifiche Italiane (sempre benemerite), nel 1994, hanno ristampato l'ultima, a cura di Giuliano Crifò e con una *Introduzione* di Giovanni Battista Ferri.

Io vorrei partire da una citazione. Si legge alle pp. 174-175 dell'ed. ESI:

«Invero, mentre l'interesse individuale alla conclusione del negozio mira naturalmente ad uno scopo di carattere variabile e contingente, che non basta punto a render ragione della tutela giuridica del negozio, viceversa l'interesse sociale a tale tutela, quale si desume dalla funzione economico-sociale dell'autonomia privata rispecchiata nel tipo di negozio astrattamente considerato, non basta a render ragione della effettiva conclusione del negozio nel caso singolo senza un concreto interesse che volta per volta la determini. Di qui la necessità di considerare la causa del negozio sotto i vari profili, evitandone appunto una visione unilaterale e atomistica».

Qui Betti critica, come sempre, la «visione unilaterale, atomistica e individualistica» (p. 174) della causa (l'ed. del 1943 ha «una visione unilaterale e atomistica»): l'aggiunta di «individualistica» ben può essere letto nel segno della reazione bettiana contro la sconfitta del corporativismo fascista.

Poco oltre (p. 178), leggiamo: «*La causa, prima ancora che una nozione giuridica, è una nozione sociale*».

È alla fine del § 20 del Capitolo III («Funzione del negozio giuridico», pp. 169-207) che ci imbattiamo (a p. 180) nella celebre definizione della causa:

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 22.1.2025.

«[L]a causa o ragione del negozio s'identifica con la funzione economico-sociale del negozio intero, ravvisato spoglio della tutela giuridica, nella sintesi de' suoi elementi essenziali, come totalità e unità funzionale in cui si esplica l'autonomia privata. La causa è, in breve, la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata».

2. Come ben noto, l'impostazione bettiana orienta la riflessione sulla causa verso la tipicità: la causa come funzione economico-sociale è una causa tipica; altrimenti sfuggirebbero al controllo ordinamentale gli interessi individuali sottostanti. Di qui, il criterio della meritevolezza, indispensabile, ai fini di un controllo diverso da quello di liceità/illiceità, posto che la causa atipica sarà immeritevole tutte le volte in cui si ritenga (in concreto: indispensabile il giudizio individuale pratico) che manchi una 'ragione sociale' sufficiente per giustificare quella causa atipica di fronte alle cause tipiche, ovvero di fronte alle funzioni economico-sociali legislativamente attestate.

La prospettiva bettiana è certamente sensibile alla forza creativa dell'autonomia privata, sotto il profilo economico-sociale, ma è altrettanto certamente sensibile alla forza selettiva dell'ordinamento, sotto il profilo strettamente giuridico: ecco perché, si può aggiungere *incidenter*, la lezione bettiana, così attenta alla portata sociale dell'autonomia privata, ben risulta attuale, purché capovolta, ovvero nella prospettiva della forza sociale dell'autonomia privata, capace di incidere sulla giuridicità, donde una (almeno in potenza) notevole espansione della negozialità, che tornerebbe a essere una (rinnovata) categoria generale perché consentirebbe alla volontà individuale (con ovvie ricadute sociali) di assumere una collocazione centrale all'interno del quadro delle fonti (anche qui rinnovandolo).

Quanto appena osservato emerge molto bene (naturalmente *e contrario*, onde appunto escludere che il negozio possa produrre effetti giuridici) dal seguente passaggio:

«*Tutto ciò non sarebbe, se il precetto del negozio non fosse semplice frutto di autonomia privata, giuridicamente rilevante come ogni atto valutato dal diritto oggettivo, ma fosse esso stesso fonte di diritto e norma giuridica, competente a determinare da sé i propri effetti giuridici. Se così fosse, infatti, la legge avrebbe conferito ai privati una vera e propria competenza normativa, creativa cioè di norme giuridiche, anziché limitarsi a riconoscerne l'autonomia siccome un fattore giuridicamente rilevante [...]; e i singoli, nell'esercizio di tal competenza, determinerebbero essi stessi, direttamente, quali effetti giuridici il negozio debba avere e quali non debba avere. La teoria della causa, allora, cesserebbe di avere il senso attuale per assumerne uno alquanto diverso*» (pp. 188-189).

Del tutto coerente con la sua prospettiva statuelsociale, Betti, nel richiamare alcune sentenze (p. 181, nota 1, al termine del seguente passaggio, che si legge ivi nel testo: «*Considerata sotto l'aspetto sociale [...] la causa del negozio è propriamente la funzione economico-sociale che caratterizza il tipo di esso negozio quale fatto di autonomia privata (tipica, in questo senso) e ne determina il contenuto minimo necessario*»), stigmatizza quell'orientamento soggettivista poi destinato a essere superato, ma tornato da ultimo alla ribalta: contratto/operazione economica; causa/funzione economico-individuale; causa concreta/causa in concreto sono tutte espressioni che sottolineano la forza dell'autonomia privata, nella prospettiva economico-sociale, intesa in questo senso come pregiuridica.

Betti, naturalmente, critica l'affermazione giurisprudenziale per cui «la causa costituisce il risultato concreto, prevalentemente economico, che i contraenti si propongono di raggiungere»; mentre, altrettanto naturalmente, approva la seguente

affermazione: «Causa è lo scopo oggettivo socialmente apprezzabile che col porla in essere si vuole raggiungere e che l'ordinamento giuridico riconosce e tutela» (in entrambi i casi, si tratta di pronunce del 1946).

3. Ora, pur sulla base di questi pochi elementi (sui quali dirò più avanti ancora qualcosa), emerge bene il rapporto tra dimensione individuale e dimensione sociale del negozio giuridico.

L'ordinamento giuridico è il luogo di selezione degli interessi individuali giuridicamente rilevanti.

Del resto, Betti insiste, in queste pagine, nella differenza tra contenuto del negozio, rimesso al potere dispositivo delle parti, ed effetti del negozio, rimessi invece all'intervento, anche modificativo e integrativo, dell'ordinamento giuridico. Egli parla infatti di recezione dell'autonomia privata da parte dell'ordinamento giuridico.

Non ci stupiamo. La prospettiva di Betti è fortemente intrisa di un'etica che certamente non è l'etica sociale liberale, aperta al pluralismo, e che quindi ammette (o che dovrebbe ammettere) che l'individuo in quanto tale possa diventare fonte di trasformazione giuridica, e dunque fonte di diritto. Certo, non l'individuo isolato dal resto e atomizzato (che non è mai esistito, ed è la rappresentazione perfettamente caricaturale di chi guarda con sospetto a tutto ciò che rientra nella categoria dell'individualismo), ma l'individuo che vive in un contesto, in una società liberale, sotto l'ala protettrice di quel liberalismo comunitario (formula a mio avviso efficace ma poco amata, scontentando essa entrambi i versanti: i liberali, allergici al comunitarismo; i comunitaristi, allergici al liberalismo – oggi si parla anche di pluralismo inclusivo, e si tratta di una formula destinata a raccogliere, probabilmente, maggiori consensi) che favorisce il potenziamento di tutto ciò che è individuale, già sapendo che ciò che è individuale assume, *in melius* (l'innovazione sarà accolta) o *in peius* (l'innovazione sarà respinta), rilevanza sociale.

Il Betti teorico del negozio giuridico (lo specifico, perché il Betti autore della voce "Autonomia privata", apparsa nel "Novissimo digesto italiano" nel 1959, è invece maggiormente aperto alla creatività dell'autonomia privata, e soprattutto all'idea di un'autonomia privata, e quindi di libertà individuale, che riesca a incidere sull'ordinamento giuridico), tutto proteso, unidirezionalmente, verso il versante ordinamentale, ha una preoccupazione primaria: che l'autonomia privata non produca effetti antiordinamentali (ma un ordinamento inteso in stretto rigidamente oggettivo e gerarchico; un ordinamento chiuso; un ordinamento autoritario; un ordinamento necessariamente antisociale in tanto in quanto anti-individuale). Non sarebbe invero corretto parlare di effetti 'antisociali'; al contrario, si tratta di effetti che, in ipotesi, potrebbero essere socialmente benefici, ma che l'ordinamento (ovvero, la politica legislativa di quell'ordinamento e l'attuazione di quella politica legislativa attraverso la politica del diritto degli interpreti) reprime, appunto per ragioni politiche.

Perfetto esempio, in generale, di illiberalismo giuridico e, in particolare, di diritto privato illiberale.

4. La dinamica tra libertà individuale e dimensione sociale ci porta direttamente al rapporto (accennato prima) tra causa e meritevolezza e tra liceità e meritevolezza.

Nella prospettiva di Betti, il rapporto tra causa e meritevolezza è molto lineare, e il controllo sulla causa serve esattamente affinché la libertà individuale sia fatta convergere (possiamo anche dire: sia funzionalizzata) verso le scelte politiche dell'ordinamento.

Se la causa è tipica, ovviamente, il giudizio di meritevolezza è stato già svolto in senso favorevole dall'ordinamento giuridico; altrimenti non sarebbero stati tipizzati determinati contratti. Di fronte al contratto tipico, il problema della liceità della causa (anche *sub specie* di frode alla legge) emerge, ovviamente, quando quel tipo contrattuale contrasti, direttamente o indirettamente, con limiti inderogabili fissati dal legislatore a un agire negoziale in sé lecito; di fronte al contratto tipico, dato che la causa in senso astratto (ovvero quale funzione economico-sociale) è sempre lecita, appunto perché in questo senso la causa coincide interamente con la funzione economico-sociale che quel contratto deve realizzare nella prospettiva del legislatore, ciò che sarà illecito, funzionalmente, non potrà che essere la causa in senso concreto, e dunque rispetto agli effetti che le parti avrebbero inteso perseguire (proprio perché il controllo sugli effetti è rimesso interamente al legislatore).

Adottando una prospettiva laterale, o al limite obliqua, si potrebbe anche dire che tutte le ipotesi di causa illecita sono, a ben vedere, tutte ipotesi di frode alla legge, proprio perché, all'origine della vicenda negoziale, la causa c'è, ed è perfettamente lecita (siamo all'interno di un tipo contrattuale); ciò che è illecito, è il concreto modo di utilizzo della causa da parte dei contraenti, un uso abusivo, uno sviamento funzionale, un aggiramento, appunto, di un divieto ordinamentale, che è tale (cioè emerge) solo *ex post*, dunque dopo la conclusione del contratto, e all'inizio della fase esecutiva.

Del resto, un ordinamento autoritario che abbia al centro il tipo contrattuale non può che sbarrare la strada a un'autonomia privata la quale cerchi di sfuggire ai limiti intrinseci al tipo contrattuale, cioè, appunto, economico-funzionali.

In Betti, questa prospettiva trova un perfetto parallelismo sul versante della meritevolezza; la meritevolezza in questo senso non è un doppione inutile della liceità, perché, se il contratto è atipico, il primo filtro da superare è appunto quello della rilevanza sociale del contratto, o meglio, degli interessi che le parti hanno contrattualizzato. Dunque, se per i contratti tipici questo giudizio è stato appunto già svolto, e anzi possiamo dire che il contratto tipico è meritevole *in re ipsa*, per i contratti atipici ha ovviamente senso il giudizio preliminare di meritevolezza, che non è affatto un doppione della liceità: la meritevolezza serve proprio per poter esercitare un controllo generale sul contratto; il problema della liceità è successivo, come accennavo poco sopra.

Chiudo in questi termini: nella *Teoria del negozio giuridico*, il controllo ordinamentale sull'autonomia privata si muove lungo una strada che mira a eticizzare i comportamenti dei consociati; siamo ovviamente di fronte a un'eticizzazione ordinamentale, sì che l'intero assetto sociale risulti essere conforme alle direttive dell'ordinamento.

Un ordinamento che funziona nella logica dello stato etico (nel consueto significato di stato autoritario e di etica autoritaria), cioè nella logica dell'uniformità assiologica (un'assiologia organicistica, come ovvio, che gli stessi consociati intimamente e 'spontaneamente' condividono – è il classico fenomeno dello spontaneismo autoritario): «La coscienza sociale, dietro le cui orme si muove l'ordine giuridico, prende in considerazione vari tipi di interesse oggettivo al mutamento di certi stati di fatto e va elaborando criteri per prevenire e comporre le varie specie di *conflitti d'interesse* cui il mutamento sarebbe per dar luogo: criteri, che l'apprezzamento normale degli stessi interessati in conflitto riconosce idonei a giustificare il mutamento, a compensare la perdita o il vincolo, a legittimare l'acquisto o l'aspettativa» (p. 187; corsivo orig.).

Guido Alpa, militante della solidarietà – *in memoriam**

di MAURO GRONDONA
Professore ordinario di Diritto Privato
Università degli Studi di Genova

1. Riprendo questa mia ormai vecchia paginetta di appunti sparsi, che avevo predisposto in occasione di quella che si rivelò essere una raccolta ma intensa (soprattutto grazie alla consueta passione, argomentativa e civile, del presidente Michele Marchesiello, anch'egli prematuramente scomparso – il 12 luglio 2024 – e alle amichevoli e commosse parole rivolte a Guido Alpa da un attento e partecipe Sergio Maria Carbone, che sedeva tra il pubblico) presentazione – tenutasi il 20 febbraio 2023 presso il “Centro di Cultura, Formazione e Attività Forensi dell’Ordine degli Avvocati di Genova”, su iniziativa dell’avv. Damiano Fiorato – del volume di cui mi occupo brevissimamente qui ([G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Il Mulino, 2022]: il libro è stato molto ben accolto, da lettori e da pubblici molto diversificati, ed ha avuto numerose presentazioni. In questa sede ne segnalo due sole – una genovese e una romana –, poiché entrambe possono essere facilmente fruite telematicamente, nello spirito della *Rivista* che mi fa la cortesia di ospitarmi: <https://www.youtube.com/watch?v=Gj2NeeLEEJc>; <https://www.radioradicale.it/sc-heda/702044/presentazione-del-libro-di-guido-alpa-solidarieta-un-principio-normativo-il-mulino>), così idealmente riprendendo in parallelo, e in ideale continuità con l'autore, il discorso che ebbi modo di fare allora, in minima misura aggiornandolo, e volendolo oggi affettuosamente dedicare alla cara memoria di Guido Alpa.

2. Due osservazioni preliminari.

La prima. Questo è un libro militante, e fa propria, con forza programmatica, l'idea di un diritto militante. Lo scrive lo stesso autore nell'*Introduzione*, pensando alla solidarietà non tanto (e comunque non solo) quale programma filosofico-politico, ma soprattutto quale criterio giuridico, capace, in quanto tale (e, appunto, se disponga di giuristi tecnicamente provveduti, politicamente sensibili, culturalmente agguerriti, nonché sufficientemente fantasiosi: quella fantasia giuridica che, direi, è poi un tutt'uno con una metodologia giuridica costantemente trasformativa, ovvero costantemente attiva nella chiave della politica del diritto: il giurista fa politica perché il diritto è politica), di incidere nella profondità della dimensione giuridica, costantemente adeguandola a quei valori-principi che progressivamente si affermino, o che, progressivamente, necessitino di un sostegno da parte del ceto dei giuristi, sempre così assegnando alla dimensione giuridica una funzione sociale, e nella particolare prospettiva qui adottata, una funzione solidarista.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 25.03.2025.

Il diritto, dunque, come strumento principe della solidarietà politica: donde la solidarietà in funzione normativa; donde la solidarietà quale principio normativo: «[D]al diritto riflessivo, che si accontenta di una funzione notarile della storia, si è passati da tempo al diritto militante. [...] La *solidarietà* non è solo un valore-principio provvisto di significato filosofico e morale, è un valore-principio a *contenuto giuridico*, e perciò *precettivo*, strumentale alla realizzazione dei fini sociali. Decodificare la solidarietà, per comprenderne appieno le potenzialità, i travisamenti e le mistificazioni è dunque diventato, oggi più che mai, un compito affidato ai giuristi: un compito difficile, essendo tutti consapevoli che quel valore si basa su di una *utopia*, come sottolineava Stefano Rodotà, ancorché necessaria. Ecco perché la solidarietà, nel rispetto dell'autonomia privata e degli interessi collettivi, deve essere “reinventata”» [ALPA, op. cit., 9-10 e 11; corsivi orig.].

La seconda. Come spesso accade con i libri di Guido Alpa, i livelli di lettura possono essere molteplici. È senza dubbio vero, infatti, che questo volume non si indirizza espressamente, o addirittura esclusivamente, ai giuristi, ma – come usa dirsi – al pubblico colto; però, è anche vero che il tema della solidarietà, tutto impostato e svolto nella prospettiva della normatività (una solidarietà normativa, appunto, e cioè che si fa norma, grazie al lavoro di dettaglio del legislatore, ma soprattutto, almeno in certi ambiti e in certi contesti, dell'interprete, e primariamente del giudice) – e quindi una solidarietà non già confinata nell'ambito della declamazione politica, ma massimamente valorizzata in quanto fondamento di una politica del diritto militante, e dunque fonte di regole –, richiede inevitabilmente una qualche competenza giuridica, per poter essere apprezzato fino in fondo. Altrimenti, può sfuggire al lettore l'intensità di un lavoro ermeneutico che ha disegnato i molteplici volti della solidarietà. E sarebbe un peccato.

Aggiungerei un rilievo: è proprio di fronte al principio generale, alla disposizione contenente una fattispecie aperta, alla clausola generale, che propriamente si rivela la raffinatezza tecnica (e dunque costruttiva) del giurista. Che costruisce e ricostruisce un sistema (più o meno ampio – al limite anche settoriale, ma questo aspetto è irrilevante: conta la sensibilità ordinante del giurista, in quanto, al contempo, specialista, con riguardo agli strumenti con lui lavora, e generalista, con riguardo alla cultura che lo connota, o che lo dovrebbe connotare; e del resto è solo grazie al respiro culturale che si può essere ‘buoni giuristi’, ovvero giuristi militanti, aperti al conflitto intellettuale e fiduciosi nella forza delle idee, e contro l'ostacolo, solo apparente, rappresentato dal diritto positivo. Il quale diritto positivo, però, in quanto prodotto di un ordinamento liberaldemocratico non può essere automaticamente assunto dall'interprete in prospettiva antagonista. Invero, la connotazione antimaggioritaria, oggi assai diffusa nella giurisdizione, può certamente essere, istituzionalmente, non solo inopportuna, ma illegittima – e questo è un aspetto di cui occorre tener conto, e che anzi occorre enfatizzare, soprattutto da parte di quei giuristi provvisti di coscienza e convinzione autenticamente liberaldemocratiche: anche il *self restraint* giurisdizionale, in questa chiave, è espressione dello stato di diritto. [Su questi temi, vanno ora viste le pagine, al contempo soavi e impegnative, di C. CONSOLO, *Sergio Chiarloni, giusrealista curioso*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 1, 109 ss., spec. il § 3, e in particolare quanto si legge, *ivi*, a 116]) – ma dicevo: il giurista costantemente costruisce e ricostruisce il sistema grazie alla propria sapienza tecnica (in questa chiave, ogni concetto giuridico va valorizzato nella sua portata massimamente relativizzante: tutto ciò che tecnicamente già esiste, o che può essere immaginato, verosimilmente potrà rivelarsi utile, in funzione costruttiva), a partire da

ineliminabili premesse di valore, ovvero ideologiche. Il diritto è intrinsecamente politica, e dunque il giudizio giuridico è intrinsecamente un giudizio politico, dovendosi però poi distinguere tra politica del diritto degli interpreti e politica legislativa: e proprio qui, del resto, si apre lo spazio che impone la ricerca del tasso liberaldemocraticamente sostenibile di conflittualità endoistituzionale, tra differenti fonti del diritto – legislazione e giurisdizione –, la cui forza individualmente legittimamente non è affatto sempre uguale a sé stessa, proprio perché, all’opposto, è variabile dipendente non solo del principio-valore ‘stabilità dell’ordinamento’, ma anche del principio-valore ‘indirizzo politico dell’ordinamento’, che solo indirettamente può essere attratto nella sfera della competenza giurisdizionale. Ecco, allora, che le qui sopra richiamate ineliminabili premesse ideologiche dell’interprete entrano necessariamente in relazione dialettica con un ordinamento inteso quale ‘dato normativo’, sul quale retroagisce il lavoro costruttivo dell’interprete, dando così vita a un ordinamento inteso quale ‘costruito normativo’.

In quest’ordine di idee, il lavoro costruttivo del giurista non è affatto solo quello del giurista accademico, ma è anche quello (e in certi momenti storici e in certi ambiti, soprattutto quello) del giurista pratico, il quale, senza dubbio, potrà mettere ottimamente a frutto la propria fantasia tecnica, in stretta connessione con quella tensione ideale che attraversa tutto il volume di Guido Alpa e che poi, a ben vedere, altro non è se non l’esigenza di «conservare e far prosperare la comunità» [ALPA, op. cit., 23]: esigenza massimamente politica. Volendo usare il linguaggio della filosofia politica, infatti, potremmo allora anche dire che la solidarietà intesa quale principio normativo si presenta sia come premessa ideologica sia quale strumento operativo per (costantemente ri-)fondare la società giusta: concetto senza dubbio storicamente connotato; ma concetto che diventa un assioma della vita collettiva.

C’è, infatti, un intero capitolo (il XII: «La solidarietà nel diritto privato»), che ben può ispirare il lavoro quotidiano dell’operatore giuridico, appunto perché in queste pagine Guido Alpa si sofferma sulle ormai numerose applicazioni civilistiche della solidarietà, offrendo molti spunti di approfondimento teorico e di attuazione pratica, direi anzi auspicando, da parte del lettore-giurista, una ‘filologia della ricezione’, con al centro il giurista, che in questo senso diviene autore della ‘tradizione della solidarietà’ (e non certo nella unilaterale direzione della continuità).

Basta infatti andare al *Congedo* per rendersene conto: «Il principio di solidarietà è un’*opera aperta*, è la nota di una sinfonia che può essere variamente ripercorsa e la sinfonia può prendere toni tenui o più forti. È una costante nelle fonti del diritto, costituzionale, civile e commerciale. Spetta al giurista con la sua cultura e il suo impegno civile, con la sua competenza e la sua costanza, esprimerne tutte le potenzialità. [...] Questo libro non ha conclusioni. Il percorso della solidarietà è lungo e tortuoso, e senza fine» [ALPA, op. cit., 299; corsivo orig.].

Il giurista diviene allora, o può davvero diventare, e nient’affatto retoricamente, autore della stessa solidarietà: una solidarietà che, in quanto politica, diviene giuridica, e pertanto diviene diritto – vigente e vivente.

Una solidarietà, dunque, quale dimensione primaria della società aperta, che in questo senso è anche, o è soprattutto, una società che si prefigge di tendere a una complessiva armonia, volendo così ripensare al nobile insegnamento di Adam Smith, che non era contrassegnato – come lo era invece quello del Bastiat delle ‘armonie economiche’, «schietto ed energico propagatore di quella tendenza filantropica ed affettuosa, in difetto della quale l’Economia politica inaridisce, o degenera», citando

famose parole, e pur espresse in segno di consenso, di Francesco Ferrara: e Bastiat è puntualmente richiamato da Alpa, alle pp. 29-30, testo e nota 26 – da un fideismo cieco, o mistico, o religioso, riponendo fiducia in un’armonia di mercato prestabilita, che invero non può esistere, posto che il mercato è il luogo della competizione, del conflitto, del disequilibrio, e, dunque, di quella schumpeteriana ‘distruzione creatrice’, che è un carburante inesauribile.

Un’armonia non già prestabilita, certo, ma non ci sono dubbi, direi, che tale complessiva armonia sociale debba sempre essere perseguita con tutti gli strumenti di cui l’umanità, nel corso del suo sviluppo storico, dispone, e pertanto anche con gli strumenti dell’economia politica, della politica economica, della politica legislativa, della politica del diritto. Per felice coincidenza, pochi giorni fa è stato opportunamente ricordato come proprio Adam Smith abbia scritto che «nessuna società può essere fiorente e felice se la maggior parte dei suoi membri è povera e miserabile»: [M. DE CAROLIS, *Caffè, Sraffa e compagnia: buone vecchie abitudini, resistere al mainstream*, in *Alias*, domenica 9 marzo 2025, <https://ilmanifesto.it/caffe-sraffa-e-compagnia-buone-vecchie-abitudini-resistere-al-mainstream>]).

L’armonia cui la società aperta guarda e aspira è un’armonia dialettica, non certo predeterminata e non certo spontanea. Donde la necessità di una costante tensione ideologico-politica e una parallela conversione di essa in linguaggio tecnico, qui pensando soprattutto ai confinanti ambiti del diritto e dell’economia. In questo senso il principio della solidarietà non è altro che lo strumento attraverso cui si arriva a un bilanciamento socialmente opportuno delle relazioni intersoggettive; un bilanciamento da accettarsi come tale in chiave liberaldemocratica, sia esso, *pro tempore*, maggiormente orientato verso lo Stato oppure verso il mercato. Ma lo Stato e il mercato non solo esistono anche grazie al principio di solidarietà, che è un altro modo di chiamare il principio di cooperazione, ma sono il frutto di una trasversale solidarietà, politica, economica, giuridica, primariamente tra gli individui, perché è da essi che nasce la dimensione collettiva, e la solidarietà (e in senso anche più ampio il solidarismo) non può essere concepita quale avversaria dell’individualismo.

3. Com’è fatto il libro? Ha un contenuto senza dubbio variegato. Intanto, perché, geograficamente, copre tutta l’area europea, nel senso che l’autore, provvisto di una spiccata vocazione comparatistica, è andato alla ricerca di convergenze e divergenze, all’interno dei vari ordinamenti giuridici e delle varie tradizioni costituzionali; ma poi c’è l’elemento storico; e la ben nota sensibilità storiografica di Guido Alpa gli consente, in un centinaio di pagine circa (penso soprattutto ai Capp. I-V), di tracciare linearmente il percorso storico-politico della solidarietà, che da declamazione diventa principio normativo e quindi si insinua beneficamente in tutti gli spazi dell’ordinamento.

Naturalmente non voglio trasmettere un’immagine pacifica della solidarietà, perché è verissimo che, anche da noi (pur trattandosi di opinione recessiva), qualche resistenza, di fronte alla solidarietà intesa, in senso forte, quale principio normativo, si ravvisa. Del resto, la solidarietà, che sarà forse un ‘brutto francesismo’ (secondo l’opinione, invero discutibile – come francamente spesso gli accadeva di formularne –, del Tommaseo: il riferimento si legge a p. 13), in quanto parola politica, ha certo in sé un alto potenziale ideologico [e infatti ALPA, op. cit., 181, nota 3, richiama l’insegnamento di Foucault: l’uso delle parole ha sempre una piega ideologica].

Ma la resistenza alla solidarietà, cui ho appena alluso, non va intesa nel senso di rifiutare la forza normativa della solidarietà: si tratta, almeno nel diritto civile

contemporaneo, di differenziare le possibili calibrature della rilevanza giuridica del principio di solidarietà nei rapporti tra privati. In particolare: applicazione anche diretta, da parte del giudice, o solo indiretta, solo dopo la traduzione in regola di dettaglio da parte del legislatore?

L'affresco sulla solidarietà che dal libro (che non racconta solo il percorso di un'idea, ma offre all'interprete una precisa linea di riflessione e poi di azione, tanto in chiave di politica del diritto, quanto in chiave tecnica giuridica) emerge consente anche di vedere le varie tappe che hanno connotato questo principio, tanto rispetto all'ordinamento, quale sistema di tutela sociale (una solidarietà, in questo senso, verticale), quanto rispetto ai diritti e ai doveri individuali (una solidarietà, in questo senso, orizzontale).

Proprio perché un aspetto molto evidente nella storia interna del principio di solidarietà è il significativo intreccio, non solo tra ordinamento e diritti e doveri dei singoli, ma anche tra gli stessi diritti e doveri dei singoli.

In altre parole, la solidarietà (e non è affatto un paradosso, anzi) ben può essere declinata e svolta anche in chiave liberale. Non siamo naturalmente di fronte a un moralismo solidaristico, magari di classe o comunque elitista, elargito con qualche snobismo o supponenza, dall'alto della propria solidità, in primo luogo economica, di posizione (quando non di rendita). Siamo invece di fronte a una solidarietà che, muova pure essa, al limite, da una dimensione etico-religiosa, assume una evidente e decisiva portata politica, rispetto alla costruzione dello spazio sociale, rafforzando il senso del dovere individuale; e così, a sua volta, rafforzando il senso della comunità; e così, ancora, snellendo, anche in termini economici, una solidarietà di Stato, e alla fine statalista, e invece irrobustendo quel solidarismo individualistico che, di nuovo, non è affatto un paradosso, ma è uno dei volti politicamente più simpatici della società aperta, che accoglie tutti e solidarizza con tutti, perché tutti responsabilizza. Essere reciprocamente responsabili e essere responsabili verso sé stessi è certamente una espressione, tra le molte, del principio di solidarietà, che in questo senso lega la dimensione del diritto e della pretesa a quella del dovere, dell'obbligo, dell'obbligazione, tanto giuridica quanto politica. Starei per dire che la più nobile espressione del principio di solidarietà è il principio di autoresponsabilità (tema affascinante, quest'ultimo, cui si è dedicato, approdando a risultati significativi, [G. SANTUCCI, *Chi è causa del suo mal pianga se stesso. Emilio Betti e «quel senso di autoresponsabilità, che i romani mostrano così vivo»*, Il Mulino, 2024]).

Quanto appena rilevato è un altro aspetto che nel libro di Guido Alpa trova terreno fertile: di discussione e di costruzione. Soprattutto perché la tensione tra una solidarietà pubblicistica e una solidarietà privatistica non solo rappresenta la traiettoria storica del principio di solidarietà in sé, ma esprime le politiche del diritto e le tecniche giuridiche della solidarietà, la quale, a sua volta, si presenta quale capitolo, mai concluso e sempre in fase di riscrittura, della teoria generale della società.

Da un lato, c'è l'idea di una solidarietà giuridica che impone allo Stato di intervenire con politiche rivolte alla tutela di individui e di gruppi – siamo qui di fronte alle politiche sociali della solidarietà. Dall'altro lato, c'è l'idea di una solidarietà che è altrettanto giuridica ma che sorge all'interno dei rapporti tra consociati, e che esprime il senso della relazionalità della vita aggregata e quindi dei rapporti giuridici – siamo qui di fronte alle politiche individuali della solidarietà.

C'è un evidente nesso tra solidarismo e liberalismo, e non affatto vero che il liberalismo, in quanto tale, sia antitetico al solidarismo: ma certamente c'è un solidarismo di Stato e un solidarismo di mercato. Solidarismi differenti ma reciprocamente integranti. Del resto, il senso del fallimento del mercato (se proprio vogliamo usare questa espressione diffusa) è quello di esprimere l'impossibilità di far ricorso a regole private, e infatti, ma solo a questo punto, si giustifica allora l'intervento pubblico. È chiaro che tanto lo spazio del solidarismo che trova fondamento nell'autonomia privata quanto lo spazio del solidarismo che trova fondamento nell'intervento statale hanno una estensione variabile, ma non già in proporzione dell'estensione dell'aspettativa di solidarietà (tendenzialmente crescente, nella società aperta, perché è la stessa libertà individuale a essere fonte di solidarietà, vorrei dire moltiplicatore della solidarietà), quanto in funzione delle condizioni di contesto che indirizzano il soddisfacimento della solidarietà, ora più sul versante pubblicistico, ora più sul versante privatistico.

Aggiungerei una considerazione, pensando in particolare al versante privatistico. La formula, a suo modo gloriosa e che Guido Alpa espressamente e simpateticamente evoca [ALPA, op. cit., 133], dell'uso alternativo del diritto può essere guardata, retrospettivamente e storiograficamente, come rivoluzionaria, ma da tempo è ben presente all'interno della fisiologia del diritto vivente, consentendo quei percorsi della solidarietà all'insegna della *Law and Society* e della *Law in Context*, che esprimono poi la autentica cifra intellettuale del giurista-teorico sociale e del giurista-sociologo, ovvero del giurista antiformalista, e come tale giurista militante (del resto, il padre della sociologia giuridica, ovvero Eugen Ehrlich, era considerato figura eminente nell'ambito dei 'cultori del diritto libero': «[A]ls führender Kopf der Freirechtler», [come scrive R. SEINECKE, *Der Rechtsbegriff des lebenden Rechts*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2024, <https://doi.org/10.1515/zfrs-2024-2003>, 241 ss., qui 244]).

Tutto il grande processo di costituzionalizzazione del diritto privato si è del resto mosso all'insegna di un uso alternativo del diritto declinato in senso non già rivoluzionario (come, in effetti, negli anni Settanta più di qualcuno avrebbe allora desiderato e immaginato), ma riformista e riformatore, diciamo pure liberalsocialista e socialista-liberale, che è poi la cifra di ogni autentica e effettiva liberaldemocrazia.

Il liberalsocialismo, vorrei anzi dire, è la migliore espressione della solidarietà politica (pensando sia alla teoria politica quanto alla prassi politica).

L'uso alternativo del diritto, e dunque la progressiva penetrazione dei principi costituzionali nel diritto privato, ha fatto sì che, soprattutto in Europa, si sia tutti d'accordo nel ritenere che la solidarietà abbia raggiunto una forza giuridica che si esercita, in modo trasversale, sull'intero ordinamento giuridico. Si potrebbe anche parlare di un ordine giuridico della solidarietà intrecciato all'ordine giuridico del mercato, a cavallo dell'ordine spontaneo e dell'ordine costruito; del liberalismo e dell'ordoliberalismo (e opportunamente Alpa si sofferma, nel Cap. XI, sull'economia sociale di mercato: «Le forze di mercato lasciate libere non portano ad una situazione di libertà per tutti né possono assicurare un mercato efficiente. [...] L'economia di mercato deve essere quindi indirizzata alla distensione e alla pace tra i consociati», [ALPA, op. cit., 228 e 229]. E sotto questo profilo, al di là delle consuete critiche, provenienti sia da destra che da sinistra, sarei molto cauto nel considerare il fondamento politico ordoliberal dell'Unione europea come un fallimento, o, peggio, come una deriva 'neoliberale' – intendendosi, con questo aggettivo, solitamente usato dai critici, un ritorno, per vero

impossibile, al liberalismo classico: basta pensare al diritto privato di fonte UE, ma anche al 'diritto privato europeo', rimasto purtroppo confinato allo stadio del nobile progetto, per affermare con certezza che la solidarietà, mediata e concretizzata dalla buona fede, è ben presente non solo nel contratto ma in tutti i rapporti privatistici: [ALPA, op. cit., in particolare i Capp. IX e XII]).

Questa crescente forza normativa della solidarietà ha del resto seguito la traiettoria di una giurisprudenza sempre più protagonista sul fronte del cosiddetto diritto vivente (un 'diritto vivente' all'italiana, ovvero nel senso della *'law in action'*, e non nel senso, originario, del *'lebendes Recht'* alla Ehrlich, che, ben diversamente, era una formula usata in chiave descrittiva per esprimere lo strato profondo del, e sottostante al, diritto formalizzato; al limite, una formula prossima a un diritto naturale storicizzato, e dunque una formula apprezzabile più in chiave antropologica che non di diritto positivizzato, al di là della fonte di tale positivizzazione – legislazione o giurisdizione che sia. Ho fatto questo minimo cenno a un tema assai delicato e controverso soprattutto per richiamare nuovamente un saggio esemplare, per chiarezza di impostazione e di obiettivi: [cfr. infatti R. SEINECKE, op. cit., spec. 245-249]. Rinvio ben volentieri a questo contributo, anche perché ivi ci si imbatte in una osservazione oltremodo opportuna pure per il dibattito italiano, troppo spesso afflitto dall'equazione – antistorica e anticontestuale –, per cui diritto vivente/diritto giurisprudenziale/creazionismo giurisprudenziale = diritto arbitrario/diritto totalitario/dittatura giurisprudenziale: «*Freirecht und soziologische Jurisprudenz aber waren keine Wegbereiter nationalsozialistischen Rechts*» [SEINECKE, op. cit., 247]), nonché sul fronte al confine tra discrezionalità e creatività giurisprudenziale (una creatività, appunto, che ormai non pochi stigmatizzano riqualficandola in termini di 'creazionismo giudiziario'. Ma Guido Alpa va certamente annoverato, e da decenni, tra le voci favorevoli a una giurisprudenza creativa: «Si può dire che la Carta è stata in gran parte attuata grazie alla creatività della giurisprudenza, aspetto questo che si è potuto concretamente formare solo quando la cultura dei giuristi ha saputo distaccarsi dalla dogmatica e dalla tradizione che avevano pietrificato la loro funzione»: [ALPA, op. cit., 133]).

Del resto, l'obiettivo di assicurare un certo grado di giustizia è da sempre presente all'interno della dimensione della giuridicità: anche il celebre 'chi dice contrattuale dice giusto' esprime l'ineluttabilità e l'ineliminabilità della presenza della giustizia pure all'interno dei rapporti contrattuali (anzi, la formula è appunto nata quale sintesi della massima giustizia immaginabile, ovvero quella contrattuale, perché fondata sulla libertà del consenso), enfatizzando essa, appunto, la forza giuridica, e perciò trasformativa (e in questo senso rivoluzionaria rispetto al vecchio regime), della libertà individuale.

Quindi, quello che potremmo definire l'ottimo paretiano della solidarietà è un punto instabile, come sempre instabile è la relazione tra libertà e limiti; tra libertà e autorità; tra i differenti contenuti della solidarietà, statale e individuale.

Di fronte a ogni problema intrecciato a una relazione di poteri e tra poteri, di interessi e tra interessi, la risposta si muove sempre lungo la linea del 'dipende': il contesto sociale è il cardine sul quale ruotano gli assi di ogni relazione giuridicamente rilevante; e peraltro, poiché in una società pienamente pluralista come quella attuale sono i contesti a essere molteplici (è il tempo della complessità contestuale, da cui il paradigma del condizionamento contestuale da mettere a frutto anche nel nostro campo), è comprensibile il successo di una giurisprudenza che si percepisce quale mediatrice sociale.

Il tempo storico del pluralismo culturale trova un'affidabile alleata nella giurisprudenza sociologica, enfatizzando la politicità del giuridico e la giuridicità del politico, che nel lavoro teorico e applicativo approdano a una dialettica composizione: ecco, in sintesi, la cifra metodologica e la vocazione giuspolitica di Guido Alpa, al quale, anche in chiusura di discorso, desidero rivolgere un grato pensiero.

Il contratto nella dialettica tra autonomia privata e ordinamento giuridico. Una discussione sempre viva*

di ANDREA NERVI

Professore ordinario di Diritto Privato
Università degli Studi di Sassari

SOMMARIO: 1. Sintesi dell'evoluzione storica. – 2. Fattori dirompenti: a) gli scambi sovranazionali. – 3. (segue): l'avvento del diritto unionale. – 4. Il quadro attuale e le prospettive.

1. Il rapporto tra autonomia privata e ordinamento giuridico continua a suscitare discussioni. Vi è stato un lungo periodo (corrispondente all'incirca all'Ottocento e Novecento) in cui i due poli, pur mantenendo un costante rapporto dialettico, avevano raggiunto un apparente equilibrio.

L'assetto ora riferito presupponeva l'esistenza di un solido apparato pubblico, da identificarsi tendenzialmente con l'ordinamento nazionale, che si faceva carico di un duplice ruolo: per un verso, si preoccupava di soddisfare – attraverso propri e peculiari strumenti autoritativi – gli interessi di portata generale, quali avvertiti dalla coscienza sociale e politica storicamente dominante. Per altro verso, e di conseguenza, quell'apparato andava a presidiare la cinta esterna dell'ordinamento, all'interno della quale gli individui potevano agire nel perseguimento dei propri interessi attraverso gli strumenti caratteristici del diritto privato, tra cui *in primis* il contratto.

In quel contesto si era consolidato un modello teorico, in base al quale il contratto nasce – per così dire – dal basso, ovvero dall'insopprimibile tendenza dell'individuo a relazionarsi con i propri simili per scambiare beni ed altre utilità, procurandosi ciò che serve a soddisfare i propri interessi e le proprie esigenze. Ciò corrisponde alla tesi che vede nell'autonomia privata una sorta di universo autonomo e separato dall'ordinamento giuridico; i due mondi, non di meno, entrano in relazione tra loro, e tale relazione si atteggia nei termini di un riconoscimento del piano privatistico (ovvero, della autoregolamentazione dei privati) da parte dell'ordinamento.

Il riconoscimento non è automatico, ma transita attraverso una valutazione di compatibilità tra, da un lato, gli strumenti adottati ed i fini perseguiti dai privati e, dall'altro lato, il complesso di regole, principi e valori espressi dal sistema. La mancata elargizione del riconoscimento non impedisce alla regola privata di raggiungere l'obiettivo voluto dalle parti, ma – più semplicemente – impedisce loro di avvalersi dell'apparato coercitivo che caratterizza il *modus operandi* dell'ordinamento giuridico statale.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 17.02.2025.

La tesi qui tratteggiata attribuisce al piano delle relazioni tra privati una consistenza sostanzialmente autonoma ed indipendente dall'ordinamento giuridico, che – per ragioni di natura storica – viene identificato con i singoli sistemi nazionali. Anzi, a ben vedere, gli epigoni di questa impostazione non nascondono un certo fastidio nei confronti della pretesa, propria del legislatore statale, di impadronirsi del processo di produzione e di applicazione del diritto civile, che, viceversa, fino a quel momento sarebbe storicamente vissuto e prosperato in una sorta di stato di natura.

Dal punto di vista storico, questa “appropriazione” prende avvio con la codificazione napoleonica del 1804 e, da lì, si propaga progressivamente in tutta l'Europa continentale, nonché nei territori che erano controllati politicamente dai Paesi europei. Ci si è quindi chiesti se l'evento rappresentato dalla codificazione del diritto civile abbia lasciato inalterata la natura di questa branca della scienza giuridica, incidendo unicamente sulle tecniche di formazione e di applicazione delle norme, o se invece sia stata modificata anche la sostanza dei suoi istituti fondamentali, a partire da quello contrattuale.

In larga misura, la narrazione consueta è rimasta propensa a seguire il primo corno dell'alternativa, che è stato inteso come maggiormente fedele alla tradizione storica e, dunque, come più rassicurante, assecondando quella diffidenza verso le novità che caratterizza abitualmente la scienza giuridica privatistica. È stata così coniata quella costruzione secondo cui l'ordinamento giuridico si frappone tra la volontà dei privati e gli effetti che quest'ultima intende produrre sul piano del concreto assetto dei rapporti socio-economici, lasciando intendere che è proprio quella volontà a produrre gli effetti giuridici che l'ordinamento riconosce e consolida. In altri termini, il ruolo dell'ordinamento giuridico consiste nel dar vita a quelle conseguenze giuridiche che risultano maggiormente funzionali a realizzare gli interessi concretamente perseguiti dai privati nella libera esplicazione delle loro attività.

La narrazione ora sintetizzata è giunta, pressoché inalterata, fino ai nostri giorni, e mantiene una non trascurabile centralità anche nell'insegnamento universitario. Vero è che quella costruzione aveva, e conserva tuttora, un fascino innegabile, nella misura in cui genera l'impressione secondo cui l'individuo sia in grado di dirigere e controllare gli effetti giuridici delle proprie azioni. Ancor più rassicurante, poi, è pensare che l'ordinamento giuridico sia impostato e costruito con questa specifica finalità, ovvero quella di assecondare il raggiungimento degli obiettivi e la soddisfazione delle istanze perseguite dall'individuo, fermo restando il rispetto dei limiti e delle prescrizioni inderogabili. È questo fascino, probabilmente, a spiegare l'attaccamento dei giuristi a questa “attraente” costruzione, nonché le difficoltà a prenderne le distanze, pur a fronte dei segnali inequivocabili che ne evidenziano le criticità intrinseche.

In realtà, ricostruendo sommariamente la vicenda in una prospettiva storica, l'“appropriazione” del diritto civile da parte dell'ordinamento giuridico (allora solo statale) non è stato un evento neutro, ma il segno di una svolta che ha inciso in profondità sugli istituti civilistici, a partire proprio dal contratto, nel segno della loro funzionalizzazione verso finalità eterodeterminate. La svolta è stata inizialmente “morbida”, e dunque scarsamente avvertibile, perché la scelta politica della fase c.d. proto-liberale era orientata in senso favorevole alla piena libertà di movimento dell'individuo, che si era appena “liberato” della pesante sovrastruttura caratteristica dell'*Ancien Régime*. Deve però essere chiaro che questa è stata una scelta di natura appunto politica, e non obbligata da un presunto “stato di natura” del diritto civile e

contrattuale, che l'ordinamento giuridico statale si sarebbe limitato a riconoscere e presidiare.

Prova ne sia che – proseguendo nella sommaria sintesi storica – allorché l'assetto sociopolitico noto come proto-liberale è entrato in crisi per cause ad esso endogene, l'ordinamento giuridico non ha esitato ad intervenire dall'esterno sulla dinamica dell'istituto contrattuale, nel senso di correggerne storture e squilibri, ovvero di sovrapporre alla volontà dei paciscenti determinazioni di diverso contenuto, ovvero ancora di intervenire sulla durata e sulla sorte del vincolo.

Restringendo lo sguardo all'esperienza italiana, già la legislazione emergenziale che ha accompagnato la Prima guerra mondiale offre numerosi esempi di interventi legislativi volti a conformare il contenuto del contratto. Questa linea di tendenza assume poi una portata sistematica nella codificazione del 1942, che – a ben vedere – ci consegna una rappresentazione del contratto molto diversa da quella “arcadica” del mero incontro di volontà delle parti, destinato ad essere semplicemente riconosciuto e valutato dall'ordinamento giuridico statale.

L'istituto contrattuale delineato nel codice del 1942 mantiene – almeno in superficie – un'immagine fedele alla tradizione volontaristica, ma nella sostanza risulta configurato in maniera tale da fungere da strumento di politica economica e, come tale, è reso disponibile all'impiego da parte dell'autorità politica per le finalità da essa stabilite. Ciò non deve stupire, se solo si pone mente alle logiche che hanno guidato la stagione del corporativismo, di cui il codice costituisce per l'appunto il frutto normativo più maturo.

In fondo, lo stesso dato dell'unificazione dei codici (civile e di commercio), non sempre valorizzato in maniera adeguata nella riflessione scientifica, attesta il superamento della dimensione individualistica e l'ingresso dell'istituto contrattuale in una nuova prospettiva sistematica. In questo nuovo scenario, la disciplina dell'istituto contrattuale deve essere “plasmata” in conformità alle esigenze ed alle istanze proprie di un'organizzazione produttiva (quale appunto l'impresa); ciò significa che il contratto si distacca dall'approccio prettamente individualista, ossia tarato sulla persona fisica, che era proprio del diritto *bourgeois*. In termini più diretti, il contratto dell'imprenditore (tanto più se quest'ultimo assume la veste societaria) è intrinsecamente diverso dal contratto della persona fisica, e di ciò il legislatore del 1942 mostra di essere perfettamente consapevole in numerosi passaggi della sistemazione normativa da esso congegnata.

Tra gli altri, uno spunto meritevole di essere richiamato è offerto dall'art. 1341 c.c., e soprattutto dal primo comma, ove si prevede che il contratto predisposto, se reso conoscibile, diviene vincolante anche per quel contraente che, in punto di fatto, sia ignaro del suo contenuto. In questo modo, il legislatore del 1942 riconosce che il contratto seriale, con cui l'imprenditore si rivolge stabilmente al mercato per organizzare e gestire i propri rapporti, è dotato di una forza propria ed intrinseca, che assume una efficacia vincolante anche per la controparte, pure a prescindere dalla sua consapevolezza e – *a fortiori* – dalla sua adesione volontaria.

Qui sembra evidente il congedo dalla dimensione volontaristica: il contratto “del” mercato ha assunto una consistenza ormai autonoma, che l'ordinamento non può, né vuole, contrastare, limitandosi a regolarne le ricadute in punto di rilevanza ed efficacia. La volontà delle parti (o almeno quella dell'aderente) ha perduto il ruolo decisivo, per divenire un mero tassello del percorso che conduce all'efficacia giuridica di quell'assetto

di interessi; di più, si tratta di un tassello surrogabile, se risulta verificata la presenza degli indici formali specificamente indicati dallo stesso legislatore.

La ricostruzione ora fornita non sembra subire apprezzabili modifiche per effetto della frattura istituzionale occorsa alla fine della Seconda guerra mondiale, né per effetto dell'avvento della Costituzione repubblicana. Malgrado l'affermazione possa risultare politicamente scomoda, occorre realisticamente riconoscere l'esistenza di una sostanziale continuità tra l'assetto delineato nel codice civile e la sistemazione dei diritti e delle libertà patrimoniali ed economiche contenuta nella Carta fondamentale.

La nozione di autonomia contrattuale non è ivi menzionata, e la dottrina civilistica tuttora si affanna alla ricerca del suo fondamento, guardando ora all'art. 41, ora alle norme di principio contenute agli artt. 2 e 3. Vero è, probabilmente, che il tema era estraneo all'attenzione del legislatore costituente, per il quale l'autonomia contrattuale rifluiva nel più ampio scenario concernente l'impostazione del sistema economico di riferimento, che si volle caratterizzato da una marcata presenza della mano pubblica, secondo una prospettiva che possiamo certamente definire come keynesiana. In questo contesto non era in discussione il fatto che l'autonomia contrattuale, in quanto segmento costitutivo dell'iniziativa economica privata, costituisse un oggetto "manipolabile" da parte del legislatore, nel quadro complessivo della programmazione del sistema economico.

Indubbiamente, il rapporto tra Costituzione ed autonomia privata rimane un problema irrisolto; nell'esperienza applicativa della Carta questa criticità si è manifestata almeno in due occasioni. La prima risale al momento in cui i giuristi italiani hanno dovuto fare i conti con le norme in materia di assetto concorrenziale del mercato. Trattasi di norme di matrice anglosassone, ma – formalmente – di derivazione europea, che sono state però recepite anche a livello nazionale. Qui si è posto il problema di valutare la "consistenza" di queste regole e, soprattutto, la loro idoneità ad incidere sull'esercizio dell'autonomia negoziale da parte degli operatori di mercato.

L'esperienza è stata interessante nella misura in cui ha consentito di far maturare la consapevolezza del fatto che l'autonomia negoziale non è un valore assoluto di per sé, ma è suscettibile di controlli, limitazioni, ed anche sanzioni, qualora incida negativamente sul funzionamento del mercato, nel senso di restringere o limitare le dinamiche concorrenziali ed i benefici che possono derivarne. Più esattamente, l'esperienza ora riferita avverte nitidamente la natura problematica del rapporto tra la libera esplicazione dell'autonomia contrattuale e gli effetti che essa produce sull'assetto del mercato, e prospetta l'esigenza di effettuare un bilanciamento tra i due poli del confronto dialettico; questa impostazione assegna ad un soggetto terzo (che, a seconda dei casi può essere il giudice o l'autorità amministrativa preposta al mercato) il relativo compito, soppesando le grandezze ed i valori in gioco.

L'altra esperienza problematica è prettamente domestica, e scaturisce dalla recente evoluzione della giurisprudenza (costituzionale e di legittimità), che tende a scrutinare le manifestazioni di autonomia privata mediante la diretta applicazione dei principi costituzionali, tra cui soprattutto quello di solidarietà *ex art. 2*, a cui viene ricollegata la clausola generale di buona fede. Anche questa esperienza conferma – per altra via – l'idea secondo cui il fenomeno contrattuale deve ritenersi permeabile da principi, valori ed istanze ad esso estrinseci.

2. Il quadro finora tratteggiato presenta una voluta caratterizzazione in termini duopolistici: l'autonomia privata vive in rapporto dialettico e/o simbiotico con

l'ordinamento giuridico statale, e dunque svolge la sua funzione di autoregolamentazione degli interessi privati in base alle scelte politiche compiute dall'autorità costituita; il contenuto di queste scelte, storicamente mutevoli, condiziona l'incidenza della forza autoregolamentare esplicita dal diritto dei privati.

A partire dalla seconda metà del Novecento l'assetto duopolistico progressivamente si frantuma. Ai fini della presente narrazione meritano di essere ricordati – senza pretese di completezza – quantomeno due fattori evolutivi.

Il primo di essi consiste nella progressiva intensificazione degli scambi internazionali, che – soprattutto nella fase iniziale, corrispondente alla c.d. Guerra Fredda – ha interessato i Paesi del blocco occidentale ed è stato caratterizzato dalla marcata egemonia degli Stati Uniti d'America. In questo contesto socio-politico, le imprese statunitensi sono progressivamente penetrate nei mercati europei e, per ciò che rileva in questa sede, anche in quello italiano.

Il fenomeno storico ora riferito ha prodotto alcune significative conseguenze sul piano giuridico, che non sempre sono state adeguatamente avvertite e valorizzate a livello scientifico. La penetrazione dei mercati da parte di questi operatori economici si è tradotta nell'impiego sistematico di modelli e clausole contrattuali, che erano stati concepiti ed elaborati da quelle imprese (ovvero dai loro consulenti legali) in maniera ovviamente funzionale ai loro interessi.

Il dato scientificamente rilevante risiede nel fatto che il contratto di matrice anglosassone è un contratto per definizione autosufficiente, nel senso che, non potendo contare su un apparato legislativo di stampo codicistico, deve necessariamente contenere una disciplina completa ed esaustiva dell'operazione economica che con esso si attua. In maniera provocatoria, si potrebbe affermare che si tratta di un contratto destinato a farsi legge da solo in virtù di una propria forza intrinseca, in quanto grazie ad esso l'impresa predisponente riesce ad organizzare la penetrazione ed il funzionamento del mercato di riferimento. Si tratta dunque di uno schema contrattuale proiettato verso l'assunzione di una posizione non tanto dialettica, quanto piuttosto antagonista, con l'ordinamento statale in cui esso esplica i propri effetti, perché – più spesso che no – le esigenze di cui l'impresa è portatrice sono tali da disattendere, oppure porsi in contrasto con, i precetti dell'ordinamento statale.

Guardando retrospettivamente all'esperienza italiana, a mo' di esempio si possono menzionare i casi delle garanzie autonome a prima richiesta (in cui viene in gioco il profilo dell'astrattezza negoziale, ovvero la rilevanza della causa come elemento essenziale del negozio), del *sale and lease back* (che – almeno in apparenza – si scontra con il divieto del patto commissorio, nell'accezione pervasiva attribuitavi dall'interpretazione giurisprudenziale), delle polizze assicurative con clausole *claims-made* (che pongono il problema di individuare la nozione di sinistro assicurabile, ai sensi della specifica disciplina di settore).

In tutti i casi ora riferiti il giurista italiano è stato chiamato a scrutinare la validità e l'efficacia di un contratto che, da un lato, trova frequente applicazione nella realtà dei traffici e, dall'altro lato, pone problemi di compatibilità con l'ordinamento giuridico statale, secondo la logica del riconoscimento-valutazione che è propria dell'assetto duopolistico riferito in precedenza. Prescindendo qui dagli esiti delle singole vicende giurisprudenziali sopra richiamate, ciò che balza agli occhi è l'atteggiamento complessivamente prudente dell'interprete, il cui ragionamento appare condizionato in maniera incisiva dall'ampia diffusione pratica degli schemi contrattuali in discorso e,

dunque, dal peso assunto dalle dinamiche del mercato rispetto agli esiti della valutazione di compatibilità.

Nel ricostruire queste vicende giurisprudenziali contemporanee, il giurista che si è formato sulle pagine che Emilio Betti ha dedicato al negozio giuridico, ai temi dell'autonomia privata e della causa, non può non avvertire la sensazione secondo cui l'ordinamento giuridico statale sembri ripiegare su sé stesso a fronte della pregnanza delle regole di matrice negoziale che si affermano sul piano della concreta realtà dei traffici. Soprattutto, ciò che colpisce è il mutamento del ruolo spiegato dall'apparato normativo dello Stato: da guida dell'evoluzione del processo economico e degli schemi contrattuali attraverso cui esso si articola, esso sembra retrocedere verso la più marginale e limitata funzione di controllore a posteriori di un processo che, comunque, si sviluppa da sé per forza propria.

In altri termini, il sistema giuridico (statale) sembra quasi consapevole dell'impossibilità di arrestare e/o contrastare il flusso generato dalla prassi socioeconomica e si limita ad un'opera di confronto e, talora, di bilanciamento con le norme e, soprattutto, con i principi di cui esso è portatore. In questo diverso, e più cauto, approccio si avverte l'impressione di un confronto tra pari, nel senso che il soggetto (la grande impresa) cui le clausole e gli schemi contrattuali sono riferibili si rapporta all'ordinamento giuridico statale senza timori reverenziali, forte della diffusione che quelle clausole e quegli schemi incontrano sul mercato. Incidentalmente, può essere utile ricordare che gli attori di quel processo socioeconomico tendono anche a sottrarsi al confronto con l'ordinamento giuridico nazionale per quanto attiene alla risoluzione delle controversie, dando vita ad appositi circuiti arbitrali, o comunque a sistemi alternativi alla giurisdizione ordinaria.

Il discorso sinora svolto trova nuova linfa se l'attenzione dello studioso si sposta sull'attualità contemporanea, che ha registrato la straordinaria diffusione delle tecnologie informatiche e lo sviluppo del web. Questi fenomeni recano con sé un complesso ed assai articolato apparato contrattuale, che si colloca in una dimensione del tutto nuova per il legislatore, il quale sembra piuttosto affannarsi ad inseguire quell'insieme di regole, così peculiari ed innovative. Aggiungasi che il panorama contrattuale riferibile ai c.d. "giganti del web" presenta intrinsecamente una proiezione sovranazionale, *rectius* planetaria, rendendo quindi vieppiù problematico il confronto con gli ordinamenti nazionali e, finanche, con quello europeo. A ben vedere, in effetti, il ruolo recessivo di questi sistemi ordinamentali appare evidente.

3. Il secondo fattore evolutivo verte attorno all'impatto del diritto europeo. Procedendo per approssimazioni successive, possiamo immaginare il sistema europeo come una sorta di ordinamento di seconda istanza, che si sovrappone ai preesistenti ordinamenti nazionali e, dunque, ne mutua gli istituti fondamentali, tra cui *in primis* quello contrattuale, che appare congegnato in maniera sufficientemente uniforme tra i vari Stati membri. Per altro verso, il legislatore europeo è chiamato a perseguire determinati obiettivi, che – almeno nella prima fase dell'esperienza storica – sono da identificare nella realizzazione del mercato unico, da attuare mediante il superamento delle barriere nazionali.

Nel dibattito scientifico, anche internazionale, sembra esservi ampia concordanza di vedute nel ritenere che, al fine di realizzare i propri obiettivi, il legislatore unionale abbia proceduto ad una marcata funzionalizzazione degli istituti privatistici e, soprattutto di quello contrattuale; in altri termini, esso è intervenuto sulla disciplina del

contratto con il preciso intento di conformare il mercato di riferimento, fosse esso quello generale, o il singolo mercato settoriale. Anche da questa prospettiva, certamente diversa da quella tratteggiata nel paragrafo precedente, si conferma l'impostazione di un legislatore che prende atto della presenza fattuale, nonché della forza intrinseca, del fenomeno contrattuale e vi interviene dall'esterno in ragione delle finalità perseguite.

Le modalità tecniche con cui opera l'ordinamento unionale richiedono alcune precisazioni. In primo luogo, si deve al legislatore europeo (e, in particolare, agli articoli originariamente numerati come 85 e 86 del Trattato, corrispondenti agli attuali artt. 101 e 102 TFUE) l'impostazione che proietta l'autonomia contrattuale nella dinamica del mercato; da ciò deriva che, come già accennato, l'esplicazione della libertà contrattuale è suscettibile di incontrare limitazioni e divieti, nella misura essa possa ostacolare l'assetto concorrenziale del mercato.

Si delinea pertanto un problema di bilanciamento, che – questa è la novità – viene affidato ad un'autorità di natura sostanzialmente amministrativa, quale è la Commissione Europea, poi affiancata dalle Autorità nazionali. Per quanto le decisioni di queste amministrazioni siano poi impugnabili innanzi all'autorità giudiziaria, secondo un sindacato che – almeno nell'esperienza italiana – assume un'ampiezza variabile, resta il fatto che, per le modalità con cui si svolge, questo bilanciamento presenta probabilmente taluni profili critici con riguardo alla trasparenza del processo decisionale, e ciò – in ultima analisi – si riverbera anche sul tasso di democraticità dello stesso diritto unionale.

Proseguendo in questa disamina, merita di essere segnalato un altro aspetto. L'interazione tra autonomia privata ed assetto concorrenziale del mercato induce talora il legislatore europeo a costruire una disciplina contrattuale mediante una prospettiva “rovesciata”. In altri termini, viene seguito un percorso a ritroso, che muove dalla considerazione del mercato di riferimento e dell'assetto che si intende realizzare, per poi adottare le regole operative che appaiono maggiormente idonee a concretizzare quegli obiettivi. Questo metodo di lavoro emerge con una certa evidenza dall'esame d'insieme dei regolamenti di esenzione, mediante i quali il legislatore europeo sottrae all'applicazione della disciplina *antitrust* (ovvero valuta come leciti e meritevoli di tutela) determinati accordi o clausole proprio in ragione dell'impatto che essi generano, o possono generare, sull'assetto concorrenziale del mercato.

Si insegna abitualmente che il diritto europeo è privo della visione organica e sistematica che il giurista ritrova negli ordinamenti nazionali e, per quanto qui rileva, nei codici civili. Non esiste, in effetti, una disciplina del contratto che possa definirsi realmente europea, anche alla luce dei naufragi che hanno caratterizzato tutti i tentativi di codificazione succedutisi nel tempo. In questa strategia, che un autore ha definito opportunistica, gli interventi normativi si sono focalizzati su alcuni aspetti dell'istituto (segnatamente l'informativa precontrattuale, il recesso, le clausole abusive ed i difetti di conformità), lasciandone in disparte molti altri; in particolare, al legislatore europeo rimane estranea – almeno in apparenza – la costruzione di un assetto organico dei rimedi azionabili a fronte delle patologie, originarie e sopravvenute, che colpiscono il contratto.

A ben vedere, tuttavia, questo distacco è solo apparente, perché la rilevanza del profilo rimediale riemerge con particolare vigore grazie al ruolo spiegato dal principio di effettività, che costituisce il grimaldello per assicurare l'applicazione del diritto unionale, anche nei casi in cui esso risulti in contrasto con eventuali disposizioni difformi dei “sottostanti” ordinamenti nazionali. Questa impostazione si risolve nell'affidare al

singolo giudice la scelta dello strumento tecnico da adottare per conseguire il risultato prescritto dal legislatore europeo. Va da sé che, in materia contrattuale, lo sbocco più naturale di questa traiettoria è rappresentato dalla nullità, da intendersi nell'accezione cara alla recente sistemazione dottrinale; si tratterà pertanto di una nullità rilevabile d'ufficio, tendenzialmente parziale e conformativa, ossia integrabile – da parte del giudice – con una misura suppletiva, volta a ricostruire il quadro regolamentare in maniera funzionale agli interessi delle parti e, in particolare, di quella destinataria della protezione accordata dall'ordinamento.

Ciò non esclude che, laddove un'altra soluzione risulti preferibile nella logica della strutturazione del mercato di riferimento, il legislatore unionale non esita a delineare un apparato rimediale molto più dettagliato e specifico, caratterizzato da una finalità prevalentemente conservativa, e non demolitoria, dell'operazione contrattuale congegnata dalle parti; emblematica in tal senso è la disciplina dei difetti di conformità dei beni di consumo, che – come bene è stato scritto – eleva l'acquirente (consumatore) al ruolo di agente della razionalità del mercato.

In realtà, proprio l'analisi dei profili rimediali fornisce una importante conferma dell'approccio "opportunistico" adottato dall'ordinamento europeo nella sua strategia di conformazione degli assetti del mercato. Il riferimento corre al c.d. *private enforcement*, che – provando a sintetizzare – consiste nello stimolare i soggetti (intesi qui essenzialmente come operatori del mercato) ad invocare l'applicazione delle norme e dei principi sanciti dal legislatore europeo nell'ambito della loro normale attività e, in particolare, nelle controversie promosse innanzi alle competenti autorità giurisdizionali o amministrative. L'approccio si salda con il sopra ricordato principio di effettività, e questa saldatura offre alle istituzioni unionali e, in particolare, alla Corte di Giustizia, un formidabile strumento per *bypassare* le eventuali resistenze provenienti dagli ordinamenti nazionali e dalle loro tradizioni. Vicende giurisprudenziali come quelle *Courage*, *Lexitor* e *Banco Desio* (per citarne solo alcune in ordine sparso) costituiscono significativi esempi di decisioni rese dalla Corte di Giustizia, che hanno poi costretto il giurista italiano a rivedere e modificare alcune consolidate regole operative e/o applicative interne.

Il giurista attento al dato sistematico non può non cogliere, in questo *modus operandi*, un approccio metodologico quantomeno assai innovativo, se non proprio dirompente, rispetto ai postulati tradizionali. In maniera provocatoria, si può affermare che il combinato disposto di *private enforcement* e principio di effettività genera l'esito di assicurare alle norme ed ai principi del diritto europeo una sorta di corsia preferenziale nella loro attuazione ed applicazione pratica, soverchiando i singoli ordinamenti nazionali.

In coerenza con quanto precede, in dottrina si sottolinea la diversità di approccio che il giudice nazionale deve osservare allorché ravvisi un contrasto tra la norma di legge ordinaria e, da un lato, la norma costituzionale ovvero, dall'altro lato, la norma europea. Nel primo caso (contrasto con la Carta costituzionale) il giudice non può di per sé disapplicare la norma interna, ma deve rimettere gli atti al giudice a ciò preposto (la Corte costituzionale), che è l'unico organo legittimato a sancire l'abrogazione della norma medesima. Nel secondo caso (contrasto con il diritto unionale), invece, il processo è molto più fluido, nel senso che la "neutralizzazione" della norma interna può essere stabilita dallo stesso giudice (o anche dall'autorità amministrativa) chiamata a farne

applicazione, e solo in caso di dubbio interpretativo si giustifica la rimessione alla Corte di Giustizia.

In linea di principio questa diversità di approccio può giustificarsi con l'argomento imperniato sugli artt. 11 e 117 della Carta fondamentale, che finisce per riassumersi nell'affermazione del primato del diritto europeo sugli ordinamenti nazionali, ossia con una scelta di natura politico-istituzionale ormai acquisita e metabolizzata da parte del nostro ceto giuridico.

La logica del *private enforcement* riconosce dunque alle concrete dinamiche del mercato una forza intrinseca, che assume rilevanza normativa nel momento in cui il giudice viene legittimato a costruire il rimedio ritenuto idoneo a dare attuazione ad un dato assetto di mercato. In buona sostanza, si può affermare che, attraverso la tecnica del *private enforcement*, la dinamica del mercato si "fa" (nel senso che diviene) norma, e ciò è reso possibile grazie al ruolo – per così dire – maieutico del giudice, il quale, ricevuta la sollecitazione dal "basso" (ossia dagli attori del mercato), congeda in loro favore lo strumento remediale più adeguato per realizzare l'assetto ritenuto maggiormente conforme alle indicazioni ricavabili dal sistema ordinamentale.

Sembra quindi di assistere ad una sorta di capovolgimento del tradizionale schema proto-liberale, in cui – almeno secondo la *vulgata* consueta – l'ordinamento giuridico (statuale) crea lo spazio per la libera esplicazione dell'autonomia privata. Nell'attuale scenario, caratterizzato dalla compresenza di ordinamenti statuali e diritto unionale, il sistema giuridico nel suo complesso si muove al traino di un mercato che trascende la dimensione nazionale, e che si vuole accompagnare verso determinati obiettivi, riconducibili – nell'insieme – ad una maggiore integrazione, nonché all'intensificazione delle dinamiche concorrenziali.

4. Il percorso fin qui compiuto mette a nudo alcune delle criticità in cui si dibatte il giurista contemporaneo, soprattutto se ha conosciuto da vicino l'assetto istituzionale che ha caratterizzato l'ordinamento italiano quantomeno fino alla caduta del muro di Berlino. Quel quadro di rassicuranti certezze si è decomposto, ma si dura fatica a scorgere l'esistenza di un nuovo assetto che possa ritenersi stabilizzato. La fase che stiamo attraversando (di transizione, per usare un'espressione abusata ...) si presenta come contrassegnata da una serie di chiaroscuri, ovvero da spinte e contospinte, che incidono in misura profonda sul ruolo culturale del giurista e sulla sua missione di intellettuale nella società contemporanea.

Una delle acquisizioni verte sulla crescente funzionalizzazione del contratto, come strumento di governo del mercato di riferimento. A questo esito pervengono due distinti fenomeni: per un verso, l'esigenza dell'impresa (grande o piccola che sia) di organizzare la propria presenza sul mercato attraverso una disciplina ordinata e prevedibile dei rapporti rilevanti; per altro verso, la scelta metodologica del legislatore (soprattutto europeo, ma anche italiano) di conformare il funzionamento del mercato, generale o settoriale, attraverso i contenuti degli schemi contrattuali ivi impiegati. I due fenomeni qui richiamati costituiscono probabilmente due facce della stessa medaglia, nel senso che rivelano l'intima compenetrazione del contratto con la realtà ad esso esterna e, dunque, l'impossibilità metodologica di continuare ad intendere il contratto come un mero incontro di volontà individuali, i cui effetti si limitano alla sfera giuridica dei contraenti.

Anche una semplice operazione contrattuale posta in essere da un consumatore per soddisfare una propria esigenza di vita può diventare un problema di mercato, nella

misura in cui essa, pur conforme alla concorde volontà delle parti, presenti delle difformità rispetto alle regole di funzionamento del mercato rilevante. Su tale operazione contrattuale, infatti, può innestarsi una vicenda (para)contenziosa tale da provocare ripercussioni orizzontali e/o trasversali verso tutti quegli operatori che stipulano contratti analoghi. A titolo di esempio, basti pensare al caso Lexitor, che è sorto in una “remota provincia dell’Impero”, ovvero il Tribunale di Lublino in Polonia, e che ha innescato profondi mutamenti sul mercato creditizio europeo (e, per quello che interessa in questa sede, anche italiano).

Il contratto, dunque, presenta necessariamente una – più o meno marcata – proiezione esterna, ed in ciò risiede la sua forza intrinseca. Orbene, la misura di questa proiezione, ovvero l’incidenza della forza intrinseca del contratto, dipende dalle scelte operate dall’ordinamento giuridico, che – a loro volta – sono storicamente condizionate da variabili politiche. Nel contesto odierno si ha l’impressione secondo cui il legislatore intenda contrassegnare in maniera piuttosto marcata questo legame tra il contratto e la realtà socio-economica di riferimento. In altri termini, l’ordinamento mostra di voler intervenire sul mercato attraverso la disciplina del contratto, piuttosto che procedere in prima persona, attraverso azioni dirette di natura coercitiva.

Ciò implica che all’autonomia privata viene attribuita una ontologica capacità di guidare le dinamiche sociali ed economiche, ergendosi a strumento di governo del relativo svolgimento. In questa prospettiva, può ritenersi ormai acquisito che l’autonomia privata e la sua esplicazione svolgono una funzione di rilievo collettivo e/o generale. Sul piano terminologico, l’aggettivo “collettivo” viene qui inteso – nel solco di un’acuta dottrina – come riferito ad una sorta di terra di mezzo tra la dimensione individualistica o idiosincratica e quella pubblica o generale, ovvero tra i due poli dialettici in cui risiede la tradizionale contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico.

Un segnale interessante nel senso qui delineato è rappresentato dal riconoscimento costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale, che si è concretizzato con la riforma dell’art. 118, comma 4, della Carta fondamentale. Secondo alcune voci dottrinali, questa formulazione normativa sancisce l’avvenuto inserimento dell’autonomia privata tra le fonti del diritto (obiettivo, per usare un’antica e non inutile espressione), integrando così il catalogo tradizionale.

Lo spunto meriterebbe approfondimenti ulteriori. In maniera provocatoria, però, non si può fare a meno di ricordare che alcune recenti crisi bancarie hanno trovato una soluzione tecnica dapprima in un apposito contratto di diritto privato (tecnicamente, una cessione d’azienda), i cui contenuti sono successivamente stati trasfusi in un atto di normazione primaria. Il legislatore, dunque, ha demandato la tutela di interessi di indubbio rilievo costituzionale, quali quelli connessi al risparmio dei cittadini, ad una soluzione di natura privatistica, alla quale è poi stata conferita veste (e rango) legislativo. Un’ulteriore conferma, dunque, della stretta simbiosi tra autonomia privata e scelte compiute dal decisore politico, poi recepite in atti formali dell’ordinamento giuridico.

Provando ad impostare il discorso secondo una prospettiva più ampia, la stagione contemporanea ci consegna l’immagine di un diritto privato che si è ormai emancipato dal legame genetico con l’ordinamento giuridico statale, dal quale pareva trarre la sua legittimazione. Le maglie di quell’ordinamento erano diventate troppo strette, a fronte della tumultuosa evoluzione della realtà socio-economica, soprattutto nella sua dimensione globale, nonché del riassetto degli equilibri geopolitici, che hanno inciso in

profondità, soprattutto sugli Stati europei, in cui quella tradizione giuridica era sorta e si era consolidata.

Se è lecita l'immagine, il diritto privato e l'insieme dei suoi strumenti operativi sono – per così dire – esondati dalla struttura formale in cui li aveva consegnato il diritto *bourgeois*, ed hanno così acquisito (*rectius*, riguadagnato) una loro autonoma consistenza, che in qualche modo prescinde dal riconoscimento statale. È importante sottolineare che, alla base di questa evoluzione, si colloca la consapevolezza circa la piena idoneità di quegli strumenti operativi ad assolvere ad interessi ed esigenze di portata collettiva e/o generale, nel senso sopra chiarito.

Proseguendo nella direzione ora delineata, è stato osservato che, nell'epoca presente, il diritto privato sta attraversando una stagione di protagonismo politico, che dovrebbe attirare l'attenzione degli studiosi del diritto in generale, nonché delle altre scienze sociali. In effetti, vi sono numerosi segnali dai quali può ricavarsi una stabile linea di tendenza verso la valorizzazione degli istituti privatistici, e del contratto in particolare, quali strumenti di governo delle dinamiche economiche e sociali.

La traiettoria evolutiva ora delineata apre una serie di delicati interrogativi. Se il giurista contemporaneo è disponibile ad accettare l'idea secondo cui gli strumenti del diritto privato possono assolvere “per virtù propria” a finalità di interesse collettivo, e/o generale, anche in sostituzione dei compiti tradizionalmente assegnati all'apparato pubblico, permane comunque, ineludibile, il tema della trasparenza e del controllo circa le scelte così compiute dall'ordinamento nel suo complesso. Infatti, attribuire all'autonomia privata la funzione di perseguire interessi di carattere generale (ossia rilevanti per la collettività nel suo insieme) presuppone la presenza di adeguati strumenti di verifica in ordine all'idoneità dei contenuti negoziali a soddisfare efficacemente e puntualmente le esigenze della collettività.

Nella fase storica precedente il problema non era particolarmente avvertito, o per lo meno non con questa intensità, poiché buona parte delle scelte fondamentali venivano assunte direttamente dalla mano pubblica, il cui operato era sindacabile – in maniera più o meno diretta – attraverso il voto popolare e la legittimazione democratica che ne discendeva. Non a caso, in quel contesto il ruolo di mediazione tra autonomia contrattuale ed indirizzo politico era svolto dal legislatore (ordinario) in prima persona, lasciando al giudice ed all'apparato amministrativo una funzione di natura essenzialmente esecutiva rispetto alle decisioni già assunte.

L'arretramento della mano pubblica ha comportato, sul versante dei controlli, un significativo riassetto del quadro sopra descritto. In particolare, si registra una marcata espansione del ruolo svolto dall'autorità giurisdizionale e da quella amministrativa, le quali tendono ad assumere quella posizione di mediazione che, nell'assetto preesistente, era di spettanza esclusiva del legislatore (statale). Quantomeno in prima battuta, tali controlli presentano una marcata connotazione di natura tecnica; non a caso, del resto, le autorità amministrative in discorso vengono abitualmente presentate come “indipendenti”, ovvero svincolate dalla rappresentanza politica.

A ben vedere, tuttavia, attribuire a questo sistema di controlli una veste puramente tecnica risulta inappagante, se con ciò si vuole attribuire a tali controlli una funzione “neutra”, nel senso di voler così prescindere (forse, illudendosi...) dalle scelte politiche e valoriali di fondo che contraddistinguono l'ordinamento nel suo complesso.

In questa prospettiva, il civilista non può trascurare l'intenso dibattito maturato negli ultimi decenni a proposito della rilevanza della Carta costituzionale e della sua

impostazione c.d. personalista. A questo livello riemerge il contrasto con l'approccio del diritto europeo, che – al di là di alcune declamazioni – appare decisamente più attento e sensibile ai profili patrimoniali ed economici attraverso i quali si articola il mercato. Basti qui ricordare alcune vicende giurisprudenziali che hanno interessato il diritto di proprietà e la rilevanza degli interessi sottostanti, ovvero il rapporto tra tutela del lavoratore e la disciplina della concorrenza.

Il quadro d'insieme, dunque, rimane problematico anche ai suoi massimi livelli, e ciò certo non aiuta l'interprete, chiamato a destreggiarsi tra numerosi spunti e stimoli. Insomma, la transizione è ancora in corso, né si scorge una chiara via d'uscita. Probabilmente, il giurista contemporaneo, e forse anche quello delle generazioni immediatamente future, deve rassegnarsi a vivere in un contesto nel quale le antiche rassicuranti certezze sono definitivamente scomparse, a fronte di una realtà – economica, sociale e normativa – in perenne evoluzione e cambiamento.

In uno scenario così frastagliato e mobile il giurista può pensare di dare un senso alla propria missione di scienziato sociale, nonché – volendo – di persona di cultura, se riesce a conciliare l'attenzione verso le dinamiche della prassi socio-economica con la preparazione tecnica, ma soprattutto con la sensibilità verso i valori di fondo del sistema di cui egli è espressione.

Danno da risoluzione anticipata della locazione: Sez. un. 4892/2025*

di EDOARDO PESCE
Ricercatore di Diritto Privato
Università degli Studi di Genova

1. Qualche giorno fa è stata pubblicata la sentenza con cui le Sezioni unite hanno posto la propria parola conclusiva sulla questione del danno risarcibile nel caso di risoluzione di un contratto di locazione per inadempimento imputabile al conduttore⁽¹⁾.

Si tratta di una decisione estremamente interessante e rilevante (e non soltanto perché la soluzione fornita corrisponde a quella che, in attesa del responso, si era prospettata⁽²⁾); soprattutto perché inquadra il problema specifico – rispetto al quale il contrasto giurisprudenziale tra le sezioni della S.C. non era così acuto – entro una teoria generale del contratto moderna e funzionale, che merita periodiche riaffermazioni.

Sono noti i termini fondamentali della questione: se per un orientamento è ammissibile un danno risarcibile al locatore (oltre ovviamente a quello rappresentato dai canoni insoluti) per l'interruzione ante tempus della locazione imputabile al conduttore, il quale danno può, in linea di principio, occupare tutto l'arco temporale che va dal rilascio effettivo dell'immobile locato sino alla scadenza del contratto originario o alla conclusione di una nuova locazione e consistere nei canoni dovuti sino a tale data; per un altro, invece, un siffatto danno non potrebbe sussistere neppure in astratto: siccome il canone di locazione altro non sarebbe che il corrispettivo che il locatore ha diritto di ritrarre dal conduttore in tanto in quanto si privi del godimento della propria res, quando, per effetto del rilascio conseguente alla risoluzione del contratto, il locatore recupera l'immobile, quel danno da mancato utilizzo economico della cosa è neutralizzato, a meno che la res non sia stata restituita in uno stato non conforme a quanto richiede l'art. 1590 c.c.

Com'era negli auspici della prevalente dottrina, le Sezioni unite hanno accolto la ricostruzione seguita ed espressa dal primo orientamento, riconoscendo i) che un danno da mancato utilizzo della cosa possa esserci e reclami una propria risarcibilità, che ii), tuttavia, come già si era osservato trovando ulteriori favorevoli argomenti di ordine storico, non può essere automatica o *in re ipsa*, richiedendo anzitutto che la prova di tali specifiche conseguenze dannose patite dal locatore sia da questi offerta, considerando tutte le circostanze del caso concreto, «prima fra tutte l'utile che il locatore avrà ricavato (o avrebbe potuto comunque ricavare con l'uso della normale diligenza) dall'immobile nel periodo intercorso tra la risoluzione prematura e il termine convenzionale del rapporto inadempito»⁽³⁾.

2. Perché la soluzione delle Sezioni unite si rivela particolarmente salda e persuasiva?

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 06.03.2025.

Perché, potrebbe dirsi, intreccia e congiunge i due lati di cui il discorso giuridico non può mai privarsi: il teorico e quello pratico.

La teoria è nell'idea di contratto quale programma per un'operazione economica di là da venire, i cui risultati positivi – misurabili nei termini di una ricchezza che non c'è e per l'effetto del contratto si crea e circola – sono resi possibili, nel modo inteso dalle parti interessate, per effetto delle regole giuridiche che governano il contratto, specialmente nella fase eventuale di una sua patologia funzionale, allorché entrano in gioco i rimedi (dei quali a rigore si dovrebbe parlare proprio per riferirsi a quegli effetti giuridici di secondo grado utili e necessari quando un contratto “sano”, perché valido ed efficace, si ammala e non funziona più).

Il contratto, e le obbligazioni che ne derivano, non sono strumenti per la conservazione di uno *status quo* ma servono alla realizzazione di un distinto assetto di interessi, «nuovo, originale e più avanzato» di quello iniziale. Il contratto, in altri termini, deve tradursi in un saldo positivo, perlomeno nell'economia di uno dei contraenti.

Derivano da questo ordine di idee due prese di posizione molto nette da parte delle Sezioni unite. La prima è che la funzione causale della locazione non può essere appiattita sopra uno scambio godimento proprio/godimento altrui, di cui il canone costituirebbe il prezzo, sicché la restituzione del bene – verrebbe subito da aggiungere: in qualunque circostanza avvenga – si rivelerebbe idonea a chiudere il cerchio causale dell'operazione contrattuale, con piena soddisfazione di tutti gli interessi in gioco. Si tratta di una visione che, col linguaggio pungente della Prima Repubblica, si sarebbe detta attuale come l'economia di Omero, e che le Sezioni unite definiscono «marginale», in quanto trascura del tutto quella che, a ben vedere, è la natura propriamente “contrattuale” e non “(para)reale” della locazione, che le consente di essere, quale spesso è, un veicolo negoziale per finalità di investimento o di schietto profitto.

La seconda implicazione ha un valore più generale e concerne l'ambito rimediale, nel significato sopra ricordato. Si legge nella sentenza: «la restituzione anticipata dell'immobile da parte del conduttore inadempiente non potrà mai costituire il ripristino di un preesistente equilibrio delle sfere giuridico-patrimoniali delle parti (se non quello prenegoziale, ormai superato dalla conclusione del contratto), quanto piuttosto l'attestazione del fallimento (per responsabilità del conduttore) del programma contrattuale alla cui realizzazione le parti si erano positivamente vincolate e, conseguentemente, della sopravvenuta impossibilità (sempre per fatto del conduttore) di pervenire alla realizzazione del piano degli effetti economici e giuridici che i contraenti avevano originariamente prefigurato» (§ 15).

Si spiega così, in termini felicemente sintetici e incisivi, quanto il piano dell'inadempimento – che consiste in un fallimento del programma contrattuale ascrivibile alla cattiva volontà di una parte – richieda rimedi che suppliscano all'assetto degli interessi atteso e voluto per il futuro e non a quello in cui le parti avevano la ventura di trovarsi prima di negoziare, «ormai superato dalla conclusione del contratto». Se così non fosse e l'esigenza primaria fosse quella (soltanto) di ripristinare lo *status quo ante*, l'inadempimento – quale fatto costitutivo di una responsabilità – perderebbe rilevanza giuridica e, insieme ad esso, verrebbe neutralizzata la stessa forza giuridica del contratto, che proprio al momento dell'inadempimento si rivela al suo massimo grado. Considerazioni, queste, che, se trovano un riferimento particolarmente calzante ed espressivo nella locazione, valgono però con riguardo a qualunque contratto a prestazioni corrispettive, in relazione al quale – ribadiscono le Sezioni unite, procedendo dal

particolare al generale – l’operare della risoluzione per inadempimento si accompagna sempre al diritto per la parte non inadempiente di conseguire un risarcimento del danno pari al c.d. interesse positivo.

L’interesse positivo è l’orizzonte del contratto; orizzonte che è preciso compito del diritto privato statuale assicurare quando esso rimane inattuato e deluso per fatti di cui il debitore deve rispondere. Ecco in che cosa consiste la centralità dei rimedi; ecco perché non li si può ignorare o sminuire, magari rifiutando di chiamarli tali; ecco perché dice bene chi li considera «il cuore del contratto».

Un modo di guardare ai problemi contrattuali che non suonerà estraneo a chi, con il conforto di Cass. Sez. un. 4892/2025, ritiene che «il complesso assetto di interessi composto nel programma contrattuale è destinato a rivestire una considerazione decisiva nella ricostruzione della disciplina del contratto, tanto nella sua fase interpretativa, quanto in quella esecutiva, quanto infine in quella (del tutto eventuale) che riguarda l’eventuale governo degli effetti dell’inadempimento».

3. Vi è poi il lato pragmatico, altrettanto significativo e apprezzabile. Poteva essere una sentenza oracolare sull’*an* – non lo avrebbe impedito l’ordinanza di rimessione⁽⁴⁾ –; è stata, invece, una sentenza parimenti concentrata e impegnata sul fronte dell’effettiva determinazione e liquidazione di questo danno. Ma anche problemi concreti possono essere affrontati e risolti con impostazione concettuale, poco sensibile ai profili applicativi: qui, invece, si dice apertamente che va bandita «ogni astrattezza teorica» e che occorre considerare un elemento «ragionevolmente dirimente» al fine di stabilire *quomodo* e *quantum* del danno da mancato utilizzo della cosa locata.

Questo elemento è rappresentato dalla avvenuta riconsegna dell’immobile al locatore; la quale, se, per le ragioni sopra riassunte, non è di per sé sufficiente ad offrire la giusta composizione dell’assetto degli interessi pregiudicato dall’inadempimento, è pur sempre un fatto che, in sede di commisurazione dell’effettivo pregiudizio sofferto – emerge una volta di più anche in questa fattispecie la chiara distinzione tra danno evento e danno conseguenza – non può essere giudicato privo di rilevanza. Esso offre, infatti, «elementi utili (sul piano del ragionamento probatorio d’indole critica) ai fini della più corretta ricostruzione in fatto delle conseguenze dannose effettivamente ricollegabili all’inadempimento, normalmente identificabili con la perdita dei canoni previsti fino alla naturale scadenza del contratto»⁽⁵⁾.

Sulla scorta dei principi trova così ricognizione la soluzione che già sotto il Codice precedente si era affermata nella prassi, in giurisprudenza e in dottrina: e cioè che non vi sia alcun automatismo o risarcimento forfettario a favore del locatore; ma che sia proprio questi – in ragione della recuperata disponibilità del cespite – a dover provare che, malgrado ciò, l’immobile è rimasto sfitto oppure è stato locato a condizioni economiche meno favorevoli di quelle convenute col precedente conduttore. In altre parole, al locatore non è consentito di lamentare un danno risarcibile se non rimette sul mercato il bene (che non intenda destinare al proprio personale godimento, anche interposto) e non prova di averlo fatto. La mera allegazione del pregiudizio non è sufficiente; occorre una piena prova dell’attività compiuta per eliminare o attenuare il pregiudizio subito reperendo altri conduttori: se ciò il locatore non ha fatto o lo ha fatto con negligenza, *imputet sibi*.

Si comprende allora come e perché l’«astrattezza teorica» sia stata accantonata e una soluzione che non perda di mira lo scopo cui tende – il risarcimento di un pregiudizio

effettivo – sia stata cercata guardando alle «circostanze di fatto necessariamente dominate dalla considerazione di occorrenze proprie al caso di specie».

4. Oltre a decidere nel modo che qui si è riferito, la sentenza si segnala per una più convincente messa a fuoco dei riferimenti normativi collaterali che sostengono il *dictum*. Uno di questi è stato corretto o quanto meno integrato; l'altro – suggerito dall'ordinanza di rimessione – è stato rifiutato (anche questi correttivi erano stati indicati).

Per quanto concerne il fondamento normativo del dovere del locatore di un impiego locatizio per l'immobile riconsegnato, si argomenta che esso non costituisce tanto un'applicazione dell'art. 1227, co. 2, c.c., e dunque la mitigazione di un danno già realizzatosi da operare secondo l'ordinaria diligenza, quanto piuttosto una «responsabilità nella specie assumibile anche *ex fide bona*, in coerenza a un criterio valutativo generale del comportamento delle parti contraenti riferibile, oltre che alla relazione prenegoziale (*ex art. 1337 c.c.*), all'interpretazione del contratto (*ex art. 1366 c.c.*) e alla sua esecuzione (*ex art. 1375 c.c.*), anche alla fase che segue la formale risoluzione degli effetti del negozio (arg. altresì *ex art. 1175 c.c.*, nella prospettiva della determinazione del credito risarcitorio, là dove impone al creditore di «comportarsi secondo le regole della correttezza»)». Se il contratto va considerato un programma per un nuovo assetto di interessi, è altrettanto vero che qualunque torsione efficientistica e financo inumana vada corretta e piegata, ogniqualvolta si renda necessario, dall'imperativo della correttezza, che accompagna e guida le parti contraenti dal momento della loro iniziale trattativa sino a quello dell'esercizio delle pretese risarcitorie nascenti dal contratto.

È stato, invece, giudicato non pertinente il richiamo all'art. 1591 c.c.: il quale si evoca nell'inciso finale un «maggior danno» che parrebbe, nella sua genericità, riferibile anche al danno di cui si discute. Ma non si possono sezionare ed estrarre frammenti di norme per poi utilizzarli all'occorrenza: l'art. 1591 – un'innovazione del Codice del 1942 – si occupa del danno da ritardata restituzione dell'immobile, che è ben diverso dal danno da mancata utilizzazione di un immobile che è già stato riconsegnato e, ciò nondimeno, per fatti non ascrivibili al locatore, non produce un'utilità economica almeno pari a quella programmata col contratto risolto: osservano le Sezioni unite che «il “maggior danno” di cui si discorre nell'art. 1591 rimarrebbe pur sempre riferito, *stricto sensu*, alle conseguenze pregiudizievoli direttamente riferibili al ritardo nella restituzione dell'immobile e, dunque, non estensibili alle conseguenze più ampiamente legate al fallimento del programma contrattuale per fatto del conduttore» (così al § 23). L'applicazione dell'art. 1591 alla fattispecie decisa dalle Sezioni unite è perciò da esse «in ogni caso esclusa», sul piano analogico ma anche semplicemente interpretativo e argomentativo, avendo individuato la soluzione della controversia entro norme, espresse e inesprese, più pertinenti.

Non si dorrà chi teme i significati, e a volte ancor di più i significanti, di certe parole se la Cassazione (per quattro volte!) ricorda che l'inadempimento costituisce un «fallimento del programma contrattuale» per fatto imputabile al debitore: così è e così bisogna intenderlo affinché vi si possa rimediare al meglio.

(1) Cass. sez. un., 25 febbraio 2025, n. 4892.

(2) PESCE, *Disposizioni e norme sul risarcimento del danno da anticipata risoluzione di un rapporto contrattuale locatizio*, in *Foro it.*, 2024, 12, I, c. 3291 ss.

(3) Così la sentenza delle Sez. un. al § 17.

(4) Cass. civ., 9 novembre 2023, n. 31276.

(5) Così la sentenza al § 18.

sezione II

SINGOLI CONTRATTI

Donazioni dirette e liberalità indirette: profili di contiguità e divergenza*

di FRANCESCO AMOROSO D'ARAGONA

Dottore in giurisprudenza
Università degli Studi di Pavia

(CORTE DI CASSAZIONE, ord. 5 dicembre 2024, n. 31170; Pres. Felaschi – Est. Poletti)

ABSTRACT

La decisione in commento conferma il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità che qualifica il trasferimento di un dossier titoli come una donazione diretta, nulla ove realizzata in difetto della forma solenne richiesta *ad substantiam*. In particolare, si ritiene che, al fine di determinare la natura diretta o indiretta dell'atto di liberalità, sia necessario procedere attraverso una valutazione in concreto del programma negoziale del disponente e degli aspetti sostanziali della vicenda. Sotto tale aspetto, la pronuncia in commento osserva che gli elementi sulla base dei quali è necessario svolgere l'analisi consistono nell'entità degli importi, nelle modalità di esecuzione e nella stabilità dell'attribuzione patrimoniale. Solo attraverso un'attenta valutazione in concreto di tali elementi è possibile determinare se, nel programma negoziale del disponente, l'intento di liberalità doveva essere realizzato mediante il ricorso strumentale ad un negozio, diverso da quello di donazione, che abbia lo scopo ulteriore ed indiretto di produrre l'arricchimento del destinatario.

The decision under review confirms the most recent orientation of legitimacy jurisprudence, which qualifies the transfer of a securities portfolio as a direct donation, null if carried out without the solemn form required ad substantiam. In particular, it is deemed that, to determine the direct or indirect nature of the act of liberality, it is necessary to conduct a concrete evaluation of the donor's contractual program and the substantive aspects of the case. From this perspective, the ruling under review observes that the elements required for analysis include the magnitude of the amounts, the methods of execution, and the stability of the patrimonial allocation. Only through a careful, concrete assessment of these elements can it be determined whether, in the donor's contractual program, the intent of liberality was to be realized through the instrumental use of a transaction other than a donation, with the additional and indirect purpose of enriching the recipient.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Questione di diritto; 3. Commento. Le difficoltà nell'individuazione della nozione di donazione indiretta; 4. (Segue). Il rapporto fra donazione indiretta e negozio indiretto; 5. Natura giuridica e fondamento causale del trasferimento di un *dossier* titoli.

1. Genesi e sintesi del dibattito sull'art. 1284, commi 4 e 5, c.c.

Come noto, l'art. 17, comma 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162), rubricato «*Misure per il contrasto del ritardo nei pagamenti*», ha modificato l'art. 1284 c.c. inserendovi altri due commi, il quarto e il quinto, che stabiliscono: «4. *Se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto*

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 1.10.2024.

dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. 5. La disposizione del Quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale».

1. Il caso

Con la pronuncia in esame, la Suprema Corte esamina il seguente caso: Tizio, padre di Caio e nonno di Sempronia, aveva effettuato diversi atti di liberalità, attraverso il trasferimento di titoli di credito, per un totale di 144.607,93 Euro, a favore di Mevia, madre di Sempronia e compagna di Caio con la quale Tizio aveva iniziato una relazione affettiva.

Caio citava in giudizio Mevia al fine di ottenere l'accertamento della nullità di tali atti di liberalità, ritenendo che tali elargizioni, configurassero delle donazioni nulle, in quanto effettuate in assenza della forma prescritta *ad substantiam*.

Mevia si costituiva in giudizio sostenendo la tesi per cui tali somme non potevano considerarsi oggetto di donazioni dirette, bensì di liberalità indirette destinate al mantenimento della nipote.

Il Tribunale di Ravenna accoglieva in parte le ragioni di Caio e dichiarava nulli per difetto di forma scritta gli atti eccedenti i limiti di modicità e successivi al 1994 [per quelli antecedenti era stata eccepita la prescrizione dell'azione di ripetizione], condannando Mevia alla restituzione delle somme. La Corte d'Appello confermava la sentenza impugnata, condividendo le argomentazioni del giudice di prime cure.

La Corte di Cassazione, in particolare, ritenendo corretta la qualificazione del trasferimento del *dossier* titoli come donazione diretta, nulla in assenza della forma solenne, respinge il ricorso di Mevia.

2. Questione di diritto

Mevia ricorre in Cassazione ritenendo che il giudice avrebbe omesso di svolgere le indagini necessarie, utili a verificare la proporzionalità ed adeguatezza del valore delle donazioni rispetto alla situazione patrimoniale di Tizio. Secondo la ricorrente la Corte d'Appello avrebbe qualificato, erroneamente, le liberalità come donazioni nulle sulla sola base del *quantum* dell'attribuzione e delle modalità adottate, laddove, invece, in ragione della proporzionalità di tali elargizioni rispetto alla situazione economica del beneficiante, queste avrebbero rappresentato l'adempimento di un'obbligazione naturale avente come fondamento un dovere morale e sociale di solidarietà familiare: quello di contribuire al benessere della nipote.

La Suprema Corte, richiamando l'orientamento espresso dalla consolidata giurisprudenza in materia [Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, in *Dir. e giust.*, 28 luglio 2017, con nota di BASSO; Cass., 19 agosto 2021, n. 23127, in *DeJure*; Cass., 22 febbraio 1973, n. 527, in *OneLegale*], afferma, all'opposto, che il trasferimento di un *dossier* titoli configura una donazione diretta, per ragioni quali l'entità degli importi, le modalità di trasferimento e la stabilità dell'attribuzione patrimoniale. Tali caratteristiche, infatti, ponendo la necessità di tutelare il disponente e assicurarsi che abbia effettiva contezza del compimento di atti gratuiti di disposizione del proprio patrimonio, richiedono l'adozione della forma solenne prevista per la donazione.

3. Commento. Le difficoltà nell'individuazione della nozione di donazione indiretta

L'art. 809 c.c. prevede che alle liberalità che risultino da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c. si applichino le disposizioni che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude o sopravvenienza di figli, nonché quelle che disciplinano la riduzione delle donazioni lesive della quota di riserva spettante ai legittimari. Nell'elencare le disposizioni applicabili a tali atti, tuttavia, il legislatore del 1942 ha omesso di richiamare l'art. 782 c.c.; sicché, rispetto ad essi non troverà applicazione la necessaria forma solenne prevista per le donazioni e, per garantire la validità formale dell'atto dispositivo, sarà sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità. Di qui la necessità di individuare correttamente il perimetro delle liberalità indirette, cogliendone le differenze rispetto alla figura della donazione tipica.

Il problema della definizione di donazione indiretta [anche se meglio sarebbe parlare di «liberalità» indiretta, termine maggiormente generico che comprende tanto la donazione quanto ogni altro atto che produca l'arricchimento di un soggetto a seguito del corrispondente impoverimento di un altro: cfr. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXXVIII, Giuffrè, 2006, 23], originato dal fatto che l'art. 809 c.c. nulla descrive né definisce, e dall'ampio ventaglio di ipotesi empiriche tradizionalmente ricondotte all'istituto, ha origini risalenti.

In particolare, di fronte all'eterogeneità della casistica elaborata dagli studiosi [sono state infatti ricondotte alla liberalità indiretta: vicende modificative di rapporti obbligatori, rinunce abdicative di diritti, negozi bilaterali, unilaterali, collegati, ma perfino comportamenti meramente materiali come la *seminatio*, la *plantatio* e la *inedificatio*. Cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Esi, 2011, 267], destinata ad accogliere al proprio interno le più varie manifestazioni di esercizio dell'autonomia privata, venivano prospettate una teoria «unitaria», la quale, ricercando un filo conduttore che consentisse di individuare una categoria giuridica, predilige il dato agglutinante della liberalità; e una teoria «pluralista» che prende in considerazione, invece, il dato dello strumento utilizzato per realizzarla.

La dottrina più tradizionale differenziava le donazioni a seconda che fossero o meno eseguite *recta via* attraverso la forma solenne stabilita per la donazione e chiamavano le prime donazioni dirette e le seconde donazioni indirette [PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, VI, 2, Casa editrice libraria "Fratelli Cammelli", 1908, 215]. Le ragioni di tale impostazione, forse eccessivamente semplicistica, affondavano la propria giustificazione nella necessità di garantire un'applicazione uniforme delle disposizioni in materia di donazione, equiparando, sotto il profilo della disciplina sostanziale, ogni atto dispositivo che realizzasse l'effetto dell'arricchimento/impoverimento, indipendentemente dalla forma utilizzata.

In epoca più recente, per liberarsi dalla confusione creata, la dottrina e la giurisprudenza più attente hanno rilevato che, sebbene l'estrema varietà di atti e fatti giuridici idonei ad attuare in via indiretta l'arricchimento senza corrispettivo non consentisse di individuare una vera e propria categoria giuridica, né di pervenire ad una disciplina unitaria di tutti gli atti che realizzassero una liberalità indiretta [così, per esempio, TORRENTE, op. cit., 78. Sul punto si veda anche CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli art. 561 e 563*, in *Vita not.*, 2007, I, 3, 1006, il quale osserva che le donazioni

indirette «non esistono come figura giuridica, ma sono il frutto di una valutazione a posteriori risultante da una valutazione funzionale di un negozio»], fosse possibile individuare un tratto comune minimo, consistente nell'impiego di un negozio, avente tutt'altra natura e scopo rispetto alla donazione, al fine di realizzare l'intento liberale.

In altri termini, la linea di discriminazione fra la donazione diretta e quella indiretta viene individuata in ciò: che, fermo restando il dato dell'arricchimento del beneficiario, sotto il profilo dell'*animus* chi pone in essere una donazione diretta altro non vuole che il compimento di un atto di liberalità; laddove, invece, chi realizza una donazione indiretta pone in essere un negozio diverso dalla donazione, nel quale l'intenzione di donare emerge solo in via indiretta, dal rigoroso esame di tutte le circostanze del singolo caso [cfr. Cass., 2 luglio 2024, n. 18098, in *Guida al dir.*, 2024, 37].

Alla luce di quanto appena affermato, si pone la necessità di tenere distinta la liberalità non donativa rispetto alla donazione mascherata o simulata. Mentre, infatti, nella donazione simulata si hanno due negozi distinti – uno reale e uno apparente o fittizio, non voluto dalle parti [l'esempio classico è quello della vendita *nummo uno* in cui le parti sono d'accordo che nemmeno il nummo uno sia prestato. Cfr. KOHLER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, XVI, Jena Verlag von Gustav Fischer, 1878, 18] – nella donazione indiretta l'atto è uno solo, reale ed effettivo, e da esso risulta, quale conseguenza ulteriore a quella tipica, l'arricchimento senza corrispettivo del beneficiario.

4. (Segue). Il rapporto fra donazione indiretta e negozio indiretto

Le principali difficoltà che si sono riscontrate nell'elaborazione delle liberalità non donative hanno riguardato la riconducibilità o meno di esse nel *genus* della discussa categoria dommatica del negozio indiretto [ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, ora in *Saggi giuridici*, Giuffrè, 1949, 149 ss.; DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, XXII, 2, 705; CARIOTA FERRARA, *Negozio fiduciario e negozio indiretto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, 241; GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Jovene, 1953, 327. In giurisprudenza v. Cass., 16 luglio 1946, n. 2602, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, XXII, I, 103; Cass., 16 novembre 1950, n. 2602, in *Giur. it.*, 1951, I, 492; Cass., 12 gennaio 1952, n. 59, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Frode e simulazione*, n. 27-28, 914; Cass., 25 febbraio 1952, n. 553, *ivi*, n. 14; Cass., 11 agosto 1952, n. 2646, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, I, 262; Cass., 30 settembre 1952, n. 2023, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Frode e simulazione*, n. 23, 912; Cass., 2 settembre 1953, n. 2931, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, III, 170; Cass., 18 gennaio 1955, n. 103, *ivi*, 1955, I, 247].

Lo schema del negozio indiretto, o meglio sarebbe dire “a scopi indiretti”, ricorre quando le parti pongono in essere un determinato negozio giuridico, caratterizzato da una propria causa tipica, ma il risultato pratico perseguito realizza il soddisfacimento di un interesse diverso, spesso coincidente con quello tipico di un altro negozio.

Detto altrimenti, mentre normalmente l'elemento che prevale nella volontà delle parti è il raggiungimento dello scopo empirico tipico del negozio, «nel negozio indiretto l'elemento decisivo è il raggiungimento di scopi ulteriori, rispetto ai quali quello tipico adottato non è che un presupposto, un punto di passaggio» [così TORRENTE, *op. cit.*, 27. Si veda anche CAREDDA, *Donazioni indirette*, in *I contratti gratuiti* a cura di Palazzo e Mazzaresse, Utet, 2008, 197, penultima nota].

Nel nostro tessuto sociale, caratterizzato spesso da un utilizzo degli istituti con finalità elusive, il pericolo di confondere il negozio indiretto con il negozio simulato è evidente, visto che entrambe le fattispecie si concretizzano nella realizzazione di un interesse ulteriore e diverso rispetto a quello tipico. Tuttavia, occorre fare chiarezza: mentre nella simulazione la volontà reale delle parti si pone in un rapporto di contrasto con la dichiarazione [cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Utet, 1950, 320, il quale evidenzia che nel fenomeno della simulazione la discrepanza fra la causa tipica del negozio e lo scopo perseguito dalle parti in concreto adombrano un rapporto di incompatibilità; invece, nel negozio indiretto, la causa tipica e lo scopo concreto non si escludono, ma, per quanto diversi, sono tra loro perfettamente compatibili], nel negozio indiretto le parti vogliono effettivamente il negozio posto in essere in quanto, senza di esso, non potrebbero raggiungere il loro scopo che, per quanto diverso, presuppone la produzione degli effetti tipici del negozio [V. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, I, Utet, 1958, 397, secondo il quale la funzionalità del negozio, combinandosi con un altro, sia esso un patto o una clausola aggiunta, viene piegata ad un risultato finale diverso da quello che gli è proprio].

Attraverso la riconduzione delle liberalità indirette alla figura del negozio indiretto, dunque, si produce uno sdoppiamento fra negozio-mezzo e negozio-fine, nel quale lo scopo liberale, ulteriore, viene ricondotto alla sfera dei motivi, incapace di influenzare la causa del negozio impiegato [sul punto, si veda CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, V, Giappichelli, 2005, 58, dove l'autore osserva che è possibile ricorrere alla figura del negozio indiretto solo nelle «ipotesi nelle quali sia perseguito un fine ulteriore, che risulti compatibile col tipo contrattuale in quanto non incida sulla realizzazione del corrispondente assetto di interessi ma sia volto al conseguimento di risultati ulteriori»].

Ad un primo sguardo, le donazioni indirette sembrano sussumibili nella figura del negozio indiretto, dal momento che la singolarità delle prime, si è detto, risiede proprio nella circostanza per cui il negozio impiegato presenta una funzione economico-sociale diversa da quella della donazione, mentre il risultato dell'arricchimento altrui viene realizzato attraverso la confluenza di elementi eventuali che trascendono la fattispecie negoziale [in tal senso, si veda TORRENTE, *op. cit.*, 38].

Senonché la riconduzione delle liberalità indirette alla figura del negozio indiretto è stata fatta oggetto di numerose ed autorevoli obiezioni da parte della riflessione dottrinale. In primo luogo, si è osservato che non è possibile ravvisare alcuna disfunzione fra la causa del negozio tipico e lo scopo di liberalità [osserva BIONDI, *Le donazioni*, Utet, 1966, 911 ss., che «negli atti contemplati dall'art. 809 c.c. non si riscontra quell'elemento dello scopo diverso od ulteriore che si ritiene costituisca la essenza del negozio indiretto»]; infatti, secondo alcuni autori, la donazione indiretta «non implica il perseguimento di un fine anomalo rispetto al negozio utilizzato, in quanto l'effetto giuridico favorevole può essere connaturato all'atto» [cfr. C.M. BIANCA *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3^a ed., Giuffrè, 2019, 441 ss.]. Ancora, mentre nel negozio indiretto l'effetto finale viene raggiunto mediante il ricorso ad una figura negoziale (il c.d. negozio-mezzo), nelle liberalità indirette lo scopo liberale può essere raggiunto anche attraverso fatti meramente materiali (ad es. la *satio*, la *plantatio* e la *inedificatio*) [CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 267. *Contra*, TORRENTE, *op. cit.*, 34 ss., il quale osserva che, a ben vedere, in tali casi non è il fatto materiale in sé a causare l'arricchimento, bensì la seguente rinuncia all'indennità prevista dall'art. 936, co. 2 c.c.].

Si è obiettato inoltre – e questa pare a chi scrive l’argomentazione che meglio coglie nel segno la fragile ricostruzione del negozio indiretto – che attraverso l’adozione di una ricostruzione della causa in senso economico-individuale, finalizzata alla valorizzazione degli interessi concreti perseguiti dalle parti, sarebbe consentito di apprezzare in termini di «normalità e non di spiccata anomalia» le casistiche riconducibili ad attribuzioni liberali indirette, evitando la necessità di escludere la liberalità dalla causa del negozio – di ricondurla cioè alla sfera dei motivi [CARRABBA, *Donazioni*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato* diretto da P. Perlingieri, Esi, 2009, 776] – e facendo venir meno il divario fra la causa propria del mezzo impiegato e lo scopo perseguito, che giustifica il ricorso alla figura del negozio indiretto.

In altri termini, attraverso un’interpretazione della causa del negozio che prenda in considerazione la ragione pratica che ha indotto le parti a porre in essere il negozio, lo scopo di liberalità non può essere confinato in una condizione di estraneità rispetto allo scopo principale (presupposto, questo, necessario perché si possa parlare di negozio indiretto), ma fa il proprio ingresso nel regolamento di interessi posto in essere dalle parti quale elemento caratterizzante il programma negoziale.

Del resto, se si impone una valutazione della causa sempre «in concreto» [C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 410; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 788; GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 573; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1968, 370 ss. In giurisprudenza si vedano Cass., 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Guida al dir.*, 1998, 78; Cass., 6 agosto 1997, n. 7266, in *Foro it.*, 1997, I, 3179; più esplicitamente Cass., sez. un., 11 gennaio 1973, n. 68, in *Giust. civ.*, 1973, I, 603 e, in particolare, 608-609; Cass., 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro it.*, 1970, I, 1367 e, in particolare, c. 1370], nella quale confluiscono dunque gli interessi concreti che le parti intendono soddisfare attraverso l’operazione, l’analisi del profilo causale assume un ruolo centrale nell’interpretazione del negozio. Ragionando in questi termini, non solo viene meno ogni utilità dommatica della figura del negozio indiretto [dal momento che se gli scopi ed interessi concretamente perseguiti dalle parti confluiscono nella valutazione causale del negozio, apparendo del tutto inutile ogni distinzione fra negozio-mezzo e negozio-fine], ma si finisce altresì per ridimensionare sensibilmente gli istituti del contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) e dell’illiceità dei motivi (art. 1345 c.c.). Se si ha riguardo, infatti, alla funzione pratica che le parti hanno assegnato al contratto, la valutazione sulla liceità o meno della causa finisce per assorbire al proprio interno anche la valutazione circa la liceità dei motivi comuni e determinanti o del negozio fine che le parti vogliono realizzare ricorrendo al negozio tipico [V. G.B. FERRI, op. cit., 345-412; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, 1969, 207 ss.; UBALDI, *Frode alla legge*, in *I contratti in generale* a cura di Alpa e Bessone, III, Utet, 1990, 632 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, 1992, 334 ss.; NAVARRETTA, sub art. 1345, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale* a cura di Navarretta e Orestano, Utet, 2011, 694 ss.].

5. Natura giuridica e fondamento causale del trasferimento di un dossier titoli

Alla luce di quanto si è detto, occorre ora procedere ad esaminare la fattispecie della liberalità attuata mediante trasferimento di un *dossier* titoli ovvero, più in generale, delle liberalità attuate mediante trasferimento di titoli di credito, al fine di stabilire se

queste possano essere inquadrate fra le liberalità non donative ai sensi dell'art. 809 c.c., ovvero se debbano invece essere ricondotte nei confini della donazione tipica.

La riconduzione all'una o all'altra figura, come si è detto, non è priva di conseguenze: infatti, mentre per le liberalità indirette è sufficiente il rispetto dei requisiti di forma previsti per il negozio adottato, per quanto riguarda la donazione tipica è previsto l'assolvimento del rigido regime formale di cui all'art. 782 c.c., al fine di tutelare il donante, o, meglio, per compensare la debolezza causale del negozio [nelle fattispecie in cui si determina una perdita patrimoniale secca, non compensata da un corrispettivo, parte della dottrina ha sostenuto che, posto che l'assenza di una ragione apparente che giustifichi lo spostamento patrimoniale determina una deficienza causale del negozio, si pone la necessità di compensare la debolezza causale attraverso l'adozione del rigido regime formale previsto dall'art. 782 c.c. GORLA, *Il contratto*, I, Giuffrè, 1955, 92. Sull'idea per cui l'animo di donare non costituisca un tipo di causa ma sostituisca la causa si vedano ARGIROFFI, *Causa ed effetti reali del contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale Aristec (Palermo, 7-8 giugno 1995)* a cura di Vacca, Giappichelli, 1997, 427 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*, in *Corr. giur.*, 1993, 2, 174. Seguendo questa teoria ricostruttiva, alcuni autori sono giunti ad affermare che l'attribuzione patrimoniale può essere retta, alternativamente, dalla causa o dall'adozione della forma solenne. V. SACCO, *La Parte Generale del Diritto Civile. Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, I, Utet, 2005, 377. ID, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, X, Utet, 2018, 328.; GORLA, op. cit., 92 ss.].

L'elaborazione giurisprudenziale in materia è copiosa. In particolare, ferma restando la necessità di ravvisare la ricorrenza degli elementi essenziali della liberalità (arricchimento, *animus donandi* e interesse non patrimoniale) [cfr. AGOSTINELLI, *sub art. 809 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano* a cura di De Nova, *Libro secondo: Successioni. Art. 769-809, Donazioni* a cura di Del Prato, Zanichelli, 2019, 570], di volta in volta, si è affermato che la liberalità non donativa può essere realizzata attraverso un contratto a favore di terzo [in tal senso si veda Cass., 29 luglio 1968, n. 2727, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, 1729]; attraverso il pagamento di un'obbligazione altrui per spirito di liberalità [Cass., 3 maggio 1969, n. 1465, in *Mass. Giur. It.*, 1969, 599]; nella combinazione di più atti o negozi che diano luogo ad un procedimento complesso volto a far acquistare al beneficiario la proprietà di un bene [Cass., 5 agosto 1992, n. 9282, in *DeJure*, la quale ritiene che la dazione di denaro possa assumere una natura meramente strumentale rispetto al conseguimento del bene. Cfr. anche Cass., 14 maggio 1997, n. 4231, *DeJure*; Cass., 29 maggio 1998, n. 5310, *DeJure*; Cass., 24 febbraio 2004, n. 3642, *DeJure*; Cass., 2 settembre 2014, n. 18541, *DeJure*; Cass., 4 settembre 2015, n. 17604, *DeJure*; Cass., 30 maggio 2017, n. 13619, *DeJure*]; nella modificazione soggettiva nel lato passivo del rapporto obbligatorio [TORRENTE, op. cit., 48 ss.; PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, *Le donazioni*, Giuffrè, 2009, 126 ss.] e nella rinuncia abdicativa [cfr. TORRENTE, op. cit., 50; CAREDDA, op. cit., 140 ss. In giurisprudenza si veda Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, in *Mass. Foro it.*, 1974, 369. A ben vedere, tuttavia, deve ritenersi che l'arricchimento a favore del beneficiario non discenda propriamente dalla rinuncia, la quale importa solo la dismissione del diritto, quanto più dall'operatività di altre norme.

Diversamente deve ritenersi con riferimento alla rimessione del debito, la quale, purché non vi sia un accordo con il debitore che qualifichi la funzione come attributiva invece che abdicativa, è idonea a determinare una donazione indiretta. V. GAZZONI, *Manuale*, cit., 534].

Ancora, si è ritenuto che configurasse una donazione indiretta la fattispecie in cui le parti di un contratto oneroso fissino un corrispettivo molto inferiore al valore reale del bene trasferito ovvero un prezzo eccessivamente alto a beneficio, rispettivamente, dell'acquirente o dell'alienante [cfr. Cass., 7 luglio 2006, n. 13337, in *DeJure*; Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955, *DeJure*; Cass., 3 gennaio 2009, n. 23297, *DeJure*; Cass., 23 maggio 2016, n. 10614, *DeJure*.].

Per quanto concerne, nello specifico, la liberalità attuata attraverso l'intestazione di un *dossier* titoli, occorre portare l'attenzione su diversi elementi che caratterizzano l'operazione. In primo luogo, occorre domandarsi se la circostanza per cui l'accreditamento nel conto del beneficiario non viene eseguito direttamente dall'autore della liberalità, ma da un soggetto diverso, consenta di ricondurre la fattispecie ad una donazione indiretta.

Secondo la dottrina maggiormente attenta, avallata dalla giurisprudenza maggioritaria, l'attività della banca risulta ascrivibile al fenomeno dell'intermediazione gestoria [non, invece, nello schema della delegazione di pagamento, dal momento che mentre nella delegazione di pagamento l'adempimento della prestazione produce i propri effetti nel patrimonio del delegato, nel caso di specie la prestazione eseguita dalla banca produce i propri effetti direttamente nel patrimonio del correntista. Allo stesso modo non sembra possibile ricorrere alla figura del contratto a favore del terzo, dal momento che il destinatario del trasferimento non acquista alcun diritto nei confronti della banca. Cfr. Cass., 1° dicembre 2004, n. 22596, in *DeJure*; Cass., 19 settembre 2008, n. 23864, *DeJure*; Cass., 3 gennaio 2017, n. 25, *DeJure*], nell'ambito della quale, pertanto, l'ausiliario non diviene parte del rapporto intercorrente fra il disponente ed il beneficiario, ma rimane mero esecutore materiale di un programma negoziale che appartiene alla sfera dell'ordinante. Tale programma negoziale, come si avrà modo di affermare a breve, è l'unico in grado di fornire una giustificazione causale al trasferimento di valori da un patrimonio ad un altro [in proposito, si vedano C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Giuffrè, 2019, 278 ss.; G. FERRI, voce *Bancogiro*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, 1969, 33; MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Giuffrè, 1975, 203, per il quale «nelle ipotesi in cui l'atto di disposizione è "isolato", il negozio è privo di una propria individualità funzionale intrinsecamente idonea a giustificare lo spostamento patrimoniale: la causa giustificativa del trasferimento è fuori dal rapporto negoziale e risiede in un rapporto precedente al quale la prestazione esecutiva è collegata da una funzione traslativa»]. Accogliendo la ricostruzione in esame, la donazione eseguita attraverso l'intestazione del *dossier* titoli, più che alla stregua di una liberalità indiretta, viene ricondotta ad una donazione diretta ad esecuzione indiretta.

A questo punto, occorre domandarsi quale sia la natura giuridica del trasferimento del *dossier* titoli, ed in particolare se l'operazione di intestazione in favore del beneficiario possa essere considerata un «negozio completo», vale a dire un negozio retto da una propria ed autonoma causa, ovvero se si tratti di una mera attribuzione patrimoniale, la quale, essendo caratterizzata da una sostanziale neutralità causale

(trattandosi di un effetto giuridico e non di un negozio), difetta di una propria giustificazione.

A ben vedere, nel trasferimento preso in considerazione, sembra potersi correttamente affermare che questo si presenti come una mera attribuzione patrimoniale unidirezionale, la quale, al fine di rinvenire la propria giustificazione causale, rende necessario il riferimento ad un negozio (c.d. fondamento) sottostante.

La considerazione non è priva di rilievo, dal momento che, analogamente a quanto avviene nei negozi a causa esterna [nella prestazione attributiva che si sta studiando la causa dell'attribuzione non è esterna, ma si identifica con la causa del negozio che sorregge il trasferimento dei titoli. In particolare, sulla causa dell'attribuzione, contrapposta alla causa del negozio, si vedano GIORGIANNI, op. cit., 548 ss.; NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 283; GAZZONI, *Babbo natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, 12, 2896], dove per poter affermare la validità dell'atto ed evitare la nullità per mancanza di causa occorre l'enunciazione dell'elemento soggettivo, cioè dello scopo per cui il soggetto effettua il trasferimento (c.d. *expressio causae*) [GAZZONI, *Manuale*, cit., 808 ss., il quale rileva che la validità del negozio attributivo è subordinata all'indicazione della causa esterna dell'operazione (*expressio causae*). In presenza di tale dichiarazione, l'assenza, l'invalidità o il venir meno del rapporto esterno e giustificativo determina l'operatività del rimedio della ripetizione dell'indebito. In maniera conforme si veda GIORGIANNI, op. cit., 550, ove l'autore rileva che «se è vero che la nuda *traditio* non era sufficiente a trasferire la proprietà – si riteneva di solito sufficiente che la volontà di *trasferre dominium* si appoggiasse ad un preesistente *titulus acquirendi* anche putativo o invalido. [...] Di conseguenza la mancanza o il vizio della causa attributiva al *tradens* esclusivamente un'azione personale per la restituzione, e cioè la *condictio indebiti* o *sine causa*». Di contrario avviso, MENGONI, op. cit., 203 ss.; NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, 2000, 371 ss., per i quali non vi sarebbero ragioni per sottrarre tali fattispecie all'ambito di applicazione del rimedio della nullità per mancanza di causa ai sensi degli artt. 1418, co. 2 e 1325, n. 2, c.c. Questa diversa impostazione presenta delle conseguenze particolarmente rilevanti, dal momento che, mentre il rimedio della ripetizione dell'indebito ha natura personale e non è esperibile contro i terzi, il rimedio della nullità (con la conseguente azione reale di rivendica) può essere fatto valere *erga omnes*], nel caso delle attribuzioni patrimoniali pure e semplici (come il trasferimento di titoli di credito, ma anche il trasferimento di diritti reali o la cessione del credito), l'impossibilità di ricondurre l'effetto negoziale ad uno degli schemi tipizzati nel nostro ordinamento e l'assenza di un rapporto giuridico sottostante che ne rappresenti il fondamento causale rischiano di configurare l'attribuzione come un trasferimento astratto, condannandola alla nullità per mancanza di causa [DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Esi, 1972, 282 ss.].

Pertanto, anche alla luce della più recente elaborazione dottrinale incentrata sulla causa «in concreto», al fine di individuare la ragione giustificatrice che sorregge l'operazione, occorre effettuare un'indagine specifica degli «aspetti sostanziali della vicenda» e del concreto «programma negoziale» del disponente che coinvolga l'operazione nella sua interezza. Nel caso in cui, a seguito di tale indagine, non risulti possibile individuare una giustificazione causale che sorregga lo spostamento patrimoniale, si deve concludere che si sia in presenza di un negozio traslativo nullo per mancanza di causa (a meno che, come si è detto, la debolezza causale costituita

dall'assenza di un corrispettivo non venga compensata dalla forma solenne, attraverso il ricorso alla donazione diretta) [si richiamano in proposito le considerazioni svolte da GORLA, op. cit., 92; V. MARICONDA, op. cit., 174; SACCO, *Il fatto*, cit., 377; ID., *Obbligazioni e contratti*, cit., 328.; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, I, Utet, 2016, 832 ss.].

Le considerazioni appena svolte ricevono un ulteriore sostegno prendendo in considerazione la disciplina prevista per la circolazione dei titoli di credito. Sul punto, occorre rilevare che, mentre i titoli c.d. al portatore (art. 2003 e ss. c.c.) circolano attraverso la semplice consegna del titolo e la legittimazione all'esercizio del diritto incorporato avviene sulla base della sola esibizione del titolo al debitore, la circolazione dei titoli nominativi (quali sembrano essere i titoli cui fa riferimento la sentenza in commento) avviene attraverso una c.d. doppia intestazione: sul titolo e sul registro dell'emittente [v., per tutti, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Utet, 2022, 265 ss.]. Pertanto, solo a seguito di tali adempimenti (c.d. *transfert*), il possessore del titolo ottiene altresì la legittimazione cartolare. Purtuttavia, se da un lato è vero che il titolo circola sulla base di regole proprie, dall'altro è anche vero che per ogni trasferimento successivo alla sua emissione occorre un rapporto sottostante fra l'alienante e l'acquirente, idoneo a fornire una giustificazione causale allo spostamento patrimoniale, del quale costituisce l'esecuzione [v. GAZZONI, *Manuale*, cit., 734; AZZARRI, *Il principio consensualistico e le regole della circolazione patrimoniale*, in *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione* a cura di Sirena, Gruppo 24 ore, 2013, 7 ss.].

Giungendo alle conclusioni dell'analisi svolta, dunque, anche nel caso di emissione o trasferimento gratuiti di titoli di credito, è possibile ravvisare una prestazione attributiva che costituisce l'effetto di una donazione diretta, dal momento che «non si prospetta la realizzazione di una liberalità mediante negozio avente una causa tipica diversa dalla donazione» [V. CATAUDELLA, op. cit., 108, che pure si esprime nei termini di un negozio privo di causa invece che, più correttamente, di un'attribuzione patrimoniale non giustificata causalmente]. Proprio la neutralità della prestazione attributiva che caratterizza il trasferimento del *dossier* titoli, in assenza di una giustificazione causale diversa dalla liberalità, rende necessaria l'adozione della forma solenne prevista dall'art. 782 c.c.

Alla luce di tale considerazione, la pronuncia in epigrafe, ricordando le indicazioni fornite dalla precedente giurisprudenza in materia [cfr. Cass., 27 luglio 2017, n. 18725, cit., la quale, dopo aver osservato che nelle operazioni di bancogiro la banca non può rifiutarsi di eseguire l'ordine impartitole, rileva che il trasferimento scaturente da un'operazione di bancogiro ritrova la propria giustificazione causale nel rapporto intercorrente tra ordinante-disponente e beneficiario, dal quale dovrà desumersi la causa dell'accreditamento], afferma correttamente che nelle liberalità attuate mediante il trasferimento del c.d. *dossier* titoli, gli elementi che devono essere valutati al fine di determinare il concreto programma negoziale del disponente e, dunque, la giustificazione causale della prestazione attributiva, consistono nell'entità degli importi, nelle modalità adottate per il trasferimento e nella stabilità dell'attribuzione patrimoniale. Solo attraverso un'attenta analisi di tali elementi, e la conseguente corretta qualificazione del negozio sottostante tra alienante e acquirente, è possibile verificare se l'intento di liberalità viene realizzato attraverso l'utilizzo strumentale di un negozio diverso da quello previsto dall'art. 769 c.c. che produca, in via solamente indiretta,

l'arricchimento *animo donandi* del destinatario, o se invece vi sia una semplice attribuzione senza corrispettivo che, essendo sorretta dalla sola causa liberale, richiede necessariamente la forma solenne della donazione.

Bibliografia essenziale

- ARGIROFFI, *Causa ed effetti reali del contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale Aristec (Palermo, 7-8 giugno 1995)* a cura di Vacca, Giappichelli, 1997.
- ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, 1949.
- AZZARRI, *Il principio consensualistico e le regole della circolazione patrimoniale*, in *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione* a cura di Sirena, Gruppo 24 ore, 2013.
- BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, I, Utet, 1958.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Utet, 1950.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3^a ed., Giuffrè, 2019.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Giuffrè, 2019.
- BIONDI, *Le donazioni*, Utet, 1966.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Utet, 2022.
- CAREDDA, *Donazioni indirette*, in *I contratti gratuiti* a cura di Palazzo e Mazzaresse, Utet, 2008.
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Esi, 2011.
- CARIOTA FERRARA, *Negozio fiduciario e negozio indiretto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, 241 ss.
- CARRABBA, *Donazioni*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato* diretto da P. Perlingieri, Esi, 2009.
- CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli art. 561 e 563*, in *Vita not.*, 2007, I, 3, 994 ss.
- CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, V, Giappichelli, 2005.
- DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, XXII, 2, 705 ss.
- DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Esi, 1972.
- FERRI G., voce *Bancogiro*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, 1969.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1968.
- GAZZONI, *Babbo natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, 12, 2896 ss.
- GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Jovene, 1953.
- KOHLER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, XVI, Jena Verlag von Gustav Fischer, 1878.
- MARICONDA V., *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*, in *Corr. giur.*, 1993, 2, 174 ss.
- MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Giuffrè, 1975.
- NAVARETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, 2000.
- NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959.
- PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, VI, 2, Casa editrice libraria "Fratelli Cammelli", 1908.
- SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, I, 4^a ed., Utet, 2016.
- TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, 2006.

La nullità del contratto di locazione tra azione di ripetizione ed eccezione di ingiustificato arricchimento*

di **MATTEO DE PAMPHILIS**

Assegnista di ricerca; Avvocato
Università Ca' Foscari di Venezia; Foro di Bologna

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, sent. 16 dicembre 2024, n. 32696 – Pres. Frasca – Est. Guizzi)

ABSTRACT

Secondo la decisione in commento, in caso di nullità del contratto di locazione, il conduttore ha diritto di ripetere, a norma dell'art. 2033 c.c., i canoni versati al locatore in esecuzione del contratto, ferma restando la facoltà di quest'ultimo di eccepire, ex art. 2041 c.c., la sussistenza di un ingiustificato arricchimento, facendo valere un credito indennitario che va, però, liquidato nei limiti della diminuzione patrimoniale subita nell'erogazione della prestazione e non in misura coincidente con il mancato guadagno che il locatore medesimo avrebbe potuto trarre dall'instaurazione di una valida relazione contrattuale.

According to the commented decision, in the event of the nullity of the rental contract, the tenant has the right to recover, pursuant to art. 2033 of the Italian Civil Code, the rents paid to the lessor in execution of the contract, without prejudice to the latter's right to object, pursuant to art. 2041 of the Italian Civil Code, to the existence of unjustified enrichment, asserting a compensation credit which must, however, be liquidated within the limits of the patrimonial reduction suffered in the performance of the contractual obligation and not in an amount coinciding with the loss of profit that the tenant could have obtained from the establishment of a valid contractual relationship.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Patologie del contratto di locazione e sorte delle prestazioni eseguite; 3. La fattispecie della nullità.

1. Il caso

La vicenda dalla quale ha tratto origine il precedente in commento attiene a un rapporto di locazione “di fatto”. Il conduttore, infatti, ha convenuto in giudizio il proprietario dell'immobile, sostenendo che tra le parti era intercorso un rapporto di locazione a uso abitativo (avente a oggetto una stanza all'interno di un appartamento) irregolare, in quanto pattuito verbalmente e senza registrazione del contratto, in violazione, quindi, dell'art. 4, l. 9 dicembre 1998, n. 431, con conseguente nullità del negozio per difetto di forma scritta e registrazione.

Su tale presupposto, in dipendenza dell'invocata declaratoria di nullità del contratto, il conduttore ha chiesto la condanna del locatore alla restituzione dei canoni versati a quest'ultimo sino al rilascio dell'immobile.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 10.03.2025.

Il Tribunale – nella contumacia del proprietario locatore – ha rigettato la domanda, non ritenendo configurabile, nel caso di specie, un rapporto qualificabile come locazione. La decisione, impugnata dal conduttore, è poi andata incontro a parziale riforma da parte della Corte di appello.

Quest'ultima, infatti, contrariamente a quanto reputato dal Tribunale, ha riconosciuto la sussistenza di un rapporto locatizio e ha accolto la domanda di nullità formulata dal conduttore, stante il conclamato difetto di forma e di registrazione del contratto oggetto del giudizio.

Tale declaratoria, però, non ha portato alla condanna restitutoria auspicata dal conduttore medesimo, giacché i giudici di seconde cure hanno ritenuto che l'appellante, avendo comunque goduto dell'immobile, non potesse pretendere la restituzione dei canoni, la quale avrebbe determinato, in suo favore, un ingiustificabile arricchimento senza causa. In particolare, secondo la Corte di appello, qualora un contratto di locazione sia dichiarato nullo, pur conseguendo in linea di principio a detta dichiarazione il diritto per ciascuna delle parti di ripetere la prestazione effettuata, la parte che abbia usufruito del godimento dell'immobile non può pretendere la restituzione di quanto versato a titolo di corrispettivo per tale godimento, in quanto ciò importerebbe un inammissibile arricchimento senza causa in danno del locatore.

Tale ulteriore arresto ha indotto il conduttore a proporre ricorso per cassazione, lamentando in particolare che la sentenza impugnata, pur riconoscendo la nullità del contratto di locazione, non avesse riconosciuto il diritto del conduttore medesimo di ripetere le somme corrisposte in esecuzione del contratto nullo. Secondo il ricorrente, in particolare, i giudici del merito avrebbero inammissibilmente rilevato d'ufficio l'arricchimento sine causa, in assenza di un'eccezione sollevata dal locatore ex artt. 2041 e 2042 c.c., sul presupposto – non condiviso dal ricorrente stesso – che il pagamento non fosse stato indebito, trovando la sua giustificazione nel godimento dell'immobile da parte del conduttore.

2. Patologie del contratto di locazione e sorte delle prestazioni eseguite

Nell'accogliere il ricorso, la Cassazione prende le mosse dalla riaffermazione del principio generale, a tenore del quale, qualora venga acclarata la mancanza di una causa acquirendi – tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente – l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo, e ciò anche quando la controprestazione (come quella effettuata, nella specie da parte locatrice, con la concessione del godimento del bene) non sia ripetibile [cfr. Cass., sez. III, 11 ottobre 2016, n. 20383, in *CED Cassazione*; conf. Cass., sez. III, 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Contratti*, 2011, 7, 677, con nota di PIROVANO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità e domanda di risoluzione*, la quale aggiunge che, ove sia proposta una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e il giudice rilevi, d'ufficio, la nullità del medesimo, l'accoglimento della richiesta restitutoria conseguente alla declaratoria di nullità non viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato].

La stessa Suprema Corte ha, del resto, precisato che l'azione di indebito oggettivo ha carattere restitutorio, cosicché la ripetibilità è condizionata dal contenuto della prestazione e dalla possibilità concreta di ripetizione, secondo le regole previste dagli

artt. 2033 ss. c.c. (e cioè quando abbia avuto ad oggetto una somma di denaro o cose di genere ovvero, infine, una cosa determinata), operando altrimenti, ove ne sussistano i presupposti e in mancanza di altra azione, l'azione generale di arricchimento senza causa prevista dall'art. 2041 c.c., che assolve alla funzione, in base a una valutazione obbiettiva, di reintegrazione dell'equilibrio economico; pertanto, nel caso di prestazione di fare, la quale non è suscettibile di restituzione e, in quanto indebita, non è oggetto di valide ed efficaci determinazioni delle parti circa il suo valore economico, non è proponibile l'azione di indebito oggettivo ma, in presenza dei relativi presupposti, solo quella di ingiustificato arricchimento (Cass., sez. I, 21 marzo 2014, n. 6747, in *CED Cassazione*) [v. in dottrina DALLA CASA, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 4, 517; in punto di arricchimento senza causa nell'ipotesi di nullità per violazione di norme imperative, cfr. Cass., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, in *Giur. it.*, 2024, 3, 529 e 1332, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 2, 374, in *Foro it.*, 2024, I, 1, 120; più recentemente, v. Cass., sez. III, 20 gennaio 2025, n. 1284, in *OneLegale*].

Tali principi rendono evidente che, come il caso affrontato del resto testimonia, nell'ambito della controversia tra il conduttore e il locatore, potrebbe assistersi al promovimento, da parte del primo, di un'azione di ripetizione di indebito oggettivo, fronteggiata dal locatore mediante un'eccezione di arricchimento ingiustificato, entrambe fondate sull'invalidità del contratto di locazione e sulle differenti ripercussioni che detta invalidità produce, da un lato, sull'eseguita prestazione di pagamento del canone di locazione e, dall'altro, sulla corrispettiva prestazione (anch'essa eseguita ma oggettivamente irripetibile) di messa a disposizione dell'immobile locato.

Chiariti i presupposti per l'esperimento dell'azione di ripetizione di indebito oggettivo, in controluce rispetto ai caratteri dell'azione di generale di arricchimento senza causa, i giudici di legittimità, nella decisione in commento, sottolineano in particolare la non sovrapponibilità – rispetto ai contratti a esecuzione continuata o periodica – delle differenti ipotesi della nullità e della risoluzione. esecuzione continuata o periodica – delle differenti ipotesi della nullità e della risoluzione.

3. La fattispecie della nullità

Infatti, con specifico riferimento a tali contratti, nel novero dei quali rientra per l'appunto la locazione immobiliare, l'esigenza di rispetto dell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni è normativamente prevista solo per l'ipotesi di risoluzione per inadempimento, essendo l'art. 1458, comma 1, c.c. una norma che – proprio per la sua eccezionalità – non è suscettibile di essere estesa alle differenti ipotesi di insussistenza ab origine della *causa adquirendi*, per nullità del contratto. Nel medesimo senso si è espresso un ulteriore precedente di legittimità, il quale ha affermato che la prestazione compiuta in esecuzione d'un contratto nullo costituisce un indebito oggettivo, regolato dall'art. 2033 c.c., e non dall'art. 1458 c.c., sicché l'eventuale irripetibilità di quella prestazione potrà attribuire al *solvens*, ricorrendone i presupposti, il diritto al risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., o al pagamento dell'ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. [Cass., sez. III, 13 dicembre 2016, n. 25503, in *Danno resp.*, 2017, 3, 347, con nota di BERTELLI, *Nullità della locazione, indebito oggettivo e arricchimento senza causa*, in *Corr. giur.*, 2017, 1, 11, con nota di CALVO, *Contratto di locazione, nullità erariale e arricchimento senza causa*].

Ciò anche in quanto la differente opzione ermeneutica recherebbe all'inammissibile risultato per il quale la nullità del contratto non produrrebbe conseguenza alcuna per il tempo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, solo perché una delle due prestazioni non è suscettibile di restituzione [v. ancora Cass., 11 ottobre 2016, n. 20383, cit., in motivazione]. In altri termini, come chiarito dal già richiamato precedente di legittimità, non è concepibile che un contratto di locazione nullo abbia prodotto i suoi effetti perché il rapporto si è svolto "di fatto", essendo eccezionali le ipotesi in cui il legislatore attribuisce rilievo giuridico allo svolgersi d'un rapporto contrattuale nullo (come nel caso del lavoro dipendente di fatto; su cui v. infra); pertanto, non è possibile ricavare in via interpretativa l'esistenza di un generale principio secondo cui i rapporti contrattuali di fatto sarebbero equiparati a quelli di diritto [Cass., 13 dicembre 2016, n. 25503, cit.].

Un ulteriore argomento a sostegno dell'interpretazione prescelta dalla Suprema Corte, nel precedente che si annota, si trae dal disposto dell'art. 2126 c.c., ai sensi del quale, come noto, la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi da illiceità dell'oggetto o della causa, e, se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione [in argomento, v. TOSI, *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo*, in *ADL Arg. dir. lav.*, 2010, 3, 603; TURRIN, *Nullità dell'incarico di lavoro autonomo e azione di ingiustificato arricchimento*, in *Giur. it.*, 2024, 12, 2650]. Ebbene, secondo la Cassazione, è proprio l'eccezionalità delle ipotesi legislative in cui, nonostante il venire meno del vincolo contrattuale, è prevista l'irripetibilità delle prestazioni eseguite [come accade nel caso di cui al citato art. 2126 c.c., dettato in funzione di precise esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori; v. ancora Cass., 11 ottobre 2016, n. 20383, cit., in motivazione], a precludere la possibilità di un'applicazione analogica del principio all'ipotesi oggetto di scrutinio.

Nondimeno, l'opposta visione era stata sostenuta dai giudici di merito facendo appello a due precedenti della stessa Corte di legittimità. Di questi, se il primo aveva invero reputato comunque formulata, seppur implicitamente, da parte del locatore (rimasto invece contumace, nel caso che ci occupa), la domanda di arricchimento ingiustificato a sostegno della pretesa di trattenere i canoni corrisposti sulla base del contratto nullo [si tratta di Cass., sez. III, 3 maggio 1991, n. 4849, in *Arch. loc.*, 1991, 504, e in *Giur. it.*, 1991, 1, 1314, con nota di CHIODI, *Irripetibilità dei canoni versati in esecuzione di una locazione nulla: un caso di "estoppel" all'italiana*], il secondo si era invece posto in netto – ancorché inconsapevole – contrasto con la pregressa giurisprudenza in punto di inammissibilità dell'applicazione analogica dell'art. 1458 c.c. [Cass., sez. III, 12 febbraio 2019, n. 3971, in *Imm. e propr.*, 2019, 3, 189, con nota di MONEGAT, *Il contratto di locazione per un minialloggio è valido se l'immobile è conforme alla normativa igienico sanitaria vigente all'epoca della costruzione*], affermando il principio poi ripreso dalla Corte di appello nella cassata decisione.

La decisione, in commento, quindi, nell'offrire continuità alla pregressa giurisprudenza, si è peritata di specificare che, ricorrendo l'ipotesi della nullità della locazione, in relazione alla pretesa del conduttore di conseguire la restituzione di quanto versato in esecuzione del contratto nullo, il valore della controprestazione – dallo stesso, comunque, fruita – può venire in rilievo solo in funzione dell'eliminazione dello squilibrio determinatosi a seguito del conseguimento di un'utilità economica da parte del

soggetto, con correlativa diminuzione di altro soggetto.

In tale prospettiva, non può darsi luogo ad alcun automatismo che possa paralizzare la pretesa restitutoria del conduttore. Infatti, ove il locatore ambisca a conseguire un “compenso” per l’ingiustificato arricchimento del conduttore nel periodo compreso tra la consegna e la restituzione dell’immobile, tale domanda (di pagamento dell’indennizzo per ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.) deve essere espressamente formulata [Cass., 13 dicembre 2016, n. 25503, cit.]. Dunque, l’eventuale domanda o eccezione riconvenzionale di arricchimento senza causa del locatore (non proposta, nel caso di cui all’annotata decisione, stante la contumacia del locatore stesso), potrà essere accolta solo nei limiti dell’arricchimento e dell’impoverimento della parte che, rispettivamente, abbia ricevuto o effettuato la prestazione in esecuzione di un contratto nullo. E, in tale contesto, stante la nullità del contratto, la determinazione del valore-limite dell’arricchimento-impoverimento non può avvenire sulla base della determinazione fattane dalle parti con il contratto invalido, dovendo invece promanare da una valutazione oggettiva dell’utilità conseguita, entro i limiti della diminuzione patrimoniale subita dall’esecutore della prestazione resa in virtù del contratto invalido. Ciò in quanto l’indennità prevista dall’art. 2041 c.c. va sempre liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dalla parte nell’erogazione della prestazione e non in misura coincidente con il mancato guadagno che la stessa avrebbe potuto trarre dall’instaurazione di una valida relazione contrattuale (v. sempre Cass., 11 ottobre 2016, n. 20383, cit.) [v., in dottrina, TRAVAGLINO, *L’azione di arricchimento tra impoverimento e lucro cessante*, in *Corr. merito*, 2009, 1, 41]. Come si è rilevato in dottrina, tale impostazione pare destinata a tradursi spesso nella determinazione della somma dovuta dal “conduttore” sulla base la rendita catastale dell’immobile, in applicazione della previsione di cui all’art. 13, commi 5 e 6, l. 9 dicembre 1998, n. 431, come introdotto dall’art. 1, comma 59, l. 28 dicembre 2015, n. 208, ovverosia, per le registrazioni tardive eseguite tra il 7 giugno 2011 e il 16 luglio 2015, in riferimento al criterio del triplo della rendita catastale, dal momento della registrazione stessa, e, per quelle eseguite dopo il 16 luglio 2015, mediante determinazione di una somma, quantificata in sede giudiziale riconducendo il contratto allo schema normativo, pari al valore minimo definito ai sensi dell’art. 2 della l. n. 431/1998, ovvero quello definito ai sensi dell’art. 5, commi 2 e 3 della medesima legge, nel caso di conduttore che abiti stabilmente l’alloggio per i motivi ivi regolati. [cfr. BERTELLI, op. cit., 353].

Alla luce dei principi sopra affermati, la decisione in commento rileva la sussistenza, nella motivazione resa dalla Corte di appello, di due errori di diritto, commessi, l’uno, sul piano processuale e, l’altro, sul piano sostanziale.

Da una parte, infatti, i giudici di merito hanno erroneamente dato rilievo al profilo dell’ingiustificato arricchimento del conduttore, il quale pretendeva la restituzione dei canoni corrisposti in esecuzione di un contratto nullo perché privo della forma scritta e non registrato, in difetto di alcuna domanda o eccezione riconvenzionale proposta, al riguardo, dal locatore.

Dall’altra parte, la Corte di appello ha mancato di inquadrare correttamente la pretesa restitutoria del conduttore nella previsione dell’art. 2033 c.c., disattendendo il principio di diritto a tenor del quale, in caso di nullità del contratto di locazione, il conduttore ha diritto di ripetere, a norma dell’art. 2033 c.c., i canoni versati al locatore in esecuzione del contratto, ferma restando la facoltà di quest’ultimo di eccepire, ex art. 2041 c.c., la sussistenza di un ingiustificato arricchimento, facendo valere un credito

indennitario che va, però, liquidato nei limiti della diminuzione patrimoniale subita nell'erogazione della prestazione e non in misura coincidente con il mancato guadagno che esso avrebbe potuto trarre dall'instaurazione di una valida relazione contrattuale.

Bibliografia essenziale

- BERTELLI, *Nullità della locazione, indebito oggettivo e arricchimento senza causa*, in *Danno resp.*, 2017, 1, 347.
- CALVO, *Contratto di locazione, nullità erariale e arricchimento senza causa*, in *Corr. giur.*, 2017, 1, 13.
- CHIODI, *Irripetibilità dei canoni versati in esecuzione di una locazione nulla: un caso di "estoppel" all'italiana*, in *Giur. it.*, 1991, 1, 1314.
- COSENTINO e VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme del 1976 -1985*, Utet, 1986.
- CUFFARO, *Contratto di locazione e nullità per mancata registrazione: si peccas, pecca fortiter*, in *Corr. giur.*, 2018, 8-9, 1098.
- CUFFARO e DI MARZIO, *Della locazione*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja Branca, Zanichelli*, 2023.
- DALLA CASA, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 4, 517.
- GIORGIANI, *Locazione ed eccessiva onerosità*, in *Giur. sic.*, 1948, 2, 7.
- GUARINO, *Locazione*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1965.
- PIROVANO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità e domanda di risoluzione*, in *Contratti*, 2011, 7, 677.
- MICCIO, *La locazione*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da Bigiavi, Utet, 1980.
- MIRABELLI, *La locazione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Utet, 1972.
- MONEGAT, *Il contratto di locazione per un minialloggio è valido se l'immobile è conforme alla normativa igienico sanitaria vigente all'epoca della costruzione*, in *Imm. e propr.*, 2019, 3, 189.
- SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Cedam, 1972.
- TABET, voce *La locazione in generale*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Utet, 1982, 1003 ss.
- TOSI, *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo*, in *ADL Arg. dir. lav.*, 2010, 3, 603.
- TRAVAGLINO, *L'azione di arricchimento tra impoverimento e lucro cessante*, in *Corr. merito*, 2009, 1, 41.
- TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XI, Giuffrè, 1983, 455 ss.
- TURRIN, *Nullità dell'incarico di lavoro autonomo e azione di ingiustificato arricchimento*, in *Giur. it.*, 2024, 12, 2650.

CONSUMO

La qualifica di “armatore” non osta all’attribuzione della qualifica di “consumatore” al soggetto persona fisica che agisce al di fuori della propria attività professionale *

di ELIA CAGNAZZO

Dottore in giurisprudenza
Università di Genova

(CORTE DI CASSAZIONE sezione terza civile, ord. 10 ottobre 2024, n. 26487; Pres. Scarano – Est. Cricenti)

ABSTRACT

Stante il contrasto giurisprudenziale circa l’attribuzione all’armatore della qualifica di consumatore, la Suprema Corte di cassazione è intervenuta per stabilire le condizioni in presenza delle quali l’armatore è suscettibile della tutela accordata dalla disciplina consumeristica.

Given the contrasting case law regarding the attribution of the status of consumer to the shipowner, the Supreme Court of Cassation intervened to establish the conditions under which the shipowner is eligible for the protection granted by consumer regulations.

SOMMARIO: 1. La vicenda alla base della pronuncia; 2. Le questioni di diritto interessate dalla decisione; 3. Ambito applicativo della disciplina consumeristica e qualifica di armatore; 4. I pochi precedenti (contrastanti) in materia; 5. Riflessioni conclusive.

1. La vicenda alla base della pronuncia

La Terza Sezione Civile con l’ordinanza n. 32969 del 10 ottobre 2024 ha cassato la decisione impugnata dai ricorrenti e ha rinviato alla Corte d’appello di Ancona per un nuovo esame della questione oggetto del ricorso.

La vicenda trae origine dalla domanda di risarcimento del danno avanzata al Tribunale di Ancona da persone fisiche che avevano acquistato un’imbarcazione da un produttore olandese tramite contratto di leasing finanziario. Essi, accortisi che l’imbarcazione era inadatta all’uso e realizzata in violazione delle norme CE imponenti requisiti di costruzione e progettazione, agivano per far valere, in primo luogo, la nullità del contratto di vendita e del collegato contratto di leasing, per illiceità della causa o illiceità o impossibilità dell’oggetto; in subordine, per la declaratoria di annullamento del contratto per vizio del consenso; in ulteriore subordine, per la declaratoria di risoluzione per inadempimento del contratto di vendita e del collegato contratto di leasing.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 13.06.2025.

Il Tribunale di Ancona accoglieva la domanda di risarcimento nei confronti del costruttore olandese, ma rigettava per converso la domanda nei confronti del finanziatore, accogliendo la domanda riconvenzionale di quest'ultimo di pagamento in suo favore dei restanti canoni di leasing.

Gli attori proponevano appello.

Tuttavia, la Corte d'Appello di Ancona confermava la decisione del giudice di prime cure, ribadendo che le irregolarità afferenti al bene integravano l'ipotesi dell'*aliud pro alio* ed escludendo la possibilità di azione nei confronti dell'utilizzatore.

Pertanto, parte attrice ricorreva in Cassazione.

2. Le questioni di diritto interessate dalla decisione

Tre sono i profili di diritto venuti in rilievo nella decisione della Corte di Cassazione.

La prima questione è contenuta nel primo e secondo motivo di ricorso, che, in quanto connessi, sono stati analizzati ed accolti congiuntamente. La Suprema Corte ha riconosciuto che le norme relative ai criteri di costruzione di una imbarcazione sono volte a garantire non il mero interesse individuale della parte contrattuale, bensì l'interesse generale alla sicurezza della navigazione. Inoltre, l'inosservanza di disposizioni che impongono che un bene possieda determinate caratteristiche – anche a prescindere che esse siano o meno pattuite – consiste in una violazione delle norme sulla validità dell'oggetto (vale a dire sulla relativa liceità o possibilità giuridica), disciplinanti non già la condotta delle parti, bensì a monte la qualità dell'oggetto in astratto. Pertanto, la loro violazione rileva poiché trattasi di norme che vietano la vendita di un bene non conforme, con conseguente nullità dei relativi atti negoziali e preclusione di ogni indagine sull'*aliud pro alio*.

La seconda questione, contenuta nel terzo motivo del ricorso, è indissolubilmente collegata al quarto motivo. La Corte riporta il principio di diritto secondo cui «*Il leasing finanziario non dà luogo ad un unico contratto trilaterale o plurilaterale ma realizza un'ipotesi di collegamento negoziale (...) sicché le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia nella pur persistente individualità propria di ciascun tipo negoziale, a tale stregua segnandone la distinzione con il negozio complesso e con il negozio misto*» [Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, in *DeJure*]. Pertanto, la Suprema Corte ribadisce il collegamento tra i contratti di compravendita e di leasing, comportante che le vicende dell'uno si possano ripercuotere sull'altro: nel caso di specie, ciò determina che la nullità della vendita si riverberi sul contratto di finanziamento.

Infine, strettamente collegata alla precedente è la terza questione, che ad avviso dello scrivente risulta essere quella di maggiore interesse, ed oggetto anch'essa del rilievo contenuto nel terzo motivo. La doglianza di parte attrice concerneva l'applicabilità della tutela prevista dal codice del consumo, la quale si esplica nell'inefficacia delle clausole indebitamente aggravanti la relativa posizione - anche qualora predisposte da terzo professionista - laddove non si dimostri che le stesse abbiano costituito oggetto di specifica, seria e individuale trattativa, con concreta possibilità del consumatore di determinarne il contenuto [Cass., 14 febbraio 2024, n. 4140, in *DeJure*; Cass., 28 aprile 2020, n. 8268, in *DeJure*]. Essa era stata respinta dalla Corte di appello, la quale, tra i

motivi, aveva eccepito che gli utilizzatori non potessero considerarsi consumatori, giacché nel contratto si erano definiti quali “armatori”.

3. Ambito applicativo della disciplina consumeristica e qualifica di armatore

Il motivo di ricorso sul punto viene accolto dalla Corte, che riconosce come la qualifica di “armatore” non possa di per sé essere intesa nel senso che trattasi sempre e comunque di soggetto “non consumatore”.

Dunque, la questione consiste nel definire l’ambito applicativo della disciplina consumeristica, contenuta prevalentemente nel codice del consumo (d.p.r. 6 settembre 2005, n. 206). Peraltro, ad ulteriore dimostrazione dell’estrema attualità dell’argomento, il problema della qualificazione giuridica della figura del consumatore nel tempo è stato oggetto di numerosi interventi giurisprudenziali e normativi, riconducibili al diverso grado di armonizzazione delle direttive da parte dei singoli Paesi europei, determinato dalla differente considerazione riservata alle aree del diritto in cui il parametro “soggettivo” del consumatore incide maggiormente [per un approfondimento RUBINO, *L’evoluzione della nozione di consumatore nel processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2017, 2, 343 ss.]. A titolo esemplificativo la predetta sensibilità percettiva è ravvisabile nella ritrosia del nostro legislatore a prendere posizione sulle principali questioni in tema di conformità dei beni di consumo, emersa chiaramente già da un esame del perimetro dell’obbligo di conformità, così come disegnato dal d.lgs. 170/2021. Infatti, al riguardo il legislatore interno si è limitato a trasporre nel codice del consumo quanto previsto dalla dir. 2019/771 senza compiere alcuna ulteriore scelta normativa, come invece sarebbe stato auspicabile al fine di dirimere le numerose questioni che – nel vigore della precedente disciplina – erano emerse in sede applicativa [COPPINI, *Armonizzazione massima e minimalismo legislativo nel “nuovo” difetto di conformità dei beni di consumo*, in *Actual. jur. iber.*, 2023, 18, 470 ss.].

Soltanto in un secondo momento è stata introdotta una competenza comunitaria di natura concorrente, la quale ha però reso necessario il superamento delle diverse sensibilità nazionali attraverso una complessa opera di scomposizione e ricomposizione delle posizioni soggettive connotate da intrinseca ed asimmetrica debolezza.

La disciplina del codice del consumo si pone come obiettivo generale quello di “assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti”, nel rispetto dei principi Costituzionali e di origine Europea (art.1), e di riconoscere e garantire “i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti” (art.2).

Alla delimitazione dell’ambito di applicazione concorrono poi le definizioni contenute all’articolo 3, il quale definisce consumatore “la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”, professionista “la persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario” e prodotto “qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se non a lui destinato, fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell’ambito di un’attività commerciale, indipendentemente dal fatto che sia nuovo, usato o rimesso a nuovo”.

Ai nostri fini, in primo luogo è utile muovere dalla definizione di prodotto per limitare l'ambito oggettivo di applicazione delle norme consumeristiche [così TURCI, *Profili di tutela consumeristica del committente nel contratto di costruzione di nave*, in *Dir. mar.*, 2022, 2, 421 ss.]. Il prodotto che il consumatore acquista dal professionista deve essere un bene “*destinato al consumatore*” o suscettibile di essere da questi utilizzato in situazioni “*prevedibili*”. Sulla base di queste indicazioni è possibile escludere dall'indagine i contratti che abbiano ad oggetto unità naturalmente destinate all'esercizio commerciale, ed al contrario ricondurre alla definizione di prodotto di consumo i contratti aventi ad oggetto beni quali navi da diporto e *leisure yachts*. Peraltro, questa considerazione ha trovato autorevole conferma in una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione secondo cui «*oggetto della compravendita tra Yacht Cantieri ed E. è un bene di consumo secondo la definizione propria data dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*» [Cass., 23 novembre 2018, n. 30420, in *DeJure*].

Venendo poi alla determinazione soggettiva della tutela consumeristica, è opportuno fissare le due caratteristiche che distintamente deve possedere il soggetto suscettibile di protezione: egli deve essere una persona fisica, e deve agire per scopi estranei all'attività commerciale o imprenditoriale.

In merito alla prima condizione, si sono registrate importanti resistenze proprio in relazione al contratto di leasing finanziario: se infatti è pacifico che l'utilizzatore gode delle tutele previste dal codice nei confronti del concedente, d'altro canto la giurisprudenza ha circoscritto l'esercizio delle azioni proprie del concedente, controparte del produttore, da parte dell'utilizzatore [cfr. App. Napoli, 11 novembre 2017, n. 17090, in *DeJure*]. Occorre a tal proposito svolgere due considerazioni: innanzitutto, si ritiene di poter affermare che l'applicabilità delle norme del codice discende dalle sole qualità soggettive dei contraenti, a nulla rilevando la tipologia di bene o il suo costo, né, tantomeno, l'esperienza del consumatore nel settore; in secondo luogo, una soluzione al problema dell'estensione all'utilizzatore delle azioni spettanti al concedente può risiedere nel collegamento negoziale, considerando i contratti – nel caso in esame di vendita e *leasing* – come componenti di un'unica operazione in senso economico e giuridico.

Invece, per quanto riguarda la questione dell'estraneità del contratto a scopi professionali, giurisprudenza e dottrina hanno formulato due ipotesi definitorie di consumatore: una nozione soggettiva ed una nozione oggettiva [per un approfondimento TROMBETTI, *L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, 4, 275 ss.]. La prima consiste in un'analisi dello scopo perseguito dal contraente interessato al bene o al servizio: si tratta cioè di effettuare un'indagine psicologica sulle intenzioni del soggetto stesso [cfr. CIANCI, *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore. Dal motivo allo status relazionale*, Giuffrè, 2013, 189 ss.], a prescindere dall'effettiva e concreta destinazione del contratto all'attività professionale eventualmente svolta. Tuttavia, questa tesi è stata ampiamente criticata, considerato che un esame basato sulle sole motivazioni che inducono il soggetto a contrarre risulterebbe complesso sul piano probatorio, dovendosi fondare su valutazioni di ordine soggettivo rispetto alle finalità oggettive da realizzare [così RUFFOLO, *Le clausole vessatorie, abusive, inique, e la ricodificazione negli artt. 1469 bis – 1469 sexies c.c.*, in ID. (a cura di), *Clausole “vessatorie” e “abusive”. Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*, Giuffrè, 1997, 27]. Perciò, è stata espressa opzione preferenziale per una lettura in chiave oggettiva [Cass., ord. 26 settembre 2008, n. 24257, in *Corr. giur.*, 2009,

6, 799, con nota di AGNINO, *Consumatore e competenza per territorio: si rafforza la tutela nei confronti del professionista*] in forza della quale ciò che rileva non sono le ragioni che inducono il contraente a stipulare il contratto - dato che peraltro lo stesso potrebbe essere qualificato come consumatore nell'ambito di talune operazioni e operatore economico nell'ambito di altre [C. giust., 14 febbraio 2019, C-630/17, in *DeJure*] -, ma la destinazione funzionale dello stesso, che deve essere esterna all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale [Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *DeJure*; Cass., 10 luglio 2007, n. 18863, in *DeJure*; Cass., 26 settembre 2008, n. 24257, in *DeJure*; Cass., 31 luglio 2014, n. 17466, in *DeJure*; Cass., 5 maggio 2015, n. 8904, in *DeJure*].

Delimitato l'ambito applicativo della disciplina consumeristica sul piano soggettivo ed oggettivo, si può passare ad analizzare la figura dell'armatore, per stabilirne la riconducibilità alla tutela del codice del consumo.

Ai sensi dell'art. 265 c. nav. è armatore chi assume l'esercizio della nave. La stessa Corte - nella pronuncia in questa sede oggetto di esame - aggiunge che esso può essere "il proprietario di una flotta mercantile ma anche il mero diportista". Viene pertanto ribadita l'irrelevanza della tipologia di natante e del suo valore economico ai fini della attribuzione della qualifica di armatore.

Inoltre, l'armatore non è necessariamente il proprietario della nave, ben potendo trattarsi di un semplice conduttore [FACCO, *Il Tribunale di Bari sul tema dell'identificazione del vettore aderisce al prevalente orientamento della giurisprudenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 10, 1695 ss.]. Opportunamente, infatti, nella decisione in analisi la Corte aggiunge che "la qualifica di consumatore va invero verificata in capo all'acquirente, e non già in capo all'utilizzatore della nave. È armatore colui che quest'ultima utilizza". Tale consolidato orientamento risulta invero essere diffuso sin da alcune pronunce precedenti, in cui emerge l'esigenza di identificare l'armatore nel soggetto che assume l'esercizio concreto ed effettivo della nave, sia o meno egli proprietario della stessa, consentendogli persino di poter dimostrare di aver assunto l'esercizio della nave pur in assenza di una sua formale dichiarazione in tal senso all'ufficio di iscrizione della nave, così come previsto dalla legge [Cass., 11 febbraio 2022, n. 4436, in *DeJure*]. Pertanto, si tratta di distinguere il momento dinamico dell'esercizio da quello statico della proprietà, con la figura dell'armatore che diviene il centro di imputazione di tutti i rapporti che fanno capo all'esercizio della nave e con assunzione delle relative responsabilità.

4. I pochi precedenti (contrastanti) in materia

Alla luce delle definizioni di cui sopra è ora possibile passare brevemente in rassegna alla giurisprudenza principale - in realtà alquanto scarna - in tema di configurazione dell'armatore quale "consumatore" del rapporto contrattuale.

Ebbene, nonostante la definizione di consumatore di origine comunitaria renda ipotizzabile la diffusione del principio secondo cui, nella maggioranza dei casi, il regime - sostanziale e processuale - di tutela del consumatore spetti senza dubbio anche all'armatore di unità da diporto, si registrano in materia poche pronunce di merito, e talune persino di segno opposto.

Aderente a quest'ultimo orientamento è una decisione del Tribunale di Roma, secondo cui il consumatore ha l'onere di dimostrare di possedere tale qualifica, e che

«Consumatore non può essere colui che già nell'atto di citazione si attribuisce la qualifica di armatore» [Trib. Roma, 19 agosto 2009, n. 17431, in *DeJure*], e la Corte d'Appello di Napoli, la quale ha escluso l'applicabilità delle norme del codice del consumo invocate dall'appellante sostenendo che, a fronte di una nozione ampia di bene di consumo - nella quale gli interpreti vi fanno rientrare qualsivoglia bene mobile, tra cui quelli registrati in pubblici registri e quindi anche imbarcazioni ed aeromobili -, la circostanza dell'acquisto avvenuto da parte di una società di leasing impedisce all'utilizzatore di cumulare alla specifica tutela prevista per il contratto di compravendita stipulato dalla società di leasing nel suo interesse anche quella di cui avrebbe beneficiato se avesse proceduto in prima persona ad effettuare l'acquisto [App. Napoli, 11 gennaio 2017, n. 123, in *DeJure*].

Aperture all'estensione della tutela consumeristica alla figura dell'armatore si sono invece ravvisate a partire da una pronuncia del Tribunale di Bologna, che ha evidenziato come la disciplina debba invece applicarsi anche al soggetto utilizzatore nel contratto di leasing che agisce per scopi estranei alla sua attività professionale, non rilevando ai fini della individuazione della qualità di 'consumatore' di un contraente la natura del bene oggetto del contratto o il tipo di contratto stipulato [Trib. Bologna, 19 gennaio 2017, n. 132, in *DeJure*].

5. Riflessioni conclusive

L'analisi giurisprudenziale riportata ci consente di percepire la portata della pronuncia della Suprema Corte, che in questo modo ha diradato ogni ombra di dubbio dalla configurabilità dell'armatore quale consumatore. Ciò, ad avviso di chi scrive, risulta essere fondamentale in ottica di una maggiore protezione dell'armatore di unità non commerciali che agisce quale persona fisica al di fuori della propria attività professionale, il quale deve poter beneficiare della tutela generalmente riservata al consumatore in quanto parte debole del rapporto contrattuale. Pertanto, si ritiene che la decisione avrà importanti ricadute nella trattazione di vicende che abbiano come protagonisti armatori in possesso delle caratteristiche soggettive ed oggettive proprie del consumatore, che dunque saranno suscettibili dell'applicazione della tutela prevista dal codice del consumo.

Bibliografia essenziale

- AGNINO, *Consumatore e competenza per territorio: si rafforza la tutela nei confronti del professionista*, in *Corr. giur.*, 2009, 6, 799
- CIANCI, *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore. Dal motivo allo status relazionale*, Giuffrè, 2013
- COPPINI, *Armonizzazione massima e minimalismo legislativo nel "nuovo" difetto di conformità dei beni di consumo*, in *Actual. jur. iber.*, 2023, 18, 470
- FACCO, *Il Tribunale di Bari sul tema dell'identificazione del vettore aderisce al prevalente orientamento della giurisprudenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 10, 1695
- RUBINO, *L'evoluzione della nozione di consumatore nel processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2017, 2, 343
- RUFFOLO, *Le clausole vessatorie, abusive, inique, e la ricodificazione negli artt. 1469 bis – 1469 sexies c.c.*, in ID. (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusive". Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*, Giuffrè, 1997, 27
- SPOSINI, *La nozione di "consumatore" al fine della determinazione della competenza giurisdizionale*, in *www.aldricus.giustizia.it*, 16 marzo 2023

TROMBETTI, *L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, 4, 275
TURCI, *Profili di tutela consumeristica del committente nel contratto di costruzione di nave*, in *Dir. mar.*, 2022, 2, 421

IMPRESA E MERCATO

L'abuso di dipendenza economica e la tutela delle imprese "economicamente dipendenti": confini applicativi dell'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192*

di LUDOVICA ACCOLLA

Dottoressa in giurisprudenza
Università Cattolica del Sacro Cuore

(CORTE DI CASSAZIONE, CORTE DI CASSAZIONE, ord. 23 ottobre 2024, n. 27420; Pres. Ferro – Est. Crolla)

ABSTRACT

Con l'ordinanza in commento la Corte di cassazione, nell'ambito di un giudizio di ammissione al passivo, ha affrontato il tema dell'abuso di dipendenza economica tra imprese legate da un rapporto contrattuale. Ai sensi dell'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192, l'accertamento di un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi tra le parti e l'impossibilità per la parte dipendente di reperire sul mercato alternative soddisfacenti rappresentano i due presupposti idonei ad integrare la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica. Da ciò ne consegue la nullità di ogni atto negoziale relativo al rapporto commerciale intrattenuto tra le parti. L'ordinanza si inserisce nel più ampio dibattito giurisprudenziale in materia di tutela delle imprese contro gli abusi di potere contrattuale, contribuendo a chiarire i presupposti applicativi della norma in esame. Il presente contributo è volto ad illustrare il contenuto dell'ordinanza, affrontando il tema della tutela delle imprese economicamente "deboli" e del ruolo dei criteri interpretativi utili a definire i confini della norma.

In the judgment under comment, the Supreme Court addressed the issue of abuse of economic dependence between contractually linked companies in the context of an admission of liability judgment. According to Article 9 of Law No. 192/1998, the existence of an excessive imbalance of rights and obligations between the parties and the impossibility for the dependent party to find satisfactory alternatives on the market are the two prerequisites for the abuse of economic dependence. This leads to the nullity of any act of negotiation relating to the commercial relationship between the parties. The order is part of the wider jurisprudential debate on protecting companies from abusing contractual power and helps to clarify the conditions for applying the rule. The purpose of this article is to illustrate the content of the regulation, addressing the issue of the protection of economically 'weak' enterprises and the role of the interpretive criteria useful to define the limits of the rule.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. L'ambito di applicazione dell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192: l'interpretazione estensiva della norma; 3. La definizione di dipendenza economica e i relativi indici probatori alla luce di Cass., 23 ottobre 2024, n. 27420; 4. Prospettive sulla tutela delle imprese economicamente vulnerabili.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 27.02.2025.

1. Il caso

La pronuncia in commento suscita interesse poiché, in linea con gli indirizzi interpretativi maggioritari, ha affrontato il tema legato alla prova della nullità dei contratti per abuso di dipendenza economica, offrendo così un contributo significativo nella definizione dei presupposti applicativi dell'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192.

A.A. Gruop Srl ha esperito ricorso per l'ammissione al passivo fallimentare di Vomero 3 Srl dei crediti chirografari derivanti dalla fornitura di merce e dai canoni di affitto d'azienda. A fronte dell'esclusione di tali crediti da parte del giudice delegato, la società ha promosso giudizio di impugnazione dinnanzi al Tribunale di Napoli, il quale ha respinto l'opposizione, ritenendo nulli i contratti di fornitura e di affitto d'azienda, in quanto viziati per abuso di dipendenza economica ai sensi dell'art. 9, l.n. 192/1998.

La decisione ha evidenziato la portata generale della disciplina dell'abuso di dipendenza economica e ha individuato gli elementi idonei a determinare lo squilibrio tra le parti del rapporto commerciale. La società creditrice ha proposto ricorso per cassazione, censurando la decisione nella misura in cui ha riconosciuto l'abuso di dipendenza economica senza aver adeguatamente accertato l'eccessività dello squilibrio contrattuale, l'impossibilità per la parte fallita di reperire alternative sul mercato e la condotta arbitraria della controparte. Il ricorrente, inoltre, ha contestato la dichiarazione di nullità generalizzata di tutti gli atti negoziali relativi al rapporto commerciale e ha lamentato che il convincimento del Tribunale si fondasse su elementi di fatto irrilevanti o neutri, in ogni caso inidonei a dimostrare la sussistenza effettiva di tale squilibrio.

La Suprema Corte, dopo aver richiamato i principi affermati dalla recente Cass., 21 gennaio 2020, n. 1184, ha rigettato il ricorso e confermato la correttezza dell'operato del Tribunale, il quale ha riconosciuto – sulla base dei diversi elementi fattuali *infra* illustrati – che la società avesse creato, nei rapporti commerciali con la fallita, un eccessivo squilibrio tra i diritti e gli obblighi reciproci.

2. L'ambito di applicazione dell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192: l'interpretazione estensiva della norma

Centrale nella sentenza in commento è il riferimento all'art. 9, l.n. 192/1998, «Disciplina della subfornitura nelle attività produttive», che, come noto, al comma 1, consacra il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese. La norma stabilisce, al primo comma, che «si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti»; e, al secondo comma, che «l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto».

Tale articolo è stato soggetto a diverse riforme, le quali hanno progressivamente ampliato le tutele contro gli abusi di dipendenza economica. Inizialmente, la norma prevedeva solo la nullità del patto abusivo, rimettendo così la disciplina del risarcimento del danno alle regole generali. Con la l. 5 marzo 2001, n. 57, il legislatore ha esplicitamente riconosciuto il diritto al risarcimento e alle azioni inibitorie, attribuendo

inoltre all'AGCM la facoltà di intervenire nei casi più rilevanti per la tutela della concorrenza. Successivamente, con la l. 11 novembre 2011, n. 180 la disciplina è stata rafforzata ulteriormente: in presenza di violazioni reiterate nei pagamenti, soprattutto a danno delle PMI, l'abuso viene riconosciuto automaticamente, senza necessità di accertare la dipendenza economica. Infine, con le modifiche apportate dalla l. 5 agosto 2022, n. 118, è stata introdotta una presunzione relativa di dipendenza economica per le imprese che utilizzano servizi di intermediazione tramite piattaforme digitali, ove queste ultime assumono «un ruolo determinante» per raggiungere utenti o fornitori [BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali (Art. 33, l. 5 agosto 2022, n. 118, che modifica l'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192)*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1, 39-85].

Ebbene, tale disposizione, così come modificata dalle riforme succedutesi nel tempo, riflette chiaramente la volontà del legislatore di sanzionare l'"*approfittamento*" derivante da una condizione di squilibrio di potere tra imprese, comminando la nullità del patto attraverso cui si concretizza l'abuso (comma 3).

Tale disposizione riflette la volontà del legislatore di sanzionare l'«*approfittamento*» derivante da una condizione di squilibrio di potere tra imprese, comminando la nullità del patto attraverso cui si concretizza l'abuso (comma 3) [cfr. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 4, 1190 ss.]. L'art. 9, l.n. 192/1998, fulcro di questa analisi, si configura come una norma articolata e soggetta a molteplici interpretazioni. Fin dalla sua introduzione, ha avuto un impatto significativo nell'ordinamento giuridico italiano e, a oltre vent'anni dalla sua entrata in vigore, continua a prestarsi a letture diversificate.

Con riferimento al suo campo di applicazione, ad oggi, giurisprudenza e dottrina convergono nel sostenere una lettura estensiva della norma, considerando applicabile la disciplina in questione a tutti i rapporti tra imprese. Al contrario, la giurisprudenza di merito più risalente si è mostrata prudente nell'estendere il divieto di abuso di dipendenza economica al di là dei contratti di subfornitura [Trib. Torino, 19 novembre 1999; Trib. Taranto, 22 dicembre 2003]. Ad opinione di questo indirizzo minoritario, il divieto in questione si applicherebbe soltanto ai contratti di subfornitura, in quanto non sarebbe ipotizzabile che una norma di una legge settoriale – e quindi eccezionale – possa stravolgere il principio della libertà contrattuale, dando al giudice il potere di riequilibrare l'assetto del contratto [cfr. Trib. Bari, 2 luglio 2002].

Ebbene, l'ordinanza in commento si colloca nell'alveo di quel filone giurisprudenziale maggioritario che considera l'abuso di dipendenza economica come una fattispecie di ampia portata, che può anche prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura [cfr. Cass., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906; Cass., 19 maggio 2021, n. 13600; Cass., 23 luglio 2014 n. 16787. Nel merito, v. Trib. Venezia, 12 dicembre 2022 n. 2061; Trib. Milano, sez. spec. impresa, 17 settembre 2019; Trib. Torino, 6 giugno 2017, n. 2952; Trib. Trieste, 20 settembre 2006; Trib. Catania, 5 gennaio 2004; Trib. Roma, 5 novembre 2003].

Tale istituto di ordine generale, espressione dei principi di buona fede e correttezza, persegue la finalità di tutelare, in via autonoma e aggiuntiva rispetto alla subfornitura, la posizione dell'impresa contrattualmente "debole" rispetto alle condotte illecite poste in essere da un'altra impresa, economicamente "dominante" o preminente rispetto alla prima [cfr. Trib. Milano, sez. spec. impresa, 19 maggio 2022].

Alla stessa stregua, l'orientamento dottrinale prevalente condivide ampiamente l'affermazione secondo cui il divieto di abuso di dipendenza economica, previsto dall'art. 9, L. 192/1998, si applichi non solo a tutti i contratti tra imprenditori, ma anche a tutte le circostanze in cui una parte venga a trovarsi, a seguito dell'abuso di dipendenza dall'altra, in una condizione di svantaggio rispetto a quest'ultima [cfr. *ex multis*, SACCO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Sacco e De Nova, I, 3^a ed., UTET, 2004, 611; BATTELLI, *Servizi di telefonia: violazione della libertà di contrarre e dipendenza economica*, in *Il Corriere del Merito*, 2007, 2, 178; PARDOLESI, *La subfornitura*, in CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, 1073-1074; FABBIO, *Osservazioni sull'ambito d'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, 7-8, 902; MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, 663; DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, 6, 833; CAPURRO, *Abuso di dipendenza economica e rifiuto di contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 6, 976. In senso contrario alla tesi estensiva, cfr. SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust - I parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2, 261 MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario del codice civile* di Scialoja e Branca, Zanichelli, 2003, 484 ss.; TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* a cura di Anelli e Granelli, 25^a ed., Giuffrè, 2021, 790; Una posizione intermedia è stata invece assunta da quella dottrina (D. MAFFEIS, *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura* a cura di De Nova, IPSOA, 1999, 78), che, fermo restando – in linea di principio – l'applicabilità dell'art. 9 sulla subfornitura a qualsiasi contratto tra imprese, sia tipico che atipico, ha optato per un temperamento, escludendo dall'ambito di applicazione «*quei contratti che, pur essendo stipulati tra imprese*», non sarebbero stati tuttavia conclusi «*nella dinamica dei rapporti commerciali, in quanto le imprese non li avrebbero stipulati nella qualità di “clienti” o “fornitori”*». Di conseguenza, l'art. 9, l.n. 192/1998, non troverebbe applicazione con riguardo alla transazione, al contratto bancario, alla fideiussione o, più in generale, un contratto di garanzia stipulato tra imprese commerciali].

A ben vedere, l'accoglimento dell'interpretazione estensiva, oltre ad essere avvalorato dall'autorevolezza delle Sezioni Unite della Cassazione, trova fondamento nel chiaro dettato testuale. In particolare, nel reprimere l'abuso di dipendenza economica, il legislatore, da un lato, ha utilizzato il termine generico «*impresa*» (anziché i termini «*subfornitore*» e «*committente*»), dall'altro, ha stabilito che «*l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare*». Considerando che non esiste una comunanza di ambito tra subfornitura e compravendita, il richiamo al contratto di vendita, sotto il profilo sistematico, va interpretato – al pari dell'utilizzo del termine «*impresa*» – come un chiaro indizio della volontà di rendere la norma sull'abuso di dipendenza economica applicabile a qualsiasi rapporto negoziale tra imprenditori.

A ulteriore sostegno dell'applicazione dell'art. 9, l.n. 192/1998 a tutti i contratti tra imprese, si possono richiamare due argomentazioni di matrice costituzionale. Da un lato, assume rilievo la tutela della concorrenza, espressamente richiamata dall'art. 117, co. 2, lett. e) Cost. [CARAVITA, *Tutela della concorrenza e Regioni nel nuovo assetto*

istituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, in www.federalismi.it, 2010, 20, 1 ss.].

Dall'altro lato, emerge l'irragionevolezza della discriminazione tra i subfornitori in senso stretto e gli altri imprenditori che si trovino in una situazione di dipendenza economica.

3. La definizione di abuso di dipendenza economica e i relativi indici probatori alla luce di Cass. 23 ottobre 2024, n. 27420

La dipendenza economica rappresenta una condizione di fatto, comune e lecita, all'interno del sistema di mercato [SALVI, *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022, 1, 47 ss.]. È l'abuso di tale condizione ad essere qualificato come illecito. Infatti, come chiarito dalla Suprema Corte nella pronuncia in commento, non tutte le situazioni di dipendenza economica sono vietate, ma solo quelle in cui la parte dominante ne approfitti in modo abusivo, cercando di ottenere vantaggi aggiuntivi rispetto a quelli che deriverebbero dal normale esercizio della propria libertà negoziale. Pertanto, il contraente forte può legittimamente stabilire condizioni favorevoli a sé, purché queste non risultino "eccessive" e rientrino in un ambito ragionevole di libertà negoziale, in linea con gli standard contrattuali ritenuti equi per il settore di riferimento [MUSSO, *La subfornitura*, cit., 467 ss.].

L'ordinanza in esame, nel delineare il concetto di abuso di dipendenza economica richiama Cass., 21 gennaio 2020, n. 1184, la quale ha chiarito che «L'abuso di dipendenza economica, ex art. 9, L. n. 192 del 1998, costituisce una nozione indeterminata il cui accertamento richiede di identificare la causa concreta della singola operazione. Tale valutazione deve essere incentrata sulla liceità dell'interesse perseguito attraverso il comportamento adottato, con un'analisi di fatto dell'intero contesto negoziale. Nell'applicazione della norma è pertanto necessario: 1) quanto alla sussistenza della situazione di "dipendenza economica", indagare se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia "eccessivo", essendo il contraente che lo subisce privo di reali alternative economiche sul mercato (p. es., perché impossibilitato a differenziare agevolmente la propria attività o per avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto); 2) quanto all'"abuso", indagare la condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero l'intenzionalità di una vessazione perpetrata sull'altra impresa, in vista di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell'impresa dominante (quale, p. es., modificare le proprie strategie di espansione, adattare il tipo o la quantità di prodotto, o anche spuntare migliori condizioni), mirando la condotta soltanto ad appropriarsi del margine di profitto altrui» [cfr. anche Trib. Venezia, 12 dicembre 2022, n. 2061].

I criteri normativamente previsti per provare lo stato di dipendenza economica sono due: (i) la capacità dell'impresa dominante di creare, nei rapporti commerciali con la controparte, un «eccessivo squilibrio di diritti e obblighi»; (ii) la presenza di una «reale possibilità» per l'impresa dipendente di individuare alternative soddisfacenti sul mercato [cfr. Trib. Roma, 17 luglio 2019, n. 15000; Trib. Milano, 15 luglio 2022, n. 6238].

L'eccessivo squilibrio richiama il rilevante tema dell'equilibrio delle prestazioni, ben radicato in materia contrattuale. Non sembra casuale che, nell'ambito dei rapporti tra imprese, il legislatore abbia richiamato, quasi alla lettera, il linguaggio impiegato nell'art. 33 cod. cons., concernente le clausole vessatorie nel contratto tra professionista

e consumatore. Si tratta di una norma che rafforza le tutele a favore dei consumatori, categoria di contraenti ritenuta debole per eccellenza.

Con riguardo al criterio della mancanza di alternative, l'accertamento è solitamente articolato in due fasi. La prima riguarda la verifica in concreto dell'esistenza di alternative oggettive sul mercato, indipendentemente dalla specifica situazione in cui versa l'impresa dipendente (dipendenza oggettiva). La seconda consiste nell'analizzare se le alternative disponibili siano non solo teoricamente esistenti, ma anche praticabili e ragionevoli per l'impresa considerata «debole» (dipendenza soggettiva) [A. PISANI TEDESCO, *L'abuso di dipendenza economica, tra avanzamenti del Legislatore e incertezze giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1, 192 ss.).

Tra gli indicatori di dipendenza economica, l'ordinanza in commento annovera la dimensione della società dipendente, che non le consenta di differenziare agevolmente la propria attività e l'adeguamento dell'organizzazione e degli investimenti in vista di quel rapporto.

In questo contesto, risulta essenziale bilanciare la libertà d'iniziativa economica, sancita dall'art. 41 della Costituzione, con la necessità di proteggere la parte più debole da pratiche ingiustificate che potrebbero ledere la concorrenza leale e l'equilibrio contrattuale. Nell'ambito delle condotte qualificate come abusive dal legislatore (*i.e.* il rifiuto di vendere o il rifiuto di comprare, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto), la pronuncia in commento si concentra sulla condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero sulla vessazione intenzionale perpetrata su un'impresa, in vista del perseguimento di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse economico dell'impresa dominante (quale potrebbe essere, la legittima esigenza di modificare le proprie strategie di espansione, di adattare il tipo o la quantità del prodotto, ma anche di spuntare legittimamente migliori condizioni), in quanto volta, al contrario, essenzialmente a cagionare il pregiudizio altrui.

Ebbene, nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che il Tribunale abbia correttamente applicato i suddetti principi, considerando provata la circostanza che l'impresa A.A. Group Srl abbia creato uno squilibrio eccessivo nei diritti e obblighi contrattuali con la fallita. Tale valutazione si fonda, innanzitutto, sulla stipula di contratti caratterizzati da condizioni particolarmente vantaggiose per A.A. Group Srl, come il contratto d'affitto d'azienda con clausole di grande discrezionalità a favore della parte dominante. E ancora, le modalità di locazione, l'entità degli importi dovuti e la totale libertà concessa a A.A. Group S.r.l. nella gestione dei rapporti contrattuali hanno contribuito a consolidare la sua posizione di forza.

A supporto di questa tesi, vi sono i bilanci e la documentazione contabile, da cui è emerso che la fallita dipendeva economicamente da A.A. Group per tutte le sue forniture, con ingenti debiti accumulati ogni anno. Infine, come ritenuto anche dal Tribunale, la modesta dimensione della società fallita - che basava la propria attività unicamente sui rapporti con il grande gruppo industriale - rappresentava un'ulteriore conferma della situazione di vulnerabilità economica in cui si trovava. Questi accertamenti di fatto hanno dimostrato incontrovertibilmente la posizione dominante della società e la conseguente dipendenza economica della parte più debole, costretta a sottostare senza alternative ragionevoli, a qualsiasi richiesta. La decisione ha, quindi, evidenziato non solo il palese squilibrio nei diritti e negli obblighi contrattuali, ma anche l'impossibilità

della società fallita di reperire alternative sul mercato, confermando così la sussistenza dell'abuso di dipendenza economica.

4. Prospettive sulla tutela delle imprese economicamente vulnerabili

La repressione degli abusi in ambito commerciale presenta prospettive complesse, frutto del «mancato dialogo tra i formanti» dell'ordinamento [cfr. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Giuffrè, 2020, 22]. Da un lato, il legislatore ha intrapreso un cammino decisamente progressivo, rafforzando gli strumenti a difesa delle imprese vulnerabili. Questa evoluzione normativa ha visto un continuo perfezionamento delle tutele, mirando a garantire un corretto equilibrio tra le parti.

Dall'altro lato, sebbene la disciplina giuridica si sia evoluta per adeguarsi alle nuove sfide poste del mercato, non sono mancate resistenze teoriche. Alcuni Autori, infatti, hanno espresso dubbi sulla compatibilità di questi interventi con i principi generali del contratto, temendo che possano condurre a un'ingerenza eccessiva nella libertà di negoziazione tra le parti.

La giurisprudenza, in particolare nei primi anni di applicazione della l.n. 192/1998, ha dimostrato una certa prudenza, adottando un approccio restrittivo rispetto agli spazi interpretativi lasciati dalla normativa all'organo giudicante [cfr. Trib. Milano 21 luglio 2020, n. 4469; Trib. Roma 19 febbraio 2010]. Ciò ha rallentato, almeno inizialmente, l'efficacia della legge nel contrastare l'abuso di dipendenza economica. Tuttavia, il panorama giuridico ha progressivamente cambiato rotta, con un'applicazione più audace delle norme, spinta dalla consapevolezza dell'importanza della tutela di una concorrenza leale e dell'equilibrio nei rapporti commerciali.

Inoltre, la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, pur radicata in una logica concorrenziale, offre uno strumento privatistico che interagisce attivamente con il mercato, mirando non solo alla protezione del contraente debole, ma anche alla regolazione delle dinamiche economiche più ampie. Le misure previste ex art. 9, co. 3, l. n. 192/1998, come la nullità delle clausole abusive, le inibitorie e il risarcimento del danno, fungono da incentivi per le imprese, orientando le loro scelte verso risultati che siano considerati socialmente più desiderabili, in linea con i principi della concorrenza.

In sintesi, il principio di diritto delineato dalla Suprema Corte contribuisce al consolidamento di una nuova clausola generale nel diritto contrattuale tra imprese, dotata di una forte capacità ordinatrice. L'art. 9, l. n. 192/1998 sta assumendo un ruolo sempre più centrale nell'intera dinamica contrattuale, contribuendo a promuovere una "moralizzazione" delle relazioni commerciali, particolarmente necessaria in un contesto economico caratterizzato da crescenti asimmetrie tra le parti.

Bibliografia essenziale

ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 4, 1190 ss.

BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali (Art. 33, l. 5 agosto 2022, n. 118, che modifica l'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192)*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1, 39-85.

BACHELET V., *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Giuffrè, 2020, 22.

- BATTELLI, *Servizi di telefonia: violazione della libertà di contrarre e dipendenza economica*, in *Il Corriere del Merito*, 2007, 2, 178.
- CAPURRO, *Abuso di dipendenza economica e rifiuto di contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 6, 976.
- CARAVITA, *Tutela della concorrenza e Regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *federalismi.it*, 2010, 20, 1 ss.
- DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, 6, 833.
- FABBIO, *Osservazioni sull'ambito d'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2007, 902.
- MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, 663.
- MAFFEIS, *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura* a cura di De Nova, Chiesa, Delfini, Maffeis e Salvadè, IPSOA, 1999, 78.
- MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario del codice civile* di Scialoja e Branca, Zanichelli, 2003, 484 ss.
- PARDOLESI, *La subfornitura*, in *CASTRONOVO e MAZZAMUTO, Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, 1073-1074.
- PISANI TEDESCO, *L'abuso di dipendenza economica, tra avanzamenti del Legislatore e incertezze giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1, 192 ss.
- PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *Contratti*, 1999, 3, 299.
- SACCO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Sacco e De Nova, I, 3^a ed., UTET, 2004, 611.
- SALVI, *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022, 1, 47 ss.
- SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust - I parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2, 261.
- TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* a cura di Anelli e Granelli, 25^a ed., Giuffrè, 2021, 790.

NUOVE TECNOLOGIE

La successione *mortis causa* nei contratti di account e le clausole di intrasmissibilità *

di ALESSANDRO MECENATE

Notaio e dottorando di ricerca
Università La Sapienza di Roma

ABSTRACT

L'articolo esplora il concetto di eredità digitale, analizzando la sua rilevanza nella società dell'informazione e le implicazioni giuridiche della trasmissione *mortis causa* dei dati digitali. Viene approfondito il problema della successione e del diritto di accesso dei congiunti ai dati del defunto. Attraverso un'analisi comparata delle normative in diversi ordinamenti giuridici e della giurisprudenza italiana, il lavoro evidenzia la necessità di strumenti normativi e soluzioni contrattuali che permettano agli utenti di esprimere in modo chiaro la loro volontà in merito alla gestione *post mortem* dei propri dati digitali, valutando la possibilità del mandato *post mortem exequendum*.

The article explores the concept of digital inheritance, analyzing its relevance in the information society and the legal implications of mortis causa transmission of digital data. It delves into the issue of succession and the right of relatives to access the deceased's data. Through a comparative analysis of legal frameworks in different jurisdictions and Italian case law, the study highlights the need for regulatory tools and contractual solutions that allow users to clearly express their will regarding the post-mortem management of their digital data, considering the possibility of the mandate post mortem exequendum.

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. L'immortalità digitale e successione *mortis causa*; 3. Il patrimonio digitale e l'account; 4. La successione *mortis causa* dell'account e il diritto di accesso dei congiunti del *de cuius*; 5. Spunti comparatistici; 6. Regime giuridico tra tutela normativa e interventi giurisprudenziali; 7. Autonomia privata e valida manifestazione della volontà del titolare dell'account.

1. Premessa

Nell'era attuale, definita "tecnologica" o "digitale" [termine che indica l'attuale società post-industriale, dove la gestione dell'informazione e della conoscenza hanno sostituito il ruolo svolto dal lavoro e dal capitale, e dove l'economia si basa su beni e servizi intangibili fondati sui dati e sull'informazione, ZICCARDI e PERRI, voce *Infosfera*, in *Dizionario Legal Tech*, Giuffrè, 2020, 891], l'avanzamento dei computer ha trasformato radicalmente le interazioni umane e segnato la transizione verso la "società dell'informazione". Questa nuova realtà è caratterizzata dalla fusione tra il mondo reale e un universo parallelo, l'infosfera o cyberspazio [ZICCARDI e PERRI, op. cit., 167], che è uno spazio digitale e globale composto da reti interconnesse e *bit*.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 16.05.2025.

La raccolta di dati in rete frantuma l'unità del pensiero e dei sentimenti che, sempre in rete, vengono ricomposti e danno vita ad entità non necessariamente coincidenti con quelle del mondo reale [CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 2018, 1, 70]. L'operatore del diritto deve quindi relazionarsi con questa nuova realtà digitale, tanto da dover ridefinire la concezione della persona, e di conseguenza quella di patrimonio personale, che comprende oggi anche nuove entità di natura digitale. In questo contesto, emerge l'identità digitale, che rappresenta uno dei fenomeni distintivi che spingono gli studiosi a parlare di post-umanità e di *homo numericus* [RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 197, secondo il quale, con «l'*homo numericus*, si entra nella dimensione del post-umano», e si realizzano fenomeni definibili come «mutazioni antropologiche» (pagina 315), in quanto le attività che la persona pone in essere nello spazio digitale sono realizzabili tramite il «corpo elettronico» (pagina 318), e nella rete «insieme alla trasformazione del corpo muta la collocazione della persona nel sistema delle relazioni. Il corpo umano si inserisce in una rete sempre più vasta di sistemi informatici e robotici – una rete che consente di estendere la nostra capacità di comunicare e agire» (pagina 367)].

L'identità digitale può essere intesa come quel complesso di informazioni che l'uomo cede alla rete nel momento in cui stipula un contratto di *account* di indirizzo di posta elettronica o di *social network*. Queste operazioni tecnologiche sembrano gratuite, ma in realtà sono i dati dell'utente, le sue informazioni, che diventano merce di scambio nei contratti che stipula con la piattaforma [sul tema si rinvia a BACHELET, *Il contratto di scambio di "servizi contro dati" (o contro prezzo)*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 6, 1133 ss.]. Queste informazioni sono poi oggetto di decisioni algoritmiche e vengono ridotte ad oggetto da parte della macchina, la quale è la vera protagonista capace di formare l'identità del soggetto a cui sono riferibili quei dati. L'utente, quindi, da soggetto dell'informazione diventa una categoria merceologica, attraverso l'attività di profilazione dei dati dell'utente e l'aggregazione delle sue preferenze di consumo; i suoi dati, allineati alla circolazione esistente nell'ambiente digitale, una volta "digitalizzati" si oggettivizzano e, quindi, diventano suscettibili di utilizzazione economica, ed acquisiscono i caratteri morfologici della rete, ovvero la perennità e la tendenziale ubiquità [PULITANÒ, *Il «soggetto» della modernità e i suoi beni*, <https://www.ratioiuris.it/il-soggetto-della-modernita-e-i-suoi-beni>, 1 giugno 2023]. Ed è in questo nuovo sistema economico che assumono sempre maggiore importanza le categorie dell'identità digitale e, di conseguenza, dell'eredità digitale [«le soluzioni tecnologiche che permettono di realizzare prodotti predittivi conducono le società a non limitarsi a trarre vantaggio dalla cattura delle esternalità positive generate dalla produzione di contenuti effettuata dagli utilizzatori, ma a dotarsi di strumenti per una raccolta pervasiva dei dati che essi rilasciano a ogni movimento che effettuano *online*. L'utilizzatore deve essere seguito, controllato, perché è fonte di una nuova materia prima: per questo, è possibile parlare di capitalismo della sorveglianza» QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, ESI, 2020, 42 s., trattano il tema (parlando rispettivamente di capitalismo dell'informazione, biocapitalismo e capitalismo cognitivo) anche LAS CASAS, *Capitalismo dell'informazione e circolazione della ricchezza*, ESI, 2024; CODELUPPI, *Il biocapitalismo, Verso lo sfruttamento integrale di corpi, cervelli, emozioni*, Bollati Boringhieri, 2008; FUMAGALLI, *Bioeconomia e capitalismo cognitivo. Verso un nuovo paradigma di accumulazione*, Carocci, 2007]. Lo studioso del diritto successorio,

quindi, è chiamato a riflettere sulla compatibilità tra le tradizionali tecniche di successione *mortis causa* e la trasmissione del patrimonio digitale, e in particolare, sull'ammissibilità della successione *mortis causa* nei dati digitali e se questi dati possano essere considerati beni e quindi oggetto di diritti trasmissibili.

2. L'immortalità digitale e successione *mortis causa*

Nelle successioni *mortis causa*, la morte è il fatto giuridico che costituisce la causa della trasmissione del patrimonio o, in casi particolari, la semplice occasione per l'acquisizione dei beni da parte dei soggetti indicati dalla legge o dal testatore [«non ogni acquisto subordinato alla morte rientra nella nozione di successione a causa di morte, in quanto esistono acquisti che dipendono dalla morte, ma che non derivano dal patrimonio del defunto (pensione, indennità *et similia*), i quali avvengono direttamente a favore dei superstiti iure proprio e non *iure successionis*», Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8059, in *Banca dati de Il Foro Italiano*]. Nel mondo fisico, la morte è definita come la cessazione di tutte le funzioni dell'encefalo (art. 1 L. 29 dicembre 1993, n. 578). Nel contesto digitale, invece, il concetto di morte è meno evidente, manifestandosi come un'inattività permanente dell'utente o come la sua rimozione dai motori di ricerca, spesso legata all'esercizio del diritto all'oblio o del diritto alla cancellazione [art. 17 Reg. e-IDAS sul Diritto alla cancellazione, art. 11 della *Dichiarazione dei diritti in Internet*, 14 luglio 2015]. La morte biologica, quindi, provoca una netta separazione tra la persona fisica e la persona digitale, poiché quest'ultima può continuare ad esistere ed interagire nel mondo virtuale indipendentemente dalla prima [BONAVITA, *Identità digitale, corpo elettronico e reputazione*, in ZICCARDI e PERRI (a cura di), *Tecnologia e diritto*, II, Giuffrè, 2019, 25 ss.; BONAVITA, *Il corpo elettronico*, in CASSANO e PREVITI (a cura di) *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, 2020, 107; *Relazione per l'anno 2003 sull'attività svolta dal Garante Privacy, Discorso Del Presidente Stefano Rodotà*, Roma, 28 aprile 2004, www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/1314441; *Relazione per l'anno 2004 sull'attività svolta dal Garante Privacy, Discorso del Presidente Stefano Rodotà*, Roma, 9 febbraio 2005, www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1093776; D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, Pacini, 2020, 24 ss.].

La persona digitale, infatti, è intrinsecamente orientata verso una sorta di immortalità, grazie all'insieme di dati e informazioni che costituiscono l'identità digitale, e i dati sembrano possedere una durata potenzialmente illimitata, andando ben oltre la vita della persona a cui appartengono [APOSTOLO, *Eredità digitale: inquadramento generale*, *Studio CNN 1/2023*, 2023, 7].

Si può capire, quindi, come l'immortalità digitale influenzi l'intera dinamica della successione ereditaria [MAGNANI, *Il patrimonio ereditario e la sua devoluzione ereditaria*, in *Vita not.*, 2019, 3, 1281], la cui disciplina, ideata per applicarsi al mondo materiale e “mortale”, deve invece essere adattata al mondo digitale e “immortale”.

In particolare, la sopravvivenza dell'eredità digitale rispetto a quella reale solleva dubbi sull'ammissibilità di una “persistenza” dei diritti oltre la vita della persona fisica e sulla possibilità di riconoscere un diritto alla privacy o un diritto all'oblio *post mortem* [TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *Jus Civile*, 2014, 316 ss.; ARCELLA, *La tutela della personalità del defunto e la protezione post mortem dei dati personali*, in *Notariato*, 2021, 6, 608; ASTONE, *Il*

diritto all'oblio, in BOCCHINI (a cura di) *Manuale di diritto privato dell'informatica*, ESI, 2023, 139 ss.]. Inoltre, si solleva il problema, che verrà affrontato in seguito, della successione nei dati del *de cuius*, e in particolare ci si chiede se si possa parlare di una vera e propria trasmissione ereditaria dei dati, un'"eredità digitale", o se si tratti invece di un diritto personale (*iure proprio*) dei congiunti di accedere ai dati del defunto, ad esempio ottenendo le credenziali dai gestori delle piattaforme.

3. Il patrimonio digitale e l'account

Il termine "patrimonio digitale" o "eredità digitale" è utilizzato, in senso atecnico, per identificare un insieme eterogeneo di rapporti giuridici e situazioni soggettive giuridicamente rilevanti, tra le quali si possono annoverare sia elementi già noti sia nuove categorie (chiamate *digital assets*, beni digitali, risorse o sostanze digitali). Si tratta di entità patrimoniali, non patrimoniali o persino ibride [D'ARMINIO MONFORTE, op. cit., 69 ss.; APOSTOLO, op. cit., 14].

L'art. 810 c.c. definisce i "beni" come "le cose che possono formare oggetto di diritti". I beni possono essere intesi come entità (fisiche o ideali, materiali o immateriali, economiche o non economiche, purché dotate di una propria identità) la cui qualificazione giuridica come "beni" dipende dagli interessi giuridicamente rilevanti che li riguardano, e che il legislatore considera meritevoli di tutela, prevedendo per essi apposite misure di protezione [SGANGA, *Sub Art. 810*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2015, 3].

La definizione di "beni" rappresenta uno strumento per analizzare e comprendere se determinate entità possano essere considerate "beni" secondo l'ordinamento giuridico, e quindi essere oggetto di diritti [COSTANTINO, *I beni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, I, Utet, 2005, 3 ss.; BUSACCA, *I beni digitali nella tassonomia dei beni giuridici*, Cacucci, 2023, 37 ss.].

I "beni digitali", in particolare, si distinguono per la loro rappresentazione in formato binario, un linguaggio computazionale basato su sequenze di 0 e 1 (detto *bit*, abbreviazione di *binary digit*), linguaggio che è utilizzato per la creazione, l'elaborazione, lo scambio e l'archiviazione di tali beni tramite elaboratori elettronici [D'ARMINIO MONFORTE, op. cit., 39 ss.]. Tali beni rientrano nella categoria dei beni mobili (art. 811 c.c), potendo essere considerati come "energie naturali" [ZACCARIA, *La successione mortis causa nei diritti di disporre di dati personali digitalizzati*, in *Studium Iuris*, 2020, 11, 1370]. Sul tema, si osserva che «si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore economico» (art. 814 c.c.), e che quindi la memoria digitale, in quanto "energia", non può essere considerata come *res* ove non abbia valore economico. Tuttavia, sebbene non pecuniariamente valutabili, i beni digitali sono comunque suscettibili di uso selettivo (*ad excludendum omnes alias*) da parte dell'interessato (ed è proprio questa la funzione di *password* e *account*) [CALVO, *La successione digitale tra logiche panproprietary ed extrapatrimonialità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 6, 1378]. Inoltre, anche a voler dubitare della "naturalità" dell'energia costituita dai *bit*, essi sicuramente possono essere considerati oggetto di diritti, e quindi rientranti nell'ambito di applicazione dell'ultimo comma dell'art. 813 c.c. secondo il quale «le disposizioni concernenti i beni mobili si applicano a tutti gli altri diritti» [GORASSINI, *Lo spazio digitale come oggetto di un diritto reale?*, in *MediaLaws*, 2018, 2, 59,].

L'eredità digitale è costituita da un insieme eterogeneo di elementi che includono sia entità patrimoniali, suscettibili di valutazione economica (art. 1174 c.c.), sia entità non patrimoniali, che rispondono a interessi di natura personale, morale, affettiva o familiare. Perciò, la dottrina distingue i beni digitali in base al loro valore meramente personale (quelli che, pur non possedendo un valore economico intrinseco, assumono un significato morale o affettivo per un soggetto specifico, come la corrispondenza elettronica o le fotografie) o anche patrimoniale (beni che possiedono un valore economico intrinseco, ad esempio le criptovalute), indipendentemente dal fatto che siano memorizzati o meno su un supporto fisico [RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, 88; VIGORITO, *La 'persistenza' postmortale dei diritti sui dati personali: il caso Apple*, in *Dir. inf.*, 2021, 6, 41 ss.]. Tale distinzione consente di individuare il relativo regime giuridico applicabile e, quindi, le forme di protezione prefigurate in astratto dall'ordinamento per ciascuna di esse. Molte di queste componenti presentano un contenuto complesso, e questa complessità rende complicata l'individuazione di categorie giuridiche precise di beni digitali patrimoniali e non patrimoniali.

Una seconda classificazione [CAHN, *Postmortem Life On-Line*, in *Probate&Property*, 2011, Vol. 25, 4, 35 ss.; CARROLL, *Digital Assets: A Clearer Definition*, *Digital Est. Resource*, in *thedigitalbeyond.com*, 30 gennaio 2012], che sembra più semplice da effettuare, distingue tra patrimonio digitale *offline* (beni digitali che sono memorizzati su un supporto fisico - come una chiavetta USB o un CD - o virtuale - come i servizi di *cloud storage* quali Google Drive, Dropbox, iCloud - ma che esistono indipendentemente da esso, ad esempio file, software e documenti informatici, immagini, audio, video, documenti di testo, nomi a dominio, siti *web* ecc.) e *online* (tutti i beni digitali che non hanno un supporto fisico, e che vengono generati, scambiati o gestiti attraverso contratti di servizio stipulati con le piattaforme tramite *account* personali - *account* di posta elettronica, *account* di *social network*, piattaforme finanziarie e di *e-commerce* o sistemi di pagamento elettronico)[DE ROSA, *Trasmissibilità mortis causa del patrimonio digitale*, in *Notariato*, 2021, 5, 495 ss.]. Appartiene a quest'ultima categoria l'*account* [DE ROSA, op. cit., 498: «volendo sgombrare la scena da ogni possibile equivoco, occorre precisare che l'espressione "successione *mortis causa* dell'*account*" deve essere intesa nel senso di (verificare la) trasmissibilità del rapporto contrattuale e dei relativi dati digitali, in caso di morte dell'utente. Orbene, tale interrogativo non è di agevole soluzione stante il delicato rapporto tra tutela della privacy e dell'identità digitale del *de cuius* - ovvero, come si è efficacemente detto, "tutela post-mortale dei dati personali" - e successione universale»].

L'*account*, dal punto di vista tecnico, non può essere considerato un vero e proprio "bene digitale", bensì rappresenta il risultato di una relazione contrattuale tra un utente e un fornitore di servizi della società dell'informazione (*Internet Service Provider*) [MASPES, *Successione digitale, trasmissione dell'account e condizioni generali di contratto predisposte dagli internet services providers*, in *Contratti*, 2020, 5, 583 ss.; APOSTOLO, op. cit., 8]. Questo contratto [concluso con il sistema del "*point and click*", che integra il requisito forma scritta, Cass. sez. un., 19 settembre 2017, n. 21622 in *www.cortedicassazione.it*] permette all'utente di accedere a un servizio o a un ambiente virtuale specifico, che rimane di proprietà del fornitore del servizio digitale e,

solitamente, può essere personalizzato dall'utente stesso, includendo contenuti e funzionalità definite dall'accordo contrattuale.

Quindi, il trasferimento *mortis causa* dell'*account* potrebbe configurarsi come successione nella posizione contrattuale dell'utente deceduto. Il principio della successione nella posizione contrattuale è considerato immanente al nostro sistema giuridico; tuttavia, questa possibilità è solitamente esclusa dai contratti standardizzati predisposti dai fornitori di servizi informatici, attraverso apposite clausole. Inoltre, la dottrina prevalente sottolinea la natura eminentemente personale del rapporto di *account* di *social network* e nega, di conseguenza, che esso possa devolversi agli eredi [CAMARDI, op. cit., 87 ss.; DE FRANCESCO, *La successione mortis causa nei rapporti contrattuali: spunti interpretativi sull'art. 2 terdecies Codice privacy e sull'eredità "digitale"*, in *Contr. e impr.*, 2022, 2, 667 s.; DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 463; MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, ESI, 2022, 139 ss., 143 ss. e 169 s.].

4. La successione *mortis causa* dell'*account* e il diritto di accesso dei congiunti del *de cuius*

Nell'ottica dei problemi sopra esposti, in primo luogo, occorre stabilire se si verifichi effettivamente una trasmissione ereditaria dei dati (e quindi si possa parlare di eredità digitale) o se, al contrario, sussista solo un diritto personale (*iure proprio*) dei congiunti di accedere ai dati del *de cuius*, ottenendo le relative credenziali di accesso dai *provider*. In secondo luogo, bisogna chiarire se i dati personali debbano sempre essere considerati come patrimonio o se talvolta possano costituire ricordi personali del defunto, e quindi non trasferibili. Infine, è necessario approfondire se i ricordi personali siano beni (ovvero "*cose che possono formare oggetto di diritti*"), e se i dati digitali siano tutti beni rientranti nel patrimonio, inclusi nella nozione di "*sostanze*" di cui all'art. 587 c.c. [Il termine "*sostanze*" sembra ricomprendere una categoria più ampia rispetto a quella dei beni *ex art. 810 c.c.*: ZOPPINI, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine di una teoria dei beni)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, 1, 185 ss.], oppure se alcuni dati restino diritti personali ed esclusivi del *de cuius*, risultando quindi intrasmissibili [CARLEO, *Clausola di intrasmissibilità mortis causa degli account*, in CONFORTINI (a cura di) *Clausole negoziali*, III, Utet, 2024, 555; sulla difficoltà di assimilare i dati ai beni mobili e di applicare le relative regole di circolazione SCHMIDT-KESSEL e PERTOT, *Donazione di dati personali e risvolti successori*, in ARROYO AMAYUELAS, BALDUS, DE CARVALHO GOMES, LEROYER, LU, RAINER (a cura di) *Casi controversi in materia di diritto delle successioni, Esperienze straniere*, II, ESI, 2019, 901 ss.].

Una possibile soluzione a quest'ultima problematica consiste nel distinguere i dati in base alle informazioni in essi contenute, separando i dati personali da quelli che hanno esclusivamente un valore patrimoniale, come ad esempio le criptovalute [BOCCHINI, *Nuovi beni digitali e mondi dematerializzati. I metaversi*, in *Manuale di diritto privato dell'informatica*, ESI, 2023, 167 ss.; PASQUINO, *Le monete virtuali* in *Manuale di diritto privato dell'informatica*, ESI, 2023, 225 ss.]. Per tali beni, l'applicazione delle regole della successione ereditaria non presenta particolari complessità, ma il quadro si complica per i dati (anche personali) che sono conservati da un *provider* e protetti da *password*, come succede negli *account*. In generale, comunque, anche i dati personali

possono considerarsi come beni, una volta che abbiano subito il processo di digitalizzazione, che ne implica la materializzazione [ZACCARIA, op. cit., 1371]. Una volta che le informazioni riguardanti un soggetto, per loro natura astratte e appartenenti al mondo delle idee, all'iperuranio, siano tradotte in una sequenza di *bit*, queste diventano "cose che possono formare oggetto di diritti".

Occorre ora interrogarsi sull'ammissibilità di una trasmissione ereditaria dei dati non meramente patrimoniali. Secondo una prima teoria, alla morte del titolare, oltre alla vera e propria successione *mortis causa* dei dati digitali patrimoniali (che costituiscono la vera eredità digitale, trasmessa *iure successionis*), si configura anche un diritto personale dei congiunti (*iure proprio*) di accedere alla "memoria digitale" del *de cuius*, che include il diritto di ottenere le *password* dai gestori delle piattaforme [CARLEO, op. cit., 559]. Se è ragionevole affermare che gli eredi abbiano diritto a succedere nella titolarità dei beni digitali patrimoniali del *de cuius*, meno certo è il loro diritto di accedere ai dati personali di quest'ultimo, quando sono contenuti in un *account*. Nell'*account*, infatti, può essere contenuta la corrispondenza privata del *de cuius*, o le sue fotografie personali, per le quali si discute se possano ritenersi parte dell'asse ereditario che si trasmette agli eredi. In altri ordinamenti, come quello tedesco, la questione sulla caduta o meno in successione della corrispondenza confidenziale del *de cuius* è risolta dalla legge (i §§2373 e 2047 del BGB si esprimono in senso affermativo). In Italia, invece, la questione è ancora aperta [sul tema TUCCILLO, *La successione ereditaria avente ad oggetto le carte, i documenti, i ritratti e i ricordi di famiglia*, in *Dir. Succ. fam.*, 2016, 1, 159 ss.; BEMBO, *Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Giuffrè, 2009, 799 ss.; MOLLO, *Il diritto alla protezione dei dati personali quale limite alla successione mortis causa*, in *Jus civile*, 2020, 430 ss.; TROLLI, *La successione mortis causa nei dati personali del defunto e i limiti al loro trattamento*, in *Jus civile*, 2019, 313 ss.; MANIACI e D'ARMINIO MONFORTE, *L'eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione*, in *Corriere giur.*, 2020, 11, 1367], come anche per i diritti "moralì" d'autore sulle opere dell'ingegno, per i quali è dubbio se possano essere "*fatti valere*" dai soggetti indicati dall'art. 23 L.A. *iure successionis* (come accade per i diritti patrimoniali) oppure *iure proprio*, come è sostenuto dalla dottrina che sembra prevalente [MORRI, *Il diritto d'autore. Le lettere missive ricevute da de cuius*, in *Tratt. Bonilini*, I, Utet, 2009, 695; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, IV, Giuffrè, 1982, 616; RICCIUTO, *La pubblicazione dell'epistolario confidenziale di uno scrittore, Ancora in tema di personalità morale dell'autore dopo la sua morte*, in *Dir. inf.*, 1995, 3, 626 ss., NAZZARO, *I poteri dispositivi sulla corrispondenza tra riservatezza e diritto d'autore*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 11, 122 ss.].

In base ad un'altra prospettiva, si può ipotizzare la successione *mortis causa* di diritti che non hanno (o hanno solo in parte) la caratteristica della patrimonialità, nonostante ciò significhi scontrarsi contro i principi di unità e di patrimonialità della successione. Tuttavia, quest'ultimo principio non deve considerarsi come assoluto, specie nel contesto giuridico moderno in cui, diversamente da quanto poteva avvenire in passato, trovano spazio fattispecie di trasmissione di diritti classificabili come non puramente patrimoniali (cc.dd. diritti personalpatrimoniali) o addirittura privi di qualsivoglia connotato patrimoniale (diritti personali) parte della categoria (contrapposta a quella dei diritti patrimoniali) dei diritti extrapatrimoniali

[ZACCARIA, op. cit., 1370; MARINO, op. cit., 218]. Quanto al principio di unità della successione, in forza del quale, in difetto di una precisa volontà testamentaria, i beni del *de cuius* dovrebbero essere tutti devoluti sulla base delle norme riguardanti la successione legittima, senza che assumano rilievo le specifiche caratteristiche dei singoli beni e rapporti giuridici, si può rilevare come anch'esso abbia perso la propria assolutezza e dogmaticità. Vi sono infatti sempre più casi di “vocazione anomala”, in cui la successione si verifica in favore di soggetti diversi da quelli indicati nelle norme sulla successione legittima, nell'ambito di alcuni diritti patrimoniali (si pensi alla successione nel rapporto di locazione *ex art. 6, l. 27 luglio 1978, n. 392*), e di tutti i diritti extrapatrimoniali, per i quali ben si comprende che non possano valere le tradizionali regole sulla successione, in quanto consolidatesi con riguardo alle caratteristiche generali dei diritti patrimoniali, lì dove ogni diritto extrapatrimoniale ha una sua specificità. In particolare, la successione dei dati personalizzati si sostanzierebbe in una successione anomala di diritti personalpatrimoniali [ZACCARIA, op. cit., 1371 s.]. Il ridimensionamento dei principi di patrimonialità e di unità della successione [MARINO, op. cit., 218] va di pari passo con la “ripersonalizzazione” della successione, che riafferma la neutralità della vicenda successoria rispetto alla natura dell'interesse tutelato dalla posizione giuridica che faceva capo al defunto. In quest'ottica, quindi, la contrapposizione tra diritti patrimoniali e non patrimoniali è ininfluenza rispetto all'an della successione [CONFORTINI, *Persona e patrimonio nella successione digitale*, Giappichelli, 2023, 271 s.].

5. Spunti comparatistici

Il dibattito scientifico sull'identità digitale si è sviluppato attorno a diverse decisioni riguardanti l'accesso agli account di posta elettronica, *social network* e archivi *online*. Per questo motivo, l'analisi di alcune pronunce, al di là delle soluzioni specifiche legate ai diversi ordinamenti giuridici, consente di individuare i principali conflitti sul tema dei diritti della personalità, del diritto successorio e dell'autonomia contrattuale [conflitti che «risentono dell'influsso di due forze contrapposte: dimensione *globale* e forza *uniformatrice* dei contratti di servizi digitali; tendenza *conservatrice* e *specificata* dei diritti nazionali in tema di successioni a causa di morte», CONFORTINI, op. cit., 64 s.].

Il dibattito sulla successione digitale può dirsi aver avuto origine nella giurisprudenza statunitense [CONFORTINI, op. cit., 65]. Una legge federale del 1986 (SCA, *Stored Communication Act*, emanato come titolo II dell'ECPA – *Electronic Communications Privacy Act* del 1986) stabilisce il principio secondo cui la divulgazione dei dati personali a terzi è vietata, salvo due eccezioni: il consenso del titolare o l'ordine di una Corte. Il *Computer Fraud Abuse Act*, che risale sempre al 1986, punisce l'accesso non autorizzato ad un sistema informatico ed è stato interpretato nel senso di impedirlo anche al fiduciario del defunto, ravvisando nelle clausole contrattuali di intrasferibilità degli *account* una ipotesi di autorizzazione negativa [CONFORTINI, op. cit., 67]. In queste norme, quindi, l'accesso agli account è generalmente negato agli eredi, e questo principio trova conferma in molte decisioni [Probate Court della Contea di Oakland, Ellsworth, No. 2005/296, 651-DE riguardante il poeta William Talcott; Santa Clara County Superior Court, Case No. 1-02-CV805070, riguardante la scrittrice di fama internazionale Marsha Mehran], nelle quali gli eredi hanno ottenuto solo una consegna selettiva di dati, spesso tramite supporti fisici come CD, escludendo, nel caso di *account* di posta elettronica, la

corrispondenza in bozza o quella inviata a terzi, e senza che fosse concesso un accesso completo all'*account*.

Nel 2015 la commissione per il diritto uniforme (*Uniform Law Commission*) ha pubblicato il *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (R.U.F.A.D.A.A.)*, che prevede un sistema in cui le norme hanno un ruolo suppletivo, applicandosi solo qualora non siano derogate dall'autonomia privata. La fonte normativa prioritaria è rappresentata dagli *online tools*, ovvero clausole distinte dalle condizioni generali di contratto ed espressamente riguardanti indicazioni sulla ostensione dei dati a terzo (Section 4); se tali clausole consentono la modifica e la revoca della determinazione dell'utente allora prevalgono anche sulle dichiarazioni testamentarie o contenute in altri atti di ultima volontà; se invece la volontà dell'utente non si è manifestata in questo tipo di clausole contrattuali, allora avranno efficacia le dichiarazioni legittimanti o preclusive eventualmente rese con gli atti di ultima volontà. Inoltre, la normativa distingue tra il contenuto delle comunicazioni elettroniche (Section 7) e il registro delle comunicazioni e altri dati digitali (Section 8). Per quanto riguarda il contenuto delle conversazioni, vige il principio della intrasmissibilità, pertanto possono essere rese accessibili solo se l'utente ha espressamente autorizzato la loro divulgazione, e l'onere della prova spetta a chi ne fa richiesta. Diversamente, per il registro delle comunicazioni e altri contenuti digitali, si applica il principio opposto: l'accesso è consentito salvo che l'utente abbia manifestato esplicitamente la volontà di impedirlo. Coesistono, quindi, una regola di inaccessibilità dispositiva con riguardo al contenuto delle comunicazioni elettroniche e altra, di accessibilità dispositiva per i restanti dati e metadati della comunicazione [CONFORTINI, op. cit., 67 ss.].

Il modello adottato negli Stati Uniti si basa quindi su un approccio volontaristico, fondato sul principio di autonomia contrattuale e quindi su delle specifiche clausole contrattuali sottoscritte dall'utente (gli *online tools*, che spesso prevedono che l'*account* non sia trasferibile e che il servizio sia interrotto alla morte dell'utente) e ad un eventuale atto di ultima volontà. Le pretese conoscitive degli eredi sono quindi subordinate alla volontà del *de cuius*, che può sempre impedire l'accesso ai propri dati.

Per quanto riguarda l'Europa, manca una disciplina europea sull'eredità digitale, per cui gli Stati membri stanno adottando soluzioni diverse a livello nazionale.

In Francia, la legge sulla *République Numérique (Loi n. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique)* ha affrontato il tema delle "successioni digitali". Essa dichiara inefficaci le clausole che vietano la trasmissione dei dati digitali e l'articolo 63 riconosce all'interessato il diritto di decidere, per il periodo successivo alla sua morte, la sorte dei dati caricati su piattaforme e servizi online, e riconosce ai suoi eredi il diritto di accedere ai medesimi dati, salvo l'interessato si esprima altrimenti. Tuttavia, la legge non tratta della trasmissione di servizi o contenuti digitali acquistati dal *de cuius*, come collezioni di brani musicali o licenze software.

La normativa offre anche la possibilità di redigere una sorta di testamento digitale, attraverso il quale l'interessato può stabilire «direttive generali concernenti l'insieme di dati, a carattere personale relative all'interessato.» Queste direttive, modificabili o revocabili in qualsiasi momento, permettono di decidere liberamente il destino dei dati, inclusa la possibilità di autorizzare la loro consegna a terzi. Inoltre, l'interessato può designare un esecutore di queste direttive, che potrà richiedere l'accesso e la fornitura dei dati «caduti in successione».

Dal punto di vista formale, le direttive devono essere depositate presso un fiduciario accreditato dall'Autorità nazionale competente e registrati in un apposito registro.

Qualora il defunto non abbia lasciato alcuna direttiva, gli eredi e i familiari potranno comunque esercitare un diritto di accesso limitato ai dati personali necessari per determinare l'asse ereditario, o regolare sua liquidazione o divisione, e ai dati che costituiscono «ricordi di famiglia» trasmissibili agli eredi, come fotografie salvate su piattaforme di cloud storage. Infine, potranno sempre ottenere dai fornitori di servizi *online* la cancellazione dei profili utente del *de cuius*.

Anche la Spagna dispone di una normativa specifica in materia. Inizialmente, la regione della Catalogna aveva adottato la *Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña* [reperibile su www.boe.es/diario-boe/txt.php?id=BOE-A-2017-8525], poi dichiarata incostituzionale [Tribunale Costituzionale spagnolo, sentenza del 17 gennaio 2019, reperibile su www.tribunalconstitucional.es/NotasDePreusa Documentos /NP-2019-002/20174751STC.pdf]. Successivamente, è stata approvata una normativa a livello nazionale [*Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales* (LOPDGDD) reperibile su www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG12-A-13-4.pdf]. La normativa spagnola appare orientata a garantire un maggiore accesso ai dati da parte degli eredi e familiari, dimostrando un'impostazione più permissiva rispetto alla legge francese, che invece appare più protettiva della riservatezza dei dati personali.

In Portogallo viene introdotta una tutela graduata, calibrata in base alla tipologia e alla natura sensibile dei dati personali [art. 17 della *Ley n. 58/2019 de 8 de agosto*]. La normativa estone, invece, propone una soluzione originale e unica, in base alla quale i dati personali dei defunti sono protetti solo per dieci anni dalla morte del titolare (venti nel caso in cui questo fosse un minore), dopo i quali tali dati diventano accessibili al pubblico [*Personal Data Protection Act* (§9), in vigore dal 15 gennaio 2019].

In Germania, in assenza di una normativa specifica, si applica la disciplina generale della successione ereditaria anche ai beni digitali. Un caso emblematico è rappresentato dalla pronuncia del *Bundesgerichtshof* (Corte Federale di Giustizia tedesca) del 2018 [BGH, 12.7.2018, III, ZR 183/17, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 691 ss., con nota di MATERA, *La successione nell'account digitale, il caso tedesco*], relativa al diritto dei genitori di una ragazza deceduta di accedere al suo *account* Facebook. La decisione ha accolto la richiesta di accesso all'*account* della *de cuius* basandosi sul principio di universalità della successione, secondo cui tutti i rapporti giuridici della defunta – inclusi quelli di natura contrattuale, tra cui l'*account* Facebook – rientrano nel suo patrimonio e sono quindi trasmissibili agli eredi. Tale opinione è stata condivisa anche dal Tribunale di Como (decr. 27.7.2023, n. 3131, in cui si sostiene l'applicazione delle norme sulla successione ereditaria nei rapporti contrattuali di *cloud*).

6. Regime giuridico tra tutela normativa e interventi giurisprudenziali

Nel nostro ordinamento vige la regola generale secondo cui i diritti dell'interessato sopravvivono alla sua morte e possono essere esercitati, *post mortem*, da soggetti specificamente legittimati [Tribunale Milano, sez. I, ord. 9 febbraio 2021: «La regola generale prevista nell'ordinamento italiano in materia di protezione dei dati personali è

quella della sopravvivenza dei diritti dell'interessato dopo la sua morte. L'esercizio *post mortem* dei diritti del *de cuius* da parte degli aventi diritto non è ammesso quando l'interessato lo ha espressamente vietato con dichiarazione scritta comunicata al titolare del trattamento dei dati personali»; Tribunale Bologna sez. I, ord., 25 novembre 2021: «Posto che il Considerando 27 del Reg. UE 679/2016 dispone che: «Il presente regolamento non si applica ai dati personali delle persone decedute» e che l'art. 2-terdecies, D.Lgs. n. 101/2018, prevede che: «I diritti di cui agli artt. da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione», è ammissibile la domanda cautelare volta ad ottenere una pronuncia che legittimi la parte ricorrente, che si trovi nelle condizioni previste dall'art. 2-terdecies, ad ottenere il recupero dei dati personali contenuti nell'*account* digitale di un soggetto defunto». Tuttavia, è fondamentale distinguere tra il regime giuridico dell'*account* in sé, inteso come rapporto contrattuale con l'Internet Service Provider, e il regime relativo ai contenuti dell'*account*.

Il subentro nella titolarità del rapporto contrattuale con l'ISP implica l'assunzione di tutti i diritti e le facoltà derivanti dal contratto stipulato dal defunto. Questo subentro riguarda esclusivamente il rapporto giuridico tra l'utente e il fornitore del servizio. D'altra parte, l'acquisizione dei contenuti dell'*account*, come messaggi, fotografie o file, può avvenire sia *iure successionis*, sia *iure proprio* e segue regole diverse [APOSTOLO, op. cit., p. 12].

La giurisprudenza italiana, nel risolvere le controversie aventi ad oggetto gli *account* delle persone decedute, propone un modello basato sull'esercizio dei poteri sui dati personali di persone decedute. La disposizione fondamentale della disciplina della tutela dei dati personali *post mortem* e dell'accesso ad essi è l'art. 2-terdecies del D.Lgs. 10 agosto 2018 n. 101, rubricato «Diritti riguardanti le persone decedute». Questa disposizione si colloca in continuità con quanto previsto dall'art. 9, comma 3, del D.Lgs. n. 196/2003 (Codice della Privacy). In particolare, il comma 1 stabilisce che «i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento [Reg. UE 2016/679 c.d. GDPR, n.d.a.] riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione».

In applicazione di tale norma, i Tribunali di Milano (ordinanza del 10 febbraio 2021), Bologna (ordinanza del 25 novembre 2021) e Roma (ordinanza del 10 febbraio 2022, n. 2688), all'esito di procedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c., hanno affrontato la questione relativa al diritto di accesso ai dati personali contenuti negli *account* del defunto da parte dei congiunti, risolvendola in loro favore e consentendo loro di ottenere dai provider l'accesso ai dati di *account* di posta elettronica, *social network*, servizi di messaggistica e archiviazione.

La giurisprudenza italiana sembra quindi orientata a riconoscere il diritto di accesso dei congiunti ai dati personali del *de cuius*, purché non vi siano disposizioni contrarie lasciate dal defunto e purché sussistano «ragioni familiari meritevoli di protezione».

Le decisioni citate hanno inoltre evidenziato come la clausola contrattuale, contenuta nelle condizioni generali di contratto, che vieta la trasferibilità dell'*account*, non soddisfi i requisiti di un consenso inequivoco, specifico, libero e informato, così come richiesto dall'art. 2-terdecies, comma 3, secondo cui «La volontà dell'interessato di

vietare l'esercizio dei diritti di cui al comma 1 deve risultare in modo non equivoco e deve essere specifica, libera e informata; il divieto può riguardare l'esercizio soltanto di alcuni dei diritti di cui al predetto comma». I giudici, infatti, hanno ritenuto che il divieto rappresenti un'eccezione rispetto alla regola generale dell'accessibilità dei dati personali in favore dei congiunti, e che quindi una clausola di tale natura, non possa pregiudicare il diritto degli eredi o dei familiari legittimati di accedere ai dati del *de cuius*, a meno che non sia basata su una volontà chiaramente espressa dall'interessato in conformità ai requisiti previsti dalla legge [Trib. Milano 20 giugno 2022 «la decisione di sottrarre il proprio patrimonio digitale all'accesso dei propri congiunti/eredi è considerata una “divergenza” rispetto alla indicazione normativa, che è quella già ricordata della persistenza; la clausola contrattuale, quindi, che nell'incipit fa salva la diversa disposizione di legge, non può confliggere con la disposizione normativa stessa che in ossequio al già ricordato principio di persistenza offre una indicazione di base dal contenuto opposto a quello contrattualmente previsto; le speciali indicazioni richiesta volte alla verifica in ordine alla non equivocità, specificità, libertà e consapevolezza della decisione, oltre che la sua varia ampiezza di contenuto rispetto ai diritti coinvolti è difficilmente compatibile con una clausola “generalizzata” che non prevede neppure la possibilità di una scelta personalizzata; vale inoltre osservare che le condizioni generali di contratto non sono datate e non è possibile ricondurle nella forma come depositata al momento della sottoscrizione del contratto»; in dottrina MARINO, op. cit., 143 ss.]

Le pronunce esaminate suscitano le seguenti riflessioni. Anzitutto, l'art. 2-terdecies cod. priv. si dimostra autonomo rispetto alle norme sulla successione ereditaria, poiché il diritto di accesso ai dati personali non dipende dalla trasmissibilità *mortis causa* del rapporto contrattuale né dalla qualifica di erede o legatario del richiedente. Inoltre, si conferma la prevalenza dell'interesse dei familiari all'accesso per ragioni affettive e commemorative rispetto alla tutela della riservatezza dei terzi coinvolti nelle comunicazioni. Su questo punto, la giurisprudenza italiana si allinea a quella tedesca. Tuttavia, mentre in Germania l'accento è posto sulla successione nel rapporto contrattuale, quindi su un interesse di natura patrimoniale (sebbene tutelato anche a livello costituzionale dal §14 GG), in Italia l'accesso è motivato da un'esigenza personale e affettiva, legata alla conservazione della memoria del defunto e al desiderio affettivo dei superstiti [CONFORTINI, op. cit., 122 s.]

Tali decisioni, inoltre, non sono esenti da critiche, in particolare riguardo alla facilità, forse eccessiva, con cui viene consentito ai congiunti l'accesso ai dati personali del defunto. L'accertamento della nullità delle clausole contrattuali che prevedono la cancellazione dei dati e l'intrasferibilità dell'*account* dopo la morte del titolare e il giudizio di meritevolezza degli interessi che giustificano l'accesso, se effettuato in maniera troppo frettolosa, porterebbe a riconoscere quasi automaticamente la sussistenza delle «ragioni familiari meritevoli di tutela», senza la necessaria valutazione caso per caso. Inoltre, le pronunce non distinguono tra i diversi tipi di dati digitali, che, come evidenziato in precedenza, costituiscono una categoria estremamente eterogenea, non regolata in modo uniforme, e non viene tenuto conto delle implicazioni sulla privacy di terzi, i cui dati potrebbero essere coinvolti [MARINO, op. cit., 246 ss.; CARLEO, op. cit., 566 ss.]. Tuttavia, si nota che sono in vari casi l'appartenenza ad un nucleo familiare è un criterio legittimante l'esercizio di diritti a tutela della personalità del defunto [PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1, 72 ss.] e che tale individuazione dei soggetti legittimati ridurrebbe

l'incertezza interpretativa della norma, che invece sembra presupporre un accertamento in concreto sulla meritevolezza della ragione addotta dal richiedente, a prescindere dallo *status familiae*. Sebbene, quindi, la disciplina della protezione dei dati personali sia un valido strumento per risolvere i conflitti sugli account dei defunti, presenta limiti significativi, come l'incertezza dei titoli di legittimazione e delle procedure di accesso. Del resto, questa disciplina non è stata concepita per regolamentare la successione nei rapporti contrattuali o nei diritti sui contenuti digitali, ma si occupa esclusivamente del rapporto tra titolare del trattamento e interessato [CONFORTINI, op. cit., 123 ss.].

Infine, va ricordato che le pronunce in esame sono state emesse in sede cautelare, ritenendo che *periculum in mora* fosse costituito dalla possibile cancellazione dei dati da parte delle piattaforme dato che, dopo la morte del titolare, cessa l'obbligo di conservazione. Tuttavia, esse impongono al *provider* di comunicare immediatamente le credenziali di accesso ai familiari richiedenti, generando effetti irreversibili (considerando anche che la pronuncia di merito è divenuta solo eventuale a seguito della l. 80/2005) [CARLEO, op. cit., 566 ss.].

Una soluzione giurisprudenziale alternativa rispetto a quella basata sull'art. 2-terdecies è quella che fa leva sulla legge sul diritto d'autore [Trib. Como, sez. II, 27 luglio 2023]. In tale provvedimento, il Tribunale di Como non ha ritenuto condivisibile l'orientamento secondo il quale a cadere in successione sarebbero sempre e soltanto i diritti patrimoniali. Il principio della patrimonialità non si attaglierebbe, infatti, al contesto immateriale, e il *passaggio iure successionis* dovrebbe essere applicato ai diritti aventi ad oggetto i contenuti digitali «nella loro integrità, ossia nelle indissociabili implicazioni personali e patrimoniali» (par. 6.2.2). Tale rilievo risulta condivisibile, in quanto la peculiare dimensione degli oggetti interessati dovrebbe comportare un adattamento delle regole successorie [CONFORTINI, op. cit., 24]. Tuttavia, si osserva che in certi ambiti, tra cui proprio quello riguardante i diritti sull'opera creativa, è la legge stessa ad imporre una diversa disciplina tra elementi personali e patrimoniali della situazione giuridica coinvolta, tanto che gli interpreti sono soliti, invece, riconoscere agli eredi la sola possibilità di procedere allo sfruttamento economico dell'opera [PERTOT, *Sorte postmortale degli oggetti digitali e questioni di diritto successorio*, in *Pactum*, 2024, 3, 468 s.].

7. Autonomia privata e valida manifestazione della volontà del titolare dell'account

Alla luce di quanto esposto sul panorama della giurisprudenza italiana, risulta che le decisioni richiamate, ritenendo invalida la volontà contrattuale che prevede la non trasferibilità dell'*account* e la conseguente distruzione dei relativi dati, finiscano per dare prevalenza alla volontà dei congiunti di accedere a tali dati. Questo approccio stabilisce come regola generale la circolazione dell'*account* e dei dati digitali in assenza di un valido patto contrario. Occorre, allora, stabilire come il titolare dell'*account* possa validamente manifestare tale volontà contraria, prestandola con un consenso inequivoco, specifico, libero e informato. Se, infatti, è necessario tutelare il diritto dei congiunti del *de cuius* a succedere ne (o ad accedere a) i dati contenuti nei suoi *account*, sembra ancora più importante garantire la libertà dell'interessato di deciderne la sorte, tanto in positivo quanto in negativo. E l'attuazione della volontà del titolare dell'*account* rimane una questione di centrale importanza indipendentemente dalla qualificazione dell'acquisto da parte dei legittimati come *iure proprio* o *iure successionis* [CONFORTINI, op. cit., 253].

La frammentazione e le differenze tra gli ordinamenti nazionali evidenziano la necessità di un intervento normativo a livello europeo, volto a creare un quadro giuridico uniforme che possa supportare lo sviluppo dell'economia digitale. Questa prospettiva diventa più realizzabile se si riescono a individuare principi comuni tra le legislazioni dei diversi Paesi, superando le divergenze tecniche derivanti dalle rispettive tradizioni in materia di successione e diritti della personalità. In assenza di soluzioni univoche da parte dei legislatori e delle giurisdizioni locali, il problema della validità di espressione del consenso del titolare dei dati potrebbe essere risolto dagli stessi *provider*, con degli specifici strumenti che consentano agli utenti di definire in anticipo il destino dei loro dati. Sarebbe auspicabile che agli utenti fosse data la possibilità di decidere quali dati debbano essere eliminati alla loro morte, e quali dati invece debbano essere trasmessi, o meglio a quali dati debba essere permesso l'accesso, ai propri eredi, tra la miriade di dati contenuti all'interno di un *account*. La dottrina ha individuato una possibile soluzione giuridica nello strumento del mandato *post mortem exequendum* «che si concretizza in una serie, più o meno complessa, di incarichi gestori conferiti dal mandante (coincidente con il futuro *de cuius*) al mandatario e da eseguirsi dopo la morte del primo (*post mortem*, appunto). Si tratta di un negozio che il *de cuius* conclude con il mandatario *inter vivos* ma i cui effetti sono sottoposti alla condizione sospensiva dell'evento morte, poiché solo dopo questo momento il mandatario potrà compiere quelle attività individuate ex ante dal mandante (oramai, *de cuius*) come direttamente funzionali al soddisfacimento di un suo interesse» [VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni online. Note in tema di eredità digitale*, ESI, 2020, 184]. Questo particolare tipo di mandato è da ritenersi generalmente valido purché non tenda a realizzare un'attribuzione patrimoniale in violazione del divieto dei patti successori [BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, *La successione ereditaria*, Giuffrè, 2009, 26 ss.; DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 10, 685; BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, CNN, Studio n. 6-2007/IG, 6] e nel contesto nel settore delle tecnologie informatiche sembra uno strumento particolarmente adatto «per attività meramente esecutive di accordi *dispositivi già conclusi e perfezionati in vita* dal mandante/*de cuius*, oppure di disposizioni testamentarie particolari, (...) meri atti materiali di esecuzione dopo la morte, ad esempio la mera consegna delle credenziali al soggetto che ha già acquistato validamente (*inter vivos* o *mortis causa*), per poter entrare in possesso dei dati cui le credenziali danno accesso» [CAMARDI, op. cit., 87].

Tuttavia, occorre ricordare che i *provider*, detentori dei dati, che assumerebbero il ruolo di mandatari, sono una controparte, rispetto al soggetto che ha sottoscritto il contratto di *account*, e quindi portatori di interessi diversi e anche direttamente confliggenti con quelli del *de cuius* o dei suoi congiunti. In questa prospettiva, sebbene gli interessi dei *provider* a mantenere l'efficienza e la produttività economica delle piattaforme (che rendono per loro più conveniente l'eliminazione dei dati) siano certamente meritevoli di tutela, occorre ricordare che gli interessi del *de cuius* e dei congiunti sono attinenti ai diritti fondamentali della persona, e che quindi meglio sarebbero tutelati da una disciplina di legge che individui per lo meno quegli accorgimenti minimi che i *provider* debbano adottare, per assicurarsi che sia rispettata la volontà del soggetto cui appartengono i dati che vengono immessi nelle loro piattaforme.

Bibliografia essenziale

- APOSTOLO, *Eredità digitale: inquadramento generale*, Studio CNN 1/2023
- ARCELLA, *La tutela della personalità del defunto e la protezione post mortem dei dati personali*, in *Notariato*, 2021, 6, 608 ss.
- ASTONE, *Il diritto all'oblio*, in BOCCHINI (a cura di) *Manuale di diritto privato dell'informatica*, ESI, 2023, 139 ss.
- BACHELET, *Il contratto di scambio di "servizi contro dati" (o contro prezzo)*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 6, 1133 ss.
- BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, CNN, Studio n. 6-2007/IG
- BEMBO, *Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Giuffrè, 2009, 799 ss.
- BOCCHINI, *Nuovi beni digitali e mondi dematerializzati. I metaversi*, in *Manuale di diritto privato dell'informatica*, ESI, 2023
- BONAVITA, *Identità digitale, corpo elettronico e reputazione*, in ZICCARDI e PERRI (a cura di), *Tecnologia e diritto*, II, Giuffrè, 2019, 25 ss.
- BONAVITA, *Il corpo elettronico*, in CASSANO e PREVITI (a cura di) *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, 2020, 107 ss.
- BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, *La successione ereditaria*, Giuffrè, 2009, 26 ss.
- CAHN, *Postmortem Life On-Line*, in *Probate&Property*, 2011, Vol. 25, 4, 35 ss.
- CALVO, *La successione digitale tra logiche panproprietary ed extrapatrimonialità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 6, 1378 ss.
- CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 2018, 1, 70 ss.
- CARLEO, *Clausola di intrasmissibilità mortis causa degli account*, in CONFORTINI (a cura di) *Clausole negoziali*, III, Utet, 2024, 555 ss.
- CARROLL, *Digital Assets: A Clearer Definition, Digital Est. Resource*, in *thedigitalbeyond.com*, 30 gennaio 2012
- CODELUPPI, *Il biocapitalismo, Verso lo sfruttamento integrale di corpi, cervelli, emozioni*, Bollati Boringhieri, 2008
- CONFORTINI, *Persona e patrimonio nella successione digitale*, Giappichelli, 2023
- COSTANTINO, *I beni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, I, Utet, 2005, 3 ss.
- D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, Pacini, 2020
- DE CUPIS, *I diritti della personalità*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, IV, Giuffrè, 1982, 616 ss.
- DE FRANCESCO, *La successione mortis causa nei rapporti contrattuali: spunti interpretativi sull'art. 2 terdecies Codice privacy e sull'eredità "digitale"*, in *Contr. e impr.*, 2022, 2, 667 s.
- DE ROSA, *Trasmissibilità mortis causa del patrimonio digitale*, in *Notariato*, 2021, 5, 495 ss.
- DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 463 ss.
- FUMAGALLI, *Bioeconomia e capitalismo cognitivo. Verso un nuovo paradigma di accumulazione*, Carocci, 2007
- GORASSINI, *Lo spazio digitale come oggetto di un diritto reale?*, in *MediaLaws*, 2018, 2, 59 ss.
- LAS CASAS, *Capitalismo dell'informazione e circolazione della ricchezza*, ESI, 2024
- MAGNANI, *Il patrimonio ereditario e la sua devoluzione ereditaria*, in *Vita not.*, 2019, 3, 1281 ss.
- MANIACI e D'ARMINIO MONFORTE, *L'eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione*, in *Corriere giur.*, 2020, 11, 1367 ss.
- MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, ESI, 2022
- MASPES, *Successione digitale, trasmissione dell'account e condizioni generali di contratto predisposte dagli internet services providers*, in *Contratti*, 2020, 5, 583 ss.
- MOLLO, *Il diritto alla protezione dei dati personali quale limite alla successione mortis causa*, in *Jus civile*, 2020, 430 ss.
- MORRI, *Il diritto d'autore. Le lettere missive ricevute da de cuius*, in *Tratt. Bonilini*, I, Utet, 2009, 695 ss.
- PASQUINO, *Le monete virtuali*, in *Manuali di diritto privato dell'informatica*, ESI, 2023
- PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1, 72 ss.
- PERTOT, *Sorte postmortale degli oggetti digitali e questioni di diritto successorio*, in *Pactum*, 2024, 3, 468 ss.
- PULITANÒ, *Il «soggetto» della modernità e i suoi beni*, <https://www.ratioiuris.it/il-soggetto-della-modernita-e-i-suoi-beni>, 1 giugno 2023

- QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, ESI, 2020
- RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, 88 ss.
- RICCIUTO, *La pubblicazione dell'epistolario confidenziale di uno scrittore, Ancora in tema di personalità morale dell'autore dopo la sua morte*, in *Dir. inf.*, 1995, 3, 626 ss.
- RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012
- SCHMIDT-KESSEL e PERTOT, *Donazione di dati personali e risvolti successori*, in ARROYO AMAYUELAS, BALDUS, DE CARVALHO GOMES, LEROYER, LU, RAINER (a cura di) *Casi controversi in materia di diritto delle successioni, Esperienze straniere*, II, ESI, 2019, 901 ss.
- SGANGA, *Sub Art. 810*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2015, 3 ss.
- TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *Jus Civile*, 2014, 316 ss.
- TROLLI, *La successione mortis causa nei dati personali del defunto e i limiti al loro trattamento*, *Jus Civile*, 2019, 313 ss.
- TUCCILLO, *La successione ereditaria avente ad oggetto le carte, i documenti, i ritratti e i ricordi di famiglia*, in *Dir. Succ. fam.*, 2016, 1, 159 ss.
- VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni online. Note in tema di eredità digitale*, ESI, 2020
- VIGORITO, *La 'persistenza' postmortale dei diritti sui dati personali: il caso Apple*, in *Dir. inf.*, 2021, 6, 41 ss.
- ZACCARIA, *La successione mortis causa nei diritti di disporre i dati personali digitalizzati*, in *Studium iuris*, 2020, 11, 1370 ss.
- ZICCARDI, PERRI, voce *Infosfera*, in *Dizionario Legal Tech*, Giuffrè, 2020, 891 ss.
- ZOPPINI, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine di una teoria dei beni)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, 1, 185 ss.

CONTRATTO E PERSONA

L'azione surrogatoria. Tra tutela del credito e autonomia del debitore*

di **LORENZO BRUGIONI**
Dottore in giurisprudenza
Università di Pisa

(CORTE DI CASSAZIONE, , sezione seconda civile, ord. 02 gennaio 2025, n. 23; Pres. Manna – Rel. Picaro)

ABSTRACT

L'ordinanza in commento rimette alla Prima Presidente due questioni giuridiche attinenti ai presupposti della legittimazione surrogatoria del creditore del legittimario pretermesso, affinché valuti l'opportunità di investire le Sezioni Unite, in considerazione sia del contrasto nella giurisprudenza di legittimità in ordine al contenuto della nozione di trascuranza del debitore, sia della mancanza di una soluzione giuridicamente soddisfacente in merito all'esperibilità, in via surrogatoria, dell'azione di riduzione.

Two legal questions relating to the conditions for the subrogation of the rights of the pretermitted heir (legittimario) have been, by the order in question, referred to the First President of the Court of Cassation with a view to a possible decision by the Joint Sections (Sezioni Unite). The importance of these questions stems both from the conflict within the Court's own judgements as to the meaning of the debtor's negligence (trascuranza), and from the absence of a legally satisfactory solution concerning the possibility of bringing an action by which the heir asks to be reinstated to a share in the estate of the deceased (azione di riduzione) by way of subrogation.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. L'azione surrogatoria; 3. Sulla trascuranza del debitore; 4. Sull'esperibilità in via surrogatoria dell'azione di riduzione; 5. Osservazioni conclusive.

1. Il caso

I fatti di causa raccontano un'articolata controversia tra legittimari e creditori, sorta in seguito alla morte del nonno paterno, alla cui volontà vengono ricondotti testamenti olografi recanti vocazioni ereditarie tra loro contraddittorie, ciascuno di essi istituendo come unici eredi prima i nipoti e poi il figlio.

Così, nel giudizio di primo grado, in cui i nipoti proponevano nei confronti del padre querela di falso avverso il secondo testamento olografo che istituiva quest'ultimo quale unico erede, interveniva volontariamente il creditore del convenuto – inizialmente contumace –, dichiarando di voler esercitare, in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., l'azione di riduzione per lesione di legittima, ove fossero accolte le domande degli attori. Costituendosi tardivamente in giudizio, il padre aderiva alle domande dei figli e, poi, in un separato giudizio di petizione di eredità promosso sempre da questi ultimi, assumeva una posizione opposta, chiedendo in via riconvenzionale la riduzione delle prime disposizioni testamentarie che lo avevano totalmente pretermesso. Dopo che il Tribunale

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 26.05.2025.

di Mantova, nel procedimento per querela di falso, aveva respinto tutte le domande del creditore intervenuto e dichiarato gli attori quali unici eredi testamentari, il creditore proponeva appello.

In secondo grado, la Corte d'Appello di Brescia rigettava l'appello, ritenendo, in via preliminare, che il creditore non possedesse i requisiti per sostituirsi al proprio debitore, difettando, nel caso di specie, il presupposto dell'inerzia – *rectius*, trascuranza – di quest'ultimo nell'esercizio dei diritti e delle azioni ad esso spettanti: il debitore, infatti, secondo i giudici di seconde cure, non avrebbe trascurato di esercitare tali diritti e azioni, essendosi costituito nel primo giudizio, ove ha chiesto l'accoglimento delle domande degli attori, e avendo esperito l'azione di riduzione per lesione di legittima nel secondo giudizio.

Il creditore soccombente proponeva infine ricorso per Cassazione, lamentando, *inter alia*, che la Corte d'Appello lo avesse ritenuto privo di legittimazione all'esercizio dell'azione ex art. 2900 c.c., e, conseguentemente, anche a proporre la domanda riconvenzionale subordinata di riduzione per lesione di legittima, per difetto del presupposto essenziale della trascuranza del debitore. Giunta all'attenzione dei giudici di legittimità, la vicenda ha offerto l'occasione per esaminare due questioni di particolare rilievo nomofilattico, che la Corte di Cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 23 del 2 gennaio 2025, ha ritenuto opportuno rimettere alla Prima Presidente, affinché valuti l'opportunità di una decisione da parte delle Sezioni Unite. Si tratta più specificamente del tema, ampiamente dibattuto, della correttezza della nozione di trascuratezza quale presupposto dell'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c., e di quello relativo all'esperibilità, in via surrogatoria, dell'azione di riduzione per lesione di legittima da parte del creditore del legittimario totalmente pretermesso, il quale abbia trascurato di esercitarla.

Prima di procedere all'analisi dettagliata delle questioni giuridiche affrontate dalla Suprema Corte, giova richiamare i tratti essenziali dell'azione surrogatoria, quale mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale.

2. L'azione surrogatoria

Per azione surrogatoria s'intende la facoltà che l'art. 2900 c.c. riconosce al creditore (surrogante) di sostituirsi al debitore (surrogato), allorché questi trascuri l'esercizio di diritti e azioni a contenuto patrimoniale che gli spettano verso terzi. Al precipuo scopo di evitare una diminuzione, o un mancato incremento del patrimonio del debitore, la legge, quindi, accorda un diritto potestativo sostitutivo [così BIANCA, *Diritto civile*, 5, 3^a ed., Giuffrè, 2021, 422] al creditore, consentendogli di far valere il diritto trascurato o esperire l'azione tralasciata dal primo. Questi rilievi bastano per intendere che, al di là delle potenziali ambiguità insite nella formula «azione surrogatoria», non si tratta, evidentemente, di un'azione tipica spettante al creditore nei confronti del debitore. La natura del potere surrogatorio, per la verità, è questione a lungo discussa in dottrina, dividendosi le ricostruzioni tra chi ne rinviene il fondamento nell'istituto della rappresentanza [così FERRARA, *Natura giuridica dell'azione surrogatoria*, in *Foro it.*, I, 1904, 1405; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1954, 254] e chi, invece, in quello della sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c., atteso che il creditore surrogante agisce in nome proprio [così BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2-IV, Giuffrè, 1955, 167], mentre altri ancora autorevolmente

evidenziano le autonome caratteristiche strutturali e funzionali dell'azione [così PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XX, 2, Utet, 1985, 129]. L'appellativo «legittimazione surrogatoria» [così GIAMPICCOLO, voce *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffré, 1959, 951], anziché quello di «azione surrogatoria», parrebbe dunque descrivere in modo più compiuto la consistenza giuridica dell'istituto.

Il dato testuale della norma codicistica contiene l'indicazione dei tre presupposti e dell'oggetto della legittimazione surrogatoria: la qualità di creditore in chi agisce, l'inerzia pregiudizievole del debitore e, in connessione causale con essa, l'*eventus damni* consistente nel pericolo d'insolvenza. A ciò si aggiunge la precisazione che non tutti i diritti e le azioni del debitore verso i terzi sono suscettibili di essere esercitati in via surrogatoria. Poiché ogni soggetto è libero di esercitare il proprio diritto e ha normalmente il potere di determinarsi liberamente anche riguardo al suo non esercizio, la legittimazione surrogatoria si risolve chiaramente in una limitazione di tale sfera di libertà e autonomia. Per questo motivo, il legislatore circoscrive il potere del creditore, consentendogli di esercitare in surrogatoria solo i diritti e le azioni che presentino i caratteri della relazionalità, della patrimonialità e della non inerenza alla persona del debitore. Ciò, evidentemente, nell'ottica di un bilanciamento degli interessi che entrano in conflitto nell'ambito della surrogatoria: da un lato, l'interesse del debitore a determinarsi liberamente anche in merito al non esercizio del proprio diritto; dall'altro, l'interesse del creditore alla conservazione della garanzia patrimoniale [così GIAMPICCOLO, op. cit., 955-956].

La prevalente dottrina riconosce una finalità conservativo-cautelare all'istituto [così NICOLÒ, *Dell'azione surrogatoria*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1959, 10; GIAMPICCOLO, op. cit., 950; PATTI, op. cit., 105; BIANCA, op- cit., 418], quale mezzo per assicurare la capienza del patrimonio del debitore, in vista di un eventuale futuro procedimento esecutivo [così DE CRISTOFARO, *sub art. 2900*, in *Commentario breve al codice civile Cian-Trabucchi* a cura di Cian, 16^a ed., Cedam, 2024, 3730]. Oggetto di tutela è quindi lo stesso diritto di credito, la cui potenziale lesione si previene attraverso la conservazione dell'oggetto della responsabilità patrimoniale, non costituendo la surrogatoria né una sanzione per un comportamento illegittimo del debitore [così, in dottrina, SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Giappichelli, 1955, 83; e, nel senso della non necessaria imputabilità dell'inerzia del debitore a titolo di colpa o dolo, in giurisprudenza, Cass. civ., 17 novembre 2020, n. 26049, in *DeJure*], né l'espressione di un supposto diritto di garanzia – un «pegno generale» – spettante al creditore sul patrimonio del debitore [così CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, 2^a ed., Giuffré, 1948, 96; NICOLÒ, op. cit., 4].

3. Sulla trascuranza del debitore

Implicando la verifica della sussistenza dei presupposti per la legittimazione surrogatoria un accertamento di fatto riservato al giudice di merito – e, come tale, incensurabile in sede di legittimità – l'attenzione della Corte di Cassazione si è concentrata sulla definizione del contenuto della «trascuranza» ex art. 2900 c.c.

Per quanto, infatti, nelle decisioni giurisprudenziali e nei contributi dottrinali si faccia generalmente riferimento al concetto di «inerzia» per descrivere i presupposti della legittimazione surrogatoria, tale termine non figura, in realtà, nel linguaggio

legislativo; e l'art. 2900 c.c., diversamente dal corrispondente art. 1234 del codice civile del 1865, prevede l'intervento del creditore per i diritti e le azioni che il debitore «trascura di esercitare». L'utilizzo di tale espressione da parte del legislatore, come si ricava dalla Relazione al codice (n. 1181), rispondeva proprio all'intento di ampliare il campo di applicazione della surrogatoria, legittimandone l'esperimento non solo in caso di totale inattività del debitore, ma anche a fronte di un'attività qualitativamente o quantitativamente insufficiente [così NICOLÒ, op. cit., 154]. In senso contrario, tuttavia, si è osservato che, nella misura in cui la surrogatoria non potrebbe trasformarsi in uno strumento di controllo sull'efficienza dell'attività del debitore, senza comprometterne in modo eccessivo l'autonomia privata, l'intervento surrogatorio del creditore è da ritenere legittimo soltanto in presenza di un'insufficienza quantitativa, ossia di mancato esercizio o di esercizio incompleto del diritto [così PATTI, op. cit., 124; DE CRISTOFARO, op. cit., 3734].

Nel caso di specie, si trattava di stabilire se potesse dirsi aver trascurato i propri diritti un debitore: (i) che, nel giudizio principale di querela di falso, era inizialmente rimasto contumace, e si era costituito – limitandosi ad aderire alle domande degli attori – solo dopo l'intervento in causa del suo creditore, il quale, in subordine, aveva proposto in via surrogatoria l'azione di riduzione per lesione di legittima; (ii) che, un anno dopo, in un separato giudizio di petizione ereditaria promosso dai figli, aveva esercitato, secondo una logica opposta rispetto a quella seguita nel primo giudizio, l'azione di riduzione, senza che peraltro risulti che l'abbia coltivata fino alla conclusione del processo.

A fronte di una simile condotta, non propriamente inerte, del debitore, è apparso necessario un intervento nomofilattico volto a dirimere il contrasto sezionele (e dottrinale) – puntualmente ricostruito dalla Suprema Corte in ordine alla nozione di inerzia.

Anche il formante giurisprudenziale di legittimità risulta infatti diviso tra: (i) un primo orientamento – cui aderisce la sentenza impugnata della Corte d'Appello –, che considera presupposto della legittimazione surrogatoria esclusivamente un comportamento omissivo, giacché il creditore non può sostituirsi al debitore per sindacare le modalità con cui questi abbia scelto di esercitare la propria situazione giuridica [così Cass. civ., 2 febbraio 2016, n. 1996, in *DeJure*; Cass. civ., 12 aprile 2012, n. 5805, in *DeJure*; Cass. civ., 4 agosto 1997, n. 7187, in *DeJure*; Cass. civ., 28 maggio 1988, n. 3665, in *DeJure*]; e (ii) un secondo orientamento, che invece valorizza maggiormente il dato letterale dell'art. 2900 c.c. e l'*intentio legislatoris*, da ciò inferendo un'estensione del presupposto legittimante la surrogatoria non solo al caso di totale inattività del debitore, ma anche a quello in cui l'attività di quest'ultimo risulti qualitativamente o quantitativamente insufficiente a garantire una tutela adeguata della propria posizione giuridica nel rapporto con il terzo [così Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10744, in *DeJure*; Cass. civ., 18 febbraio 2000, n. 1867, in *DeJure*].

La definizione del contenuto della «trascuranza» si rivela chiaramente insidiosa, per la difficoltà concreta di argomentare, dall'utilizzo di tale termine da parte del legislatore, una distinzione tra l'inerzia in senso proprio e un esercizio insufficiente o negligente del diritto. Ogni singolo atto di esercizio, considerato isolatamente, non può che essere compiuto oppure omesso, e la negligenza si manifesta solo in relazione alle modalità, sfociando così in un'inammissibile interferenza nell'autonomia privata del debitore. Se, dunque, si assume come punto di riferimento il singolo atto – e non

l'esercizio del diritto in senso generico – trascuranza e inerzia finiscono per coincidere concettualmente [così SACCO, op. cit., 130].

Un atteggiamento di rigida chiusura verso la legittimazione surrogatoria a fronte di un comportamento positivo del debitore [così Cass. civ., 12 aprile 2012, n. 5805, cit.; Cass. civ., 28 maggio 1988, n. 3665, cit.], tuttavia, preoccupa i giudici di legittimità, che osservano criticamente come, restringendo il presupposto legittimante al caso dell'astensione dall'esercizio del diritto, il rischio possa essere quello di ammettere che un tardivo esercizio dell'azione in un separato giudizio, non seguito da una diligente cura dell'azione stessa, possa frustrare la tutela del credito e prestare il fianco a iniziative strumentali del debitore; ciò con particolare evidenza in casi, come quello in esame, in cui non si è di fronte a veri e propri atti dispositivi – che, se pregiudizievoli, possono essere resi inefficaci nei confronti del creditore mediante l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. – bensì a un'azione giudiziale costitutiva, idonea a incidere sulla consistenza del patrimonio del debitore solo nel caso in cui intervenga una sentenza di accoglimento passata in giudicato.

4. Sull'esperibilità in via surrogatoria dell'azione di riduzione

La seconda questione giuridica affrontata dalla Corte di Cassazione, anch'essa rimessa al vaglio delle Sezioni Unite, concerne la legittimazione surrogatoria del creditore del legittimario totalmente pretermesso, rimasto inerte, a esperire l'azione di riduzione: quell'«azione personale di accertamento costitutivo» [così MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, II, Giuffrè, 2000, 231], che rappresenta lo strumento di tutela del diritto del legittimario alla quota di riserva. Sebbene la materia non sia al centro di significativi contrasti tra sezioni, essa non ha ancora trovato una soluzione giuridica soddisfacente nella giurisprudenza di legittimità, mentre la giurisprudenza di merito, in più occasioni, ha preferito – malgrado la contraria opinione della Suprema Corte – percorrere la via dell'applicazione analogica dell'art. 524 c.c. alla rinuncia, espressa o tacita, all'azione di riduzione per lesione di legittima da parte del legittimario pretermesso.

Il tema va considerato alla luce della già richiamata esclusione, dall'ambito della legittimazione surrogatoria, sia degli atti di disposizione patrimoniale – per i quali l'ordinamento appronta a favore del creditore strumenti diversi di conservazione della garanzia patrimoniale – sia di quei diritti che per natura o per legge possono essere esercitati solo dal loro titolare, tra i quali anche i diritti il cui esercizio implica scelte di ordine familiare o morale [così BIANCA, op. cit., 429]. Si tratta di diritti e di azioni a contenuto patrimoniale nei quali risulta prevalente l'esigenza di preservare integra da ingerenze esterne l'autonomia del debitore, giacché l'interesse di quest'ultimo a determinarsi liberamente – anche al non esercizio del proprio diritto – costituisce un elemento intrinseco dell'interesse obiettivo tutelato attraverso il meccanismo di protezione proprio del diritto soggettivo, e non un semplice aspetto dell'autonomia del soggetto [così GIAMPICCOLO, op. cit., 956-957; MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Giuffrè, 1975, 269].

Nella riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della legittima, il discorso si complica ulteriormente, venendo in rilievo, oltre al tema dell'inerenza alla persona del

debitore della relativa azione, anche quello dell'ammissibilità dell'intervento surrogatorio in presenza di «poteri» del debitore costitutivi di nuovi effetti giuridici; sul punto, autorevole dottrina [NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria)*, Giuffré, 1974, 99-100] ha rinvenuto il limite massimo di ammissibilità della surrogatoria nella circostanza che il nuovo effetto non si concreti in una sostanziale modifica della situazione-base del titolare del diritto – i.e., che non si traduca in un vero e proprio atto di disposizione – ma concorra a rafforzarla.

Invero, è da escludere la legittimazione surrogatoria del creditore ad accettare l'eredità devoluta al proprio debitore, in quanto un simile atto determinerebbe una sostanziale modifica della situazione di quest'ultimo, che perderebbe la veste di semplice chiamato assumendo la qualità di erede; diversamente, una volta che il debitore abbia acquisito tale qualità, deve ritenersi ammissibile l'intervento surrogatorio volto a ottenere la riduzione degli atti lesivi della legittima, in quanto l'effetto nuovo perseguito non muta la situazione-base del debitore, pur rafforzandola sul piano quantitativo [così, in dottrina, NICOLÒ, *op. cit.*, 142; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 100; in giurisprudenza, Cass. civ., 30 ottobre 1959, n. 3208, in *Giust. civ.*, I, 1959, 2057; TAMBURRINO, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffré, 1990, 1369].

Maggiormente problematica risulta invece la fattispecie – oggetto dell'ordinanza qui in esame – di totale pretermissione del legittimario, dal momento che l'esito vittorioso dell'azione di riduzione comporta, in tal caso, l'acquisizione della qualità di erede [così, in dottrina, per tutti, MENGONI, *op. cit.*, 239 ss.; in giurisprudenza, Cass. civ., 20 giugno 2019, n. 16623, in *DeJure*; Cass. civ., 20 novembre 2008, n. 27556, in *DeJure*; Cass. civ., 3 luglio 2013, n. 16635, in *DeJure*], finendo per imporre al legittimario pretermesso un'accettazione dell'eredità, che costituisce atto insuscettibile di essere esercitato in via surrogatoria da parte dei creditori personali del chiamato all'eredità.

Queste, tra le altre, le considerazioni svolte dalla Suprema Corte nella parte motiva dell'ordinanza in commento, la quale, ben consapevole delle criticità insite nel caso del legittimario totalmente pretermesso – e non semplicemente leso – nonché della mancanza di un chiaro fondamento normativo alla legittimazione surrogatoria del creditore in una simile circostanza, sollecita al riguardo l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, invocando, in particolare, una riconsiderazione della potenziale applicazione analogica dello strumento dell'impugnazione della rinuncia all'eredità ex art. 524 c.c.

Non è persa, del resto, risolutiva della questione neppure la ricostruzione recentemente fornita dalla stessa Corte, la quale, con sentenza n. 16623 del 2019 [Cass. civ., 20 giugno 2019, n. 16623, *cit.*], ha tratto, da un'interpretazione sistematica delle previsioni normative di cui agli artt. 557, 2900 e 524 c.c., l'inedito principio secondo cui il creditore del legittimario pretermesso rimasto inerte può surrogarsi nell'esercizio dell'azione di riduzione e soddisfarsi nei limiti del proprio credito, senza che ciò comporti, tuttavia, l'acquisizione della qualità di erede da parte del legittimario pretermesso. Nell'impostazione della Corte, in particolare, la qualità di erede verrebbe acquisita dal legittimario pretermesso per effetto non del positivo esperimento dell'azione di riduzione, bensì del concreto risultato derivante da tale rimedio, ossia qualora l'esito dell'azione di riduzione comporti l'acquisizione di beni da parte del legittimario, con conseguente suo incremento patrimoniale.

5. Osservazioni conclusive

La vicenda sottoposta al vaglio della Suprema Corte pone l'interprete davanti all'irriducibile dialettica, insita nel fenomeno surrogatorio, tra ragioni creditorie e autonomia privata del debitore. Legittima appare la sollecitazione della Corte a tener conto, in tale delicato bilanciamento di interessi, di un dato letterale – quello della «trascuranza» – che sembrerebbe voler aprire spazi più ampi all'intervento surrogatorio, anche nell'eventualità in cui il debitore non rimanga del tutto inerte, ma qualcosa faccia, seppure in modo non del tutto soddisfacente alla luce degli interessi del creditore. Le ragioni alla base dell'osservazione critica dei giudici di legittimità sono comprensibili, essendo concreto il rischio di uno strumentale esercizio negligente dei propri diritti da parte del debitore: quel tanto che basta per infrangere l'inerzia con un comportamento attivo, e con essa anche la possibilità, per il creditore, di sostituirsi al suo debitore per conservare la garanzia patrimoniale. Estendere in tal misura il presupposto legittimante la surrogatoria, tuttavia, significherebbe ammettere l'esistenza di un parametro di apprezzamento della diligenza nel compimento di un singolo atto di esercizio di un diritto o di un'azione, con il risultato che un simile metro di giudizio delle condotte del debitore finirebbe inevitabilmente per sfociare in un inammissibile sindacato sulle modalità di esercizio della situazione giuridica nell'ambito del rapporto. Anche chi, in dottrina, ha voluto leggere nel riferimento alla trascuranza un requisito più esteso della surrogatoria [così NICOLÒ, op. cit., 154], lo ha comunque fatto in relazione a casi di esercizio quantitativamente insufficiente, più che propriamente negligente, trattandosi, per lo più, di autonomi poteri processuali (ad esempio, l'esperimento di un'azione di condanna non seguito da un'azione cautelare pur necessaria e urgente), per ciascuno dei quali può prospettarsi una legittimazione surrogatoria del creditore a seguito di un giudizio obiettivo circa la sussistenza di una situazione di inerzia pregiudizievole [così DE CRISTOFARO, op. cit., 3735]. Se, dunque, nel caso di specie, trascurante potrebbe dirsi il debitore contumace nel procedimento di querela di falso in primo grado, tale presupposto sembra tuttavia incrinarsi già a fronte della sua successiva costituzione in giudizio a sostegno delle pretese degli attori, configurandosi tale attività come espressione di una volontà gestoria, piuttosto che come indice di trascuranza.

Quanto al tema della legittimazione surrogatoria del creditore del legittimario totalmente pretermesso, è condivisibile l'invito della Suprema Corte a che venga riconsiderata la possibilità di applicare analogicamente lo strumento di cui all'art. 524 c.c., il cui esercizio è stato ammesso dalla sentenza n. 20562 del 2008 [Cass. civ., 29 luglio 2008, in *DeJure*] esclusivamente con riferimento al legittimario meramente leso, in quanto chiamato all'eredità. Né convince, del resto, la costruzione di effetti a geometria variabile, derivanti dal vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, sulla posizione del legittimario pretermesso, per cui questi acquisterebbe la qualità di erede solo ove con l'ingresso della quota di legittima nella propria sfera giuridica si verifici un concreto accrescimento del patrimonio. Il tutto, nella logica della sentenza n. 16623 del 2019 [Cass. civ., 20 giugno 2019, n. 16623, cit.], in forza di un'analogia sistematica *quoad effectum* con l'impugnazione della rinuncia all'eredità ex art. 524 c.c. – senza tuttavia che tale norma venga applicata in via analogica –, così rompendo l'equazione tra accoglimento dell'azione di riduzione e assunzione della qualità di erede [così MENGONI, op. cit., 241]. A sostegno dell'applicazione analogica dell'art. 524 c.c., vi sarebbe, invece, la similarità, in termini di effetti, tra la rinuncia all'eredità e la rinuncia all'azione di

riduzione da parte del legittimario pretermesso, in quanto entrambe configurabili come atti idonei a determinare il venir meno del diritto di accettare l'eredità [così Cass. civ., 20 giugno 2019, n. 16623, in *Corr. giur.*, 2020, 11, 1365, con nota di NOCERA, *Esperibilità dell'azione di riduzione in via surrogatoria e acquisto della qualità di erede*], atteso che l'azione di riduzione verrebbe a costituire, in questo contesto, una modalità di adizione dell'eredità [così MENGONI, op. cit., 244]; e in quanto, in entrambi i casi, sarebbe riscontrabile la medesima esigenza di scongiurare effetti pregiudizievoli nei confronti dei creditori personali del rinunciante.

Bibliografia essenziale

- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, IV-2, Giuffrè, 1955, 184 ss.
 BIANCA, *Diritto civile*, 5, 3^a ed., Giuffrè, 2021, 417 ss.
 CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, 2^a ed., Giuffrè, 1948.
 DE CRISTOFARO, *sub art. 2900*, in *Commentario breve al codice civile Cian-Trabucchi* a cura di Cian, 16^a ed., Cedam, 2024, 3729 ss.
 FERRARA, *Natura giuridica dell'azione surrogatoria*, in *Foro it.*, I, 1904, 1401 ss.
 GIAMPICCOLO, voce *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 950 ss.
 MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, II, Giuffrè, 2000.
 MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Giuffrè, 1975.
 NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria)*, Giuffrè, 1974.
 NICOLÒ, *Dell'azione surrogatoria*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1959, 7 ss.
 PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, IX, 2^a ed., Giuffrè, 1999, 922 ss.
 SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Giappichelli, 1955.
 SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1954.
 TAMBURRINO, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, 1990, 1348 ss.

Sugli effetti della procura conferita dal soggetto poi sottoposto ad amministrazione di sostegno*

di GIOVANNI CESCO

Dottorando di ricerca
Università degli Studi di Padova

(CORTE DI CASSAZIONE, ord. 10 giugno 2024, n. 16052; Pres. L. Tricomi – Est. R. Russo)

ABSTRACT

La Suprema Corte interviene per la seconda volta, nel giro di pochi mesi, per risolvere la delicata questione delle sorti della procura rilasciata da una persona successivamente sottoposta ad amministrazione di sostegno. La pronuncia sceglie ed elabora un criterio chiaro che, tuttavia, da un lato, richiede l'indagine, volta a volta, sulla portata incapacitante del singolo decreto istitutivo di amministrazione di sostegno (o dell'eventuale decreto modificativo o integrativo) e, dall'altro, sul piano sistematico, pare operare un'assimilazione tra la condizione del beneficiario e quella dell'interdetto e dell'inabilitato non pienamente coerente con il meccanismo espressamente congegnato, per tali casi, dall'art. 411, comma 4, c.c.

The Supreme Court intervenes for the second time in a matter of a few months to address the delicate issue concerning the fate of a power of attorney granted by an individual who is subsequently placed under guardianship through a support administration order. The ruling adopts and develops a clear criterion which, however, on one hand, requires a case-by-case investigation into the incapacitating scope of the individual decree establishing the support administration (or of any subsequent modifying or supplemental decree). On the other hand, from a systematic perspective, it seems to assimilate the condition of the beneficiary to that of an interdicted or partially incapacitated person, in a manner not fully consistent with the mechanism expressly devised for such cases under Article 411, paragraph 4, of the Italian Civil Code.

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il caso; 3. La visione frammentata prima dell'intervento della Corte di Cassazione; 4. La regola iuris indicata dai giudici di legittimità; 5. Alcuni punti oscuri del ragionamento dei giudici; 6. Davvero la soluzione è coerente con il sistema?; 7. Gli indefiniti spazi di manovra del Giudice Tutelare.

1. Introduzione

Il dibattito in merito alle sorti della procura rilasciata da un soggetto che, dopo il conferimento della stessa, venga sottoposto ad amministrazione di sostegno ha trovato ampio spazio nella discussione giuridica, sin dall'introduzione di detto istituto di protezione con la l. 9 gennaio 2004, n. 6. Il motivo, autoevidente, è il mancato aggiornamento, da parte del legislatore, delle disposizioni in tema di cessazione degli effetti del negozio rappresentativo, ed in particolare dell'art. 1722 c.c. – ritenuto applicabile [ZACCARIA, sub art. 1396, in *Commentario breve al Codice Civile Cian-*

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 24.03.2025.

Trabucchi a cura di Cian M., 16a ed., Cedam, 2024, 1499], oltre che al mandato, anche alla rappresentanza volontaria, in assenza di una disciplina ad hoc per quest'ultima e stante la frequentissima commistione pratica tra le due figure –, che al n. 4 menziona solo l'interdizione e l'inabilitazione del dominus. Da qui l'incaglio degli interpreti e degli operatori giuridici [come testimoniato da MONOSI e TACCONE, *L'amministrazione di sostegno*, Studio n. 623-2016/C del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato il 14 giugno 2017, 11 ss.], a fronte di un silenzio colmabile ricorrendo a più opzioni ermeneutiche foriere, peraltro, di esiti diversi. In tale contesto, va salutato favorevolmente l'auspicato intervento della Suprema Corte che fornisce la direttrice da seguire nella soluzione della questione, sebbene, come si vedrà, essa non rimanga esente da qualche perplessità.

2. Il caso

La fattispecie da cui è scaturito il vaglio di legittimità riguardava l'impugnazione di un decreto di chiusura di un'amministrazione di sostegno, a cui era soggetta un'anziana benestante, da parte dell'amministratore, figlio della donna. Con il provvedimento, trasmesso peraltro alla competente Procura della Repubblica, oltre che, ai fini dell'art. 382 c.c., al tutore nominato alla donna (che, come si ricava, medio tempore era stata dichiarata interdetta), il Giudice Tutelare non approvava i rendiconti presentati dall'amministratore di sostegno in relazione a più annualità: in particolare, veniva contestato allo stesso di aver prelevato dai conti correnti della madre ingenti importi di denaro, in violazione di quanto stabilito nel decreto di nomina e delle necessarie autorizzazioni giudiziali.

L'amministratore si difendeva adducendo che i prelievi dovevano considerarsi quali compensi per l'attività legale che egli, avvocato, aveva svolto giudizialmente e stragiudizialmente nell'interesse della donna, in forza di incarichi (auto)conferiti tramite una procura che ella gli aveva rilasciato anni prima, quando non era ancora beneficiaria dell'istituto di protezione.

3. La visione frammentata prima dell'intervento della Corte di Cassazione

Dottrina e giurisprudenza avevano affrontato la questione dell'efficacia della procura sin dall'indomani dell'introduzione dell'amministrazione di sostegno, giungendo tuttavia a risultati non omogenei.

Secondo una prima ricostruzione [CALVO, *L'estinzione del mandato*, in *I contratti di collaborazione* a cura di Sirena, nel *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli E., Utet, 2011, 269], l'amministrazione di sostegno andrebbe equiparata all'apertura di interdizione e inabilitazione, per cui il mandato verrebbe meno tout court, in quanto il dominus perderebbe la gestione diretta del proprio patrimonio.

Una diversa autorevole interpretazione [BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di Bonilini e Chizzini, 2a ed., Cedam, 2007, 324; ID., sub art. 411, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2018, 502 ss.], ragionando sulla ratio del regime di incapacitazione in discussione e sulle modalità operative disegnate dall'art. 411, ult. comma, c.c., milita per la generale sopravvivenza dell'incarico, facendo salva

l'ipotesi in cui il Giudice Tutelare opti per un'estensione al singolo caso della regola dell'art. 1722, comma 4, c.c., secondo la sua discrezionalità [ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Giuffrè, 4180, nota 11].

Tale corrente [BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., 325], ciononostante, conclude per un restringimento ipso iure degli effetti del negozio rappresentativo rispetto agli atti per i quali è fissata la rappresentanza esclusiva o l'assistenza dell'amministratore di sostegno, che non tollerano un'interferenza di azione tra quest'ultimo ed il procuratore [il rischio di questa sovrapposizione era stato evidenziato anche da CALÒ, *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Giuffrè, 2004, 135], ancorché nel provvedimento giudiziale non si sia fatto alcun accenno a tale circostanza.

Altra dottrina [GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, 3a ed., Cedam, 2023, 1255] argomenta anch'essa la perdita di efficacia automatica del negozio rappresentativo per gli atti per i quali è necessaria la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore di sostegno, ma giustificando la propria conclusione sulla base del disposto dell'art. 1389, comma 2, c.c.

L'auspicio espresso da altre voci [MURITANO e DELL'ANNA, *L'amministrazione di sostegno. Gli atti e le autorizzazioni*, in *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, a cura di Bortoluzzi, Utet, 2005, 165; CALÒ, *op. cit.*, 135] è quello che, nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, il Giudice Tutelare fughi ogni dubbio in merito alla cessazione degli effetti delle procure anteriormente rilasciate, richiamando il disposto dell'art. 1722, n. 4, c.c., come consentito dall'art. 411, comma 4, c.c. E questo è quanto opportunamente effettuato da alcuni Giudici Tutelari [Trib. Genova, 25 ottobre 2015, in www.osservatoriofamiglia.it].

Per parte della giurisprudenza di merito [Trib. Novara, 4 agosto 2016, in www.personaedanno.it; sul punto, si veda anche MUSTO, *Sulla sorte della procura generale preesistente al provvedimento di nomina di un amministratore di sostegno: il decreto del tribunale di Novara*, 4 agosto 2016, CNN Notizie del 21 ottobre 2016], l'autorità giudiziaria ha il potere di avviare la misura di protezione anche ove vi sia già un soggetto incaricato e munito dei poteri dall'interessato e questo farebbe venir meno di per sé l'efficacia della procura, stante l'incompatibilità del munus sottoposto al controllo giudiziario e l'attività del rappresentante volontario.

Secondo una prospettiva opposta, ove vi sia già un soggetto preposto alla cura degli interessi del dominus, munito dei pertinenti poteri da quest'ultimo conferiti in vista della sua futura impossibilità di governare la propria sfera, il Giudice Tutelare non potrebbe intervenire con la nomina di un amministratore di sostegno. In questi casi, egli dovrebbe rispettare la determinazione privata, facendo così un passo indietro rispetto allo strumento extragiudiziale di protezione precedentemente apprestato dall'interessato stesso [Trib. Modena, 23 dicembre 2008, in *Dir. fam.*, 2009, 699 ss.]. La medesima soluzione è stata condivisa anche dalla Suprema Corte con alcune recenti pronunce [tra le più recenti, Cass., 27 settembre 2017, n. 22602, in *OneLegale*; Cass., ord. 31 dicembre 2020, n. 29981, in *Giur. it.*, 2021, 2335 ss., con nota di OLIVIERO, *Amministrazione di sostegno e familiari*; Cass., ord. 11 luglio 2022, n. 21887, in *DeJure*; Cass., ord. 17 gennaio 2024, n. 1782, in *DeJure*], dimostrando la propria sensibilità nel valorizzare l'autodeterminazione del potenziale beneficiario della misura. Viene riconosciuta, in questo modo, una maggiore autonomia nell'ambito della protezione della persona: non

solo quest'ultima ha la facoltà di designare colui che vorrebbe divenisse il proprio amministratore di sostegno (secondo quanto stabilito dall'art. 408 c.c.), ma potrebbe anche prevenire l'applicazione dello strumento legale in esame tramite un conferimento privato di poteri ed incarichi.

4. La regola iuris indicata dai giudici di legittimità

Con l'ordinanza oggetto del presente approfondimento, la Suprema Corte si è occupata della problematica, dando seguito all'orientamento interpretativo inaugurato non molti mesi prima [Cass., ord. 8 febbraio 2024, n. 3600, in *OneLegale*].

Le questioni di cui si è occupata la Cassazione sono due.

Rispetto alla prima, più macroscopica, essa ha decretato che, nominato un amministratore di sostegno con conferimento allo stesso di poteri di rappresentanza o di assistenza, la procura rilasciata in precedenza dal beneficiario decade automaticamente in relazione a quegli atti per cui sono estese al beneficiario le stesse limitazioni dell'interdetto o dell'inabilitato. Secondo la Corte, infatti, verrebbe meno il presupposto sul quale la procura si fonda, ossia la piena capacità di esercitare quei diritti e di disporne.

Il ragionamento dei giudici si sviluppa come segue.

L'art. 1722 c.c. si occupa delle sorti (del mandato e, così) della procura per il caso in cui il dominus sia in seguito sottoposto ad interdizione o inabilitazione. Nulla viene prescritto per l'eventualità in cui il mandante divenga beneficiario di un provvedimento di amministrazione di sostegno. Ciononostante, sarebbe evidente che la ratio della norma vada rintracciata nell'esigenza di far sì che nessuna procura possa continuare ad avere effetto nel momento in cui venga limitata giudizialmente la capacità di agire del rappresentato. Il fatto che manchi uno specifico inciso per il beneficiario di amministrazione di sostegno si spiegherebbe in ragione di un difetto di coordinamento da parte del legislatore, non essendo stato aggiornato il testo dell'articolo 1722 ad opera della l. n. 6/2004.

Nondimeno, l'art. 411 c.c., laddove consente di estendere al beneficiario gli stessi effetti, limitazioni e decadenze previste per l'interdetto o l'inabilitato, farebbe discendere sullo stesso le conseguenze previste ex lege per tali due istituti, comprese quelle di cui all'art. 1722, n. 4, c.c., seppur nel perimetro degli atti che lo stesso beneficiario non può compiere se non per il necessario tramite dell'amministratore, investito di "rappresentanza esclusiva", o con la "assistenza necessaria" dello stesso.

Da ciò la possibilità – almeno teorica, da valutarsi nel concreto sulla base del singolo caso – di un doppio binario rispetto agli atti giuridici per i quali era stata attribuita la procura: per quelli contemplati nel decreto del Giudice Tutelare, verrebbero meno ipso iure i poteri rappresentativi di cui al precedente negozio unilaterale, dovendo intervenire per il compimento degli stessi l'amministratore di sostegno che abbia la legale rappresentanza o che debba prestare il proprio consenso insieme al beneficiario della misura di cui agli artt. 404 ss. c.c.; per tutte le restanti operazioni, contemplate nella procura ed estranee al decreto dell'autorità giudiziaria, rimarrebbe attivo ed immutato il piano negoziale già in essere, dal momento che il beneficiario non perde la propria capacità d'agire [GENOVESE, *Amministrazione di sostegno: la sorte del mandato anteriore*, in *Giur it.*, 2024, 2302; in merito al fatto che il beneficiario non perde la capacità di agire, DELLE MONACHE, sub art. 409, in *Commentario breve al Codice Civile Cian-Trabucchi* a cura di Cian M., 16a ed., Cedam, 2024, 474].

La conclusione tratta sarebbe identica tanto nel caso in cui l'amministratore di sostegno nominato dal Giudice Tutelare sia un soggetto diverso dal rappresentante a cui erano stati attribuiti i poteri con la procura anteriore, quanto in quello in cui venga nominato a tale ufficio lo stesso procurator: in entrambe le ipotesi, si assisterebbe alla perdita di efficacia (*ex nunc*) del negozio rappresentativo per gli atti contemplati nel decreto giudiziale, con prevalenza della misura di protezione legale sullo strumento negoziale.

Corollario che, a parere di chi scrive, sembra di doversi trarre da quanto sopra è che, ove il rappresentante volontario continui ad operare, sulla base della precedente procura, spendendo il nome del dominus e compiendo atti considerati nel decreto che disciplina la misura di protezione, ci si troverebbe di fronte a casi di rappresentanza senza potere. L'attività realizzata, pertanto, non potrebbe produrre effetti immediati nei confronti del (falsamente) rappresentato, valendo il disposto degli artt. 1398 e 1399 c.c.

5. Alcuni punti oscuri nel ragionamento dei giudici

La decisione dei giudici di legittimità, dal punto di vista pratico, potrebbe sembrare appagante e sufficientemente chiara. Nel momento e nella misura in cui viene aperta l'amministrazione di sostegno, sembra appropriato che gli atti che competono in via esclusiva o che richiedono il consenso dell'amministratore non possano essere compiuti, in modo concorrente, da un soggetto diverso, sulla base di un potere conferito in precedenza in via negoziale e non sottoposto alla vigilanza del Giudice Tutelare. Ne verrebbero meno l'utilità ed il significato della misura di protezione.

Non si sarebbe in grado, peraltro, di tenere in debita considerazione tutte le circostanze che siano intervenute tra il momento del conferimento della procura, nel quale (si suppone) il rappresentato era *compus sui*, e quello, successivo, nel quale è stata valutata l'opportunità di limitare in qualche misura la capacità del medesimo di porre in essere liberamente attività giuridica. Proprio sulla base di questa esigenza pratica, per fattispecie simili, quali l'interdizione e l'inabilitazione, il legislatore è intervenuto espressamente con l'art. 1722, n. 4, c.c.

Osservando la problematica dalla prospettiva giuridica, cionondimeno, sorge qualche dubbio sul ragionamento che ha portato i giudici a trarre l'arresto riferito e sulla conclusione medesima.

L'amministrazione di sostegno, che ha la finalità di offrire protezione a soggetti che, per effetto di una infermità di mente ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovino nella impossibilità, anche temporanea o parziale, di provvedere ai propri interessi (art. 404 c.c.), si colloca a fianco di interdizione e inabilitazione. Le sovrapposizioni negli scopi e nel funzionamento sono svariate, tant'è che non è ancora sopito il dibattito in merito a quali siano gli effettivi ambiti applicativi tra le tre diverse misure di protezione [sulla questione si rimanda alla celebre pronuncia Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 275 ss., con commento di ROMA, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*, nonché in *Giur. it.*, 2009, 134 ss., con nota di FABBRICATORE, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: insoddisfacente l'individuazione degli ambiti applicativi*]. Del resto, anche la disciplina dell'istituto introdotto nel 2004 è in gran parte ricavabile tramite un rinvio effettuato dall'art. 411 c.c. a numerose disposizioni in tema di tutela, nei limiti della compatibilità.

Eppure, resta evidente il fatto che vada mantenuta una netta distinzione tra i tre istituti previsti dal legislatore e tra le loro ricadute applicative [ROMA, *Sunt certi denique fines (?)*: *la Corte Costituzionale definisce (parzialmente) i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 870].

L'unico spazio affinché vi possa essere una coincidenza tra effetti derivanti da interdizione o inabilitazione e amministrazione di sostegno è quello lasciato alla decisione del Giudice Tutelare dall'art. 411, ult. comma, c.c.

In altre parole, il Giudice Tutelare, nel decreto di nomina, è tenuto a stabilire, ai sensi dell'art. 405, comma 5, nn. 3 e 4, c.c., quali siano gli atti che debbano essere compiuti dall'amministrazione di sostegno in nome e per conto del beneficiario oppure da questi due soggetti congiuntamente. Ai sensi dell'art. 411, ult. comma, c.c., egli ha possibilità, inoltre, di valutare, sulla base del singolo caso, la convenienza di estendere altri limiti o effetti prescritti da altre disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato.

È assodato che, in linea con l'intento di limitare il meno possibile la capacità d'agire del beneficiario, punto cardine di tutta la riforma di cui alla l. n. 6/2004, ove nel decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno non vi sia un richiamo, anche se solo in via implicita, alle disposizioni (non oggetto di rinvio da parte del legislatore e) concernenti interdizione o inabilitazione, queste non possano trovare applicazione [sul punto, BONILINI, sub art. 411, cit., 445 ss., che mette in risalto la differenza, anche valoriale, tra la formulazione dell'art. 411 c.c. in sede di dibattito parlamentare e quella adottata in via definitiva]. Gli esempi, sul punto, sono più di uno: si pensi alle capacità di contrarre matrimonio e testare, di cui agli artt. 85 e 591 c.c., che sono limitate solo per l'interdetto, o alla necessità dell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, richiesta per l'interdetto o l'inabilitato dagli artt. 471 e 472 c.c.

La regola che se ne ricava è quella in forza della quale, in assenza di apposita previsione del Giudice Tutelare, all'amministrato di sostegno non possono essere estese quelle previsioni che, limitative della capacità di realizzare attività giuridica, sono state dedicate a interdetto e inabilitato [PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in *L'amministrazione di sostegno*, in *Familia. Quaderni*, a cura di Patti, Giuffrè, 2005, 111 ss.], stante la loro eccezionalità [BONILINI, sub art. 411, cit., 470].

Da ciò sorgono i dubbi sull'accettabilità sistematica di quanto stabilito con l'ordinanza in commento. In particolare, le argomentazioni della Corte di Cassazione risultano oscure là dove si afferma che, sulla scorta dell'art. 411 c.c., ne discenderebbe ipso facto un'estensione degli "effetti delle limitazioni imposte che siano previsti ex lege (e quindi anche gli effetti previsti dall'art. 1722 c.c.) sia pure con riferimento ai soli atti espressamente indicati dal Giudice tutelare".

Il principio che gli ermellini vogliono rendere assodato è quello per cui, rispetto a tutti gli atti contemplati nel decreto giudiziale, per i quali serve un qualche intervento dell'amministratore di sostegno, l'eventuale procura già rilasciata dal beneficiario perderebbe automaticamente i suoi effetti, anche in assenza di un'espressa previsione del Giudice Tutelare in merito all'estensione al singolo caso dell'art. 1722, n. 4, c.c. D'altronde, ove il decreto avesse dedicato apposita attenzione agli effetti di tali negozi anteriori, estendendo apertis verbis l'applicazione della norma attinente alle altre due misure giudiziarie, non vi sarebbe stata l'esigenza di un pronunciamento sulla fattispecie oggetto di analisi, potendosi far riferimento al disposto dell'art. 411, ult. comma, c.c.

A tal fine, tuttavia, la Suprema Corte sembra mettere da parte la distinzione tra i tre istituti di protezione offerti dal Codice Civile, forzando un parallelismo tra gli stessi rispetto agli atti oggetto di attenzione nel decreto del Giudice Tutelare, con perimetrazione della capacità del beneficiario. Dalle parole dell'ordinanza – nonché da quanto contenuto nella precedente pronuncia su analoga questione [Cass., ord. 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.] – sembra emergere la convinzione dei giudici a mente della quale, nella misura in cui viene disposta la rappresentanza legale o la necessità dell'assistenza dell'amministratore di sostegno per determinati atti giuridici, si stiano allargando al beneficiario le limitazioni e gli effetti deteriori di legge che, rispettivamente, interessano l'interdetto o l'inabilitato.

A ben vedere, però, nel momento in cui il Giudice Tutelare stabilisce che determinati atti giuridici debbano essere posti in essere dall'amministratore di sostegno o da questi insieme al beneficiario, egli non sta de plano realizzando un'estensione delle disposizioni normative in materia di interdizione o inabilitazione. Vale a dire, il fatto che venga previsto che l'attività giuridica che riguarda il beneficiario debba essere gestita in via sostitutiva o con l'assistenza dell'amministratore non implica che si stia estendendo al beneficiario stesso un "effetto" che tipicamente colpisce l'interdetto o l'inabilitato, ossia la rappresentanza legale o l'imprescindibilità del consenso congiunto.

A onor del vero, non sembra nemmeno che si possa ricavare una vera e propria avversione dell'ordinamento all'eventualità che, intervenuto uno dei fatti di cui all'art. 1722 c.c., vi sia una prosecuzione inalterata dell'incarico (e dei poteri) del mandatario. Prova ne sono il disposto dell'ultimo capoverso della disposizione citata, nonché degli artt. 1723, comma 2, e 1728 c.c. Onde, se ne dovrebbe dedurre che non andrebbe ripudiata con vigore una coesistenza tra amministratore di sostegno e rappresentante volontario. Tant'è che, secondo alcuni, tra i compiti assegnati all'amministratore potrebbe essere compreso anche quello di vigilare sull'attività del mandatario anteriore e di esercitare i diritti del mandante [BONILINI, sub art. 411, cit., 445 ss.; ANELLI, *op. cit.*, 4180, nota 11].

Quanto detto dovrebbe disilludere dal fatto che la mera prescrizione che alcune operazioni non possano essere compiute senza un intervento sostitutivo o assistenziale dell'amministratore sia sufficiente per scalzar via il procuratore precedente.

Sembra più coerente con il sistema, pertanto, ritenere che, in difetto di un ampliamento ai sensi dell'art. 411, ult. comma, c.c. da parte del decreto giudiziale, non possa considerarsi ipso iure applicabile il disposto dell'art. 1722, n. 4, c.c. anche all'amministratore di sostegno; quantomeno seguendo il percorso argomentativo offerto dalla pronuncia in esame.

Si badi bene: non si pretende l'espressa menzione letterale dell'art. 1722, n. 4, c.c., pena lo scivolamento in un vano ed anzi nocivo formalismo [è favorevole ad un'impostazione sostanziale, con riferimento ai rinvii consentiti dall'art. 411, ult. comma, c.c., DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 52]. Quello che si ritiene centrale è un riferimento nel decreto che coordina l'amministrazione di sostegno alla perdita di efficacia della procura esistente, facendo così applicazione della regola che riguarda interdetti e inabilitati. Senza una simile esplicitazione, il negozio rappresentativo andrebbe considerato ancora operativo.

6. Davvero la soluzione della Corte è coerente con il sistema?

A questo punto, al fine di giustificare la caducazione degli effetti della procura anteriore all'apertura dell'amministrazione di sostegno, le alternative sembrano essere due.

La prima, già indicata, passa attraverso la confezione del decreto istitutivo della misura ad opera del Giudice Tutelare. Ove in sede di apertura della stessa l'autorità giudiziaria non si fosse avveduta dell'esistenza della procura, non avesse considerato l'evenienza oppure, malgrado ciò, non avesse ritenuto di estendere l'applicazione al singolo caso dell'art. 1722, n. 4, c.c., residuerebbe in ogni momento la possibilità di modificare il contenuto decreto sulla base delle valutazioni sopravvenute (art. 407, comma 4, c.c.).

Nel quadro di questa impostazione, deve essere escluso ogni approccio metodologico aperto all'interpretazione estensiva del concreto contenuto del provvedimento giudiziale (si pensi al caso in cui, a fronte di più procure rilasciate dal soggetto poi sottoposto ad amministrazione di sostegno, il Giudice Tutelare disattivi l'efficacia di una sola di esse, lasciando impregiudicate le restanti: in una simile ipotesi, non si potrà ricavare un'inefficacia allargata anche ai negozi non interessati dalla statuizione). Le ragioni di tale preclusione si sostanziano tanto nell'esigenza di mantenere quanto più circoscritta l'incapacità del beneficiario, conformemente all'art. 1 della l. n. 6/2004, che esprime, come noto, pure un criterio interpretativo, quanto in vista della tutela dei terzi (sulla quale v. infra) [per un'analisi più generale della problematica, BONILINI, sub art. 411, cit., 470-471].

Diversamente, la seconda – quella che, a ben vedere, al di là delle cautele argomentative impiegate, sembrano aver sposato i giudici di legittimità –, di fronte al vuoto normativo lasciato dal legislatore (ove lo si voglia considerare tale, stante l'esistenza del congegno di cui all'art. 411, comma 4, c.c.), consiste in un'applicazione analogica del disposto dell'art. 1722, n. 4, c.c. al caso del beneficiario di amministrazione di sostegno. Questo comporta, però, di dover ritenere che vi possano essere anche cause di estinzione (del mandato e) degli effetti della procura non tipizzate dal legislatore [sulla tassatività dei casi di estinzione di cui all'art. 1722 c.c., Cass., 27 aprile 2011, n. 9424, in *OneLegale*, e Cass., 10 giugno 2005, n. 12312, in *OneLegale*; in dottrina, ALCARO, sub art. 1722, nel *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei singoli contratti* a cura di Valentino, Utet, 2011, 401], e per di più proprio rispetto ad una fattispecie da interpretare alla luce della “stella polare” che impone la minore restrizione possibile della capacità e, dunque, dell'autodeterminazione del soggetto nella gestione della propria sfera, anche tramite una persona di fiducia.

Per poter confermare la bontà dell'esito a cui è giunta la Corte, però, rimarrebbe da giustificare come, in assenza di un appiglio normativo più preciso, sia ottenibile confinare la perdita di efficacia della procura ai soli atti contemplati nel decreto che governa l'amministrazione di sostegno. È vero che solo rispetto a questi il beneficiario della misura vede limitata la sua capacità di azione giuridica (art. 409 c.c.). Nondimeno, la regola contenuta nell'art. 1722, n. 4, c.c. implica una perdita di efficacia a tuttotondo del negozio rappresentativo. Questo anche per il caso dell'inabilitazione, con la quale l'idoneità dell'inabilitato di realizzare negozi giuridici è ristretta ai soli atti di ordinaria amministrazione.

A ciò si aggiunga l'insidioso problema, innescato da una simile lettura, della tutela dei terzi che entrino in contatto con il rappresentante volontario anteriore. Nelle ipotesi di interdizione e inabilitazione, consultando gli appositi registri di legge, i terzi possono

subito avvedersi della perdita di efficacia delle procure già conferite dalla persona divenuta incapace: infatti, l'art. 1722, n. 4, c.c. ne fa discendere, come regola generale, la disattivazione, senza limiti di sorta, per il solo fatto della sottoposizione alla misura protettiva. Al contrario, nel caso dell'amministrazione di sostegno, essi avrebbero il gravoso onere di consultare il decreto che conforma al singolo caso il meccanismo di protezione (del resto, è questa necessità, che deriva dalla intrinseca natura e dal funzionamento del nuovo istituto, che si ripercuote inevitabilmente, come è noto, sul sistema pubblicitario per esso adottato), dovendo distinguere gli atti per i quali il negozio rappresentativo è tuttora idoneo a fondare i poteri del procurator e quelli per i quali viene richiesto un qualche intervento dell'amministratore di sostegno (oltre ad eventuali autorizzazioni). Il tutto senza dimenticare le difficoltà che possono darsi nell'interpretare la portata dei provvedimenti dei Giudici Tutelari ed il rischio che queste circostanze opache possano far desistere dal contrattare, con potenziali perdite di occasioni e detrimento anche per il beneficiario dell'istituto di protezione.

Nella decisione e nei contributi esistenti sull'argomento, oltre a ciò, per quanto risulta, manca l'esame di un ulteriore profilo che caratterizza la fattispecie di cui agli artt. 404 ss. c.c.

L'amministrazione di sostegno è stata ideata con il proposito di offrire una tutela tendenzialmente temporanea per il beneficiario (al riguardo, l'art. 404 c.c. fa riferimento alla impossibilità anche temporanea di provvedere ai propri interessi; secondo l'art. 405, comma 5, n. 2, c.c., il Giudice Tutelare deve indicare la “[...] durata dell’incarico, che può anche essere a tempo indeterminato”; il comma 6 dell’art. 405 c.c. si occupa, ulteriormente, dell’adozione in via provvisoria della misura). Al contrario, interdizione ed inabilitazione, pur revocabili in ogni momento sulla base delle specifiche circostanze sopravvenute, sono normativamente state costruite, e mantenute dalla riforma del 2004, senza la possibilità di un’operatività a termine.

Alla luce di questo, sorge spontaneo il quesito di che cosa accada agli effetti del negozio rappresentativo qualora l'istituto di protezione venga disposto dal Giudice Tutelare solo in via temporanea. Vi è una perdita automatica ed irreversibile degli stessi per il solo fatto che sia stata aperta l'amministrazione di sostegno? Oppure la procura riprende la sua efficacia una volta scaduto il termine stabilito per l'istituto di protezione, con una sorta di riviviscenza degli effetti? Che poteri vanno riconosciuti al Giudice Tutelare in merito a queste fattispecie?

L'economia di queste pagine non consente di approfondire le questioni accennate, che andrebbero adeguatamente sondate e soppesate al fine di individuare la soluzione ermeneutica preferibile, senza nocimento per l'armonia del sistema.

7. Gli indefiniti spazi di manovra del Giudice Tutelare

L'ordinanza in commento, a ben vedere, tratta anche un altro tema oggetto di discussione, forse meno evidente, ma comunque di notevole rilevanza.

Diversamente da quanto stabilito da alcuni provvedimenti di merito [Trib. Modena, 23 dicembre 2008, cit.], la Corte riconosce implicitamente che il Giudice Tutelare ha la facoltà di attivare l'amministrazione di sostegno nonostante vi sia già qualcuno che, in via negoziale, sia preposto dall'interessato alla cura della propria sfera. Il principio [prima enunciato in Cass., ord. 8 febbraio 2024, n. 3600, cit.] segna la

possibilità dell'autorità giudiziaria di disattivare l'assetto messo in opera dal diretto interessato, facendo prevalere i mezzi di tutela pubblicistici.

L'intervento potrebbe essere davvero pervasivo, dal momento che il Giudice Tutelare potrebbe selezionare quanto il rappresentante volontario può o non può continuare a compiere, smontando l'assetto pianificato dal beneficiario in vista del suo decadimento psicofisico.

Si apre, così, un'ulteriore visuale sui poteri dell'organo giudiziario, il quale non solo "può" decidere se attivare o meno l'istituto di protezione (art. 404 c.c.), ma ha anche la prerogativa di mettere in discussione l'impianto programmato dalla persona non più in grado di gestire i propri interessi.

In passato, è stato correttamente associato che, qualora la persona si trovi in una situazione di decadimento fisico, ma sia ancora in grado di esprimere la propria volontà, non possa farsi luogo all'amministrazione di sostegno, dovendosi lasciar strada agli strumenti extragiudiziali scelti dalla medesima [Trib. Vercelli, 16 ottobre 2015, n. 4899, in *Fam. e dir.*, 2016, 2, 177 ss., con nota di BONILINI, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministrazione di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*].

Ci si chiede, tuttavia, quale sia il limite non oltrepassabile dal Giudice Tutelare nell'eventualità in cui il soggetto non sia più capace dal punto di vista cognitivo, ma abbia già organizzato la sopravvenuta fase di deterioramento designando una persona di fiducia e munendola dei pertinenti poteri rappresentativi. Questo anche tenendo a mente che, secondo la ricostruzione più condivisibile [GIROLAMI, *La procura degli incapaci*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 6, 1396 ss.; EAD., *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de jure condendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 5, 864 ss.], la procura non cessa di produrre i propri effetti per la mera incapacità naturale del rappresentato che sia sopraggiunta.

Senza altro vi saranno dei casi in cui, per inidoneità evidente del procuratore o per altre circostanze (si pensi al caso di cui all'ordinanza in esame), l'intervento dell'organo giudiziario risulterà imprescindibile per proteggere gli interessi della persona. D'altra parte, però, ove la fattispecie concreta non abbia tratti tanto marcati, risulterebbe più difficile giustificare una tanto paternalistica attivazione (o forse un'ingerenza?) dello stesso, in un momento storico in cui è al centro del dibattito la necessità di rispettare l'autodeterminazione e la dignità della persona, anche con l'introduzione di nuovi strumenti di protezione, come il c.d. mandato in vista della futura incapacità [GIROLAMI, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de jure condendo*, cit., 864 ss.; EAD., *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 5, 854 ss.; RUBERTELLI, *Il mandato di protezione e la tutela dei soggetti fragili: un buon esempio da emulare*, in *Notariato*, 2023, 6, 649 ss.].

L'auspicio è che la giurisprudenza di merito si attenga alle direttive prefigurate da alcuni recenti arresti di legittimità [Cass., 27 settembre 2017, n. 22602, cit.; Cass., ord. 31 dicembre 2020, n. 29981, cit.; Cass., ord. 11 luglio 2022, n. 21887, cit.; Cass., ord. 17 gennaio 2024, n. 1782, cit.], con i quali è stata valorizzata la volontà personale ed indicato al Giudice Tutelare di fare un passo indietro qualora, nel caso concreto, il contesto familiare o comunque l'assetto di protezione eventualmente congegnato dalla persona fragile funzionino senza patologie.

Bibliografia essenziale

- ALCARO, sub art. 1722, nel *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei singoli contratti* a cura di Valentino, Utet, 2011, 400
- ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Giuffrè, 4180, nota 11
- BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno* a cura di Bonilini e Chizzini, 2a ed., Cedam, 2007, 273
- BONILINI, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministrazione di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*, in *Fam. e dir.*, 2016, 2, 179
- BONILINI, sub art. 411, in *Codice Civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2018, 443
- CALÒ, *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Giuffrè, 2004
- CALVO, *L'estinzione del mandato*, in *I contratti di collaborazione a cura di Sirena*, nel *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli E., Utet, 2011, 241
- DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 29
- DELLE MONACHE, sub art. 409, in *Commentario breve al Codice Civile Cian-Trabucchi* a cura di Cian M., 16a ed., Cedam, 2024, 474
- FABBRICATORE, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: insoddisfacente l'individuazione degli ambiti applicativi*, in *Giur. it.*, 2009, 136
- GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, 3a ed., Cedam, 2023
- GENOVESE, *Amministrazione di sostegno: la sorte del mandato anteriore*, in *Giur. it.*, 2024, 2300
- GIROLAMI, *La procura degli incapaci*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 6, 1388
- GIROLAMI, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de jure condendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 5, 854
- GIROLAMI, *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 5, 854
- MONOSI e TACCONE, *L'amministrazione di sostegno*, Studio n. 623-2016/C del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato il 14 giugno 2017
- MURITANO e DELL'ANNA, *L'amministrazione di sostegno. Gli atti e le autorizzazioni, in L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza* a cura di Bortoluzzi, Utet, 2005, 143
- MUSTO, *Sulla sorte della procura generale preesistente al provvedimento di nomina di un amministratore di sostegno: il decreto del tribunale di Novara*, 4 agosto 2016, CNN Notizie del 21 ottobre 2016
- OLIVIERO, *Amministrazione di sostegno e familiari*, in *Giur. it.*, 2021, 2336
- PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in *L'amministrazione di sostegno* a cura di Patti, in *Famiglia. Quaderni diretti da Patti*, Giuffrè, 2005, 105
- ROMA, *Sunt certi denique fines (?): la Corte Costituzionale definisce (parzialmente) i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 993
- ROMA, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 281
- RUBERTELLI, *Il mandato di protezione e la tutela dei soggetti fragili: un buon esempio da emulare*, in *Notariato*, 2023, 6, 649
- ZACCARIA A., sub art. 1396, in *Commentario breve al Codice Civile Cian-Trabucchi* a cura di Cian M., Cedam, 2024, 1498