

# Pactum Online

Rivista telematica di diritto dei contratti

[www.rivistapactum.it](http://www.rivistapactum.it)

Rivista semestrale

Luglio - Dicembre 2025

2

## DIREZIONE SCIENTIFICA

Esther Arroyo

Amayuelas

Luigi Balestra

Elena Bargelli

Alberto Maria Benedetti

Alessandro D'Adda

Ugo Salanitro

Claudio Scognamiglio

Stefano Troiano

ISSN 2785-552X

  
**Pacini  
Giuridica**

# Pactum Online

## Direzione

Esther Arroyo Amayuelas; 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; Carlotta De Menech; Giulia Donadio; Francesca Episcopo; Alfio Guido Grasso; Elena Guardigli; Gaetano Guzzardi; Nicoletta Muccioli; Sara Scola.

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli

[ggiacomelli@pacinieditore.it](mailto: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](http://www.pacinieditore.it) • [abbonamenti\\_giuridica@pacinieditore.it](mailto: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 E SAGGI

---

FABIO SIEBENEICHER DE ANDRADE, La nozione di solidarietà nell'opera di Guido Alpa e il suo legame con il diritto privato brasiliano come espressione dell'universalità del suo pensiero	6
FRANCESCA BENATTI, Guido Alpa, comparatista indimenticabile	13
MAURO GRONDONA, Guido Alpa giurista metodologicamente universale	18
FEDERICO DELFINO, Guido Alpa: un maestro e un amico	22
ANDREA D'ANGELO, Ricordo di Guido Alpa e Umberto Breccia	24
VINCENZO ROPPO, Ricordando Guido Alpa (e Umberto Breccia)	28
VIOLA CAPPELLI, Tutela del lavoratore disabile, accomodamenti ragionevoli ed eccezione di inadempimento	31
GUALTIERO MICHELINI, Evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia di codatorialità	37
FRANCESCO MOLINARO, La tutela del lavoratore illegittimamente demansionato	47
ANDREA NICOLUSSI, <b>L'arricchimento ingiustificato nel sistema delle tutele. Per una sussidiarietà in senso positivo</b>	57
FRANCESCO PAOLO PANARIELLO, Le nullità: fattispecie, rilievo officioso e impugnazioni	73
ELISA STRACQUALURSI, La <i>Verwirkung</i> nel diritto del lavoro tra suggestioni dogmatiche e incoerenze sistematiche	85
ELENA BARGELLI, Le restituzioni nei contratti di credito ai consumatori	97
ALFIO GUIDO GRASSO, <b>Sull'imprescrittibilità dell'azione di simulazione: una "verità" da mettere in discussione?</b>	116
ALBERTO MARIA BENEDETTI, Cosa resta dell'"accordo" nel contratto algoritmico?	123
GLORIA GIORGI, <b>Trust e donazione indiretta: la rinuncia all'azione avverso l'atto di dotazione come atto di liberalità</b>	128
DAVIDE MARIA LOCATELLO, Note minime in tema di revocatoria ordinaria degli atti costitutivi di obbligazione	137
FILIPPO MORELLO, Prestito responsabile e nuovi crediti nella direttiva (UE) 2023/2225	150

## SEZIONE II - NOTE

---

### CONTRATTO IN GENERALE

---

LEONARDO CORUCCI, Le Sezioni Unite si pronunciano sul danno da risoluzione per mancato pagamento dei canoni locatizi 163

## **BANCHE INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI**

---

GRETA GRAZIANO, Legittimazione diretta e concorrente nell'assicurazione contro i danni a beneficio dell'acquirente di immobili da costruire 178

FABIANA LEO, Idoneità del mutuo "condizionato" a costituire titolo esecutivo 191

**COMMENTI E SAGGI**

# La nozione di solidarietà nell'opera di Guido Alpa e il suo legame con il diritto privato brasiliano come espressione dell'universalità del suo pensiero \*

di FÁBIO SIEBENEICHER DE ANDRADE

Professore Ordinario di Diritto civile

Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

## ABSTRACT

Questo articolo analizza uno dei punti rilevanti degli studi del professor Guido Alpa, con l'obiettivo di esaminarne l'influenza sul diritto privato brasiliano. Nello specifico, esamina il tema della solidarietà, oggetto di una delle sue ultime opere. Partendo da una concisa analisi del concetto di solidarietà e della sua rilevanza costituzionale nel diritto brasiliano, vengono esaminati due punti specifici relativi allo sviluppo del diritto civile brasiliano contemporaneo. In primo luogo, la questione della previsione legislativa di riduzione della clausola penale. Si tratta di una questione attuale nel diritto civile italiano, discussa dal professor Alpa nella sua opera sulla solidarietà, e che è stata recentemente oggetto di dibattito da parte dei giuristi e della giurisprudenza brasiliana, data l'entrata in vigore della Legge sulla libertà economica. Sebbene questa normativa consenta alle parti la libertà di allocare i rischi contrattuali, la giurisprudenza dei tribunali superiori ha ritenuto che il controllo del limite quantitativo della clausola penale costituisca una questione di ordine pubblico. Il caso è di riduzione d'ufficio. L'articolo esamina infine la questione del diritto reale di abitazione e il recente orientamento giurisprudenziale che ne ha esteso l'applicazione. Il caso in cui è stato concesso il suddetto diritto dimostra un esempio di riconoscimento del concetto di solidarietà nel diritto privato brasiliano. In questo contesto, è possibile intravedere l'universalità del pensiero giuridico del professor Guido Alpa, che esprime la vicinanza e il dialogo tra la cultura giuridica italiana e quella brasiliana.

*This article analyzes one of the relevant points in Professor Guido Alpa's studies, aiming to examine its influence on Brazilian private law. Specifically, it examines the theme of solidarity, the subject of one of his last works. Starting with a concise examination of the notion of solidarity and its constitutional relevance in Brazilian law, two specific points related to the development of contemporary Brazilian civil law are examined. Firstly, the issue of the reduced importance of the penalty clause. This is a current matter in Italian civil law, discussed by Professor Alpa in his work on solidarity, and which has been especially debated by Brazilian legal scholars and jurisprudence recently, given the entry into force of the Economic Freedom Law. Although this legislation allows the parties the freedom to allocate contractual risks, the jurisprudence of the higher courts has held that reviewing the quantitative limit of the penalty clause constitutes a matter of public order. This case concerns an ex officio reduction. Finally, the article examines the matter of the real right of*

\* Intervento tenuto nell'ambito del webinar "Guido Alpa giurista universale", svoltosi il 19 settembre 2025. Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 29.12.2025.

*habitation and the recent jurisprudential orientation that has extended its application. The case in which the aforementioned right was granted demonstrates an instance of recognizing the concept of solidarity within Brazilian private law. In this context, it is possible to glimpse the universality of Professor Guido Alpa's legal thought, which expresses the proximity and dialogue between Italian and Brazilian legal culture.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. Solidarietà: nozione generale – 3. La riduzione automatica della clausola penale e le sue disposizioni nel diritto civile brasiliano – 4. I limiti della clausola penale alla luce delle disposizioni della Legge sulla libertà economica – 5. L'orientamento della giurisprudenza brasiliana: ratifica della visione solidaristica in merito ai limiti della clausola penale – 6. La disciplina del diritto reale di abitazione e la sua estensione da parte della giurisprudenza della Corte superiore di giustizia – 7. Considerazioni conclusive.

1. Tra le caratteristiche che contraddistinguono l'opera del Professor Guido Alpa vi sono, da un lato, la grande profondità dei concetti espressi e, dall'altro, la prolificità della sua produzione. Numerose sono infatti le opere che ha prodotto nel corso della sua intensa attività accademica.

Molti di questi sono strettamente correlati allo sviluppo del diritto privato brasiliano: un esempio lampante sono quelli relativi allo sviluppo del diritto dei consumatori, tema a cui ha dedicato numerosi studi<sup>1</sup>. Il diritto privato brasiliano, infatti, vanta un Codice di Tutela del Consumatore del 1990, un ampio corpus legislativo con oltre cento articoli volti a tutelare i consumatori in vari ambiti, come la pubblicità, la responsabilità per danno da prodotti difettosi e il controllo delle clausole abusive.

In relazione a questo argomento si può citare la sua «Introduzione allo studio critico del diritto privato»<sup>2</sup> in cui esamina diversi punti rilevanti del diritto privato contemporaneo, come ad esempio il ruolo dei principi nell'interpretazione delle norme di diritto privato.

In questo contesto di intensa produzione intellettuale, per soddisfare lo scopo di questo modesto contributo, si è scelto di fare riferimento a una delle ultime opere di Guido Alpa, ovvero il suo libro sul tema della *solidarietà*<sup>3</sup>. Si tratta di un tema attuale che ha interessato giuristi di vari paesi<sup>4</sup>, compresi quelli brasiliani<sup>5</sup>.

2. L'interesse della dottrina giuridica italiana per la questione della solidarietà risiede probabilmente nella sua inclusione nell'articolo 2 della Costituzione italiana del 1948<sup>6</sup>, mentre la rilevanza di tale questione per la dottrina giuridica brasiliana, si trova

<sup>1</sup> ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Il Mulino, 1986; ID., *El Derecho de los consumidores y el "Código del Consumo en la experiencia italiana"*, in *Revista de Derecho Privado*, 2006, 11, 5 ss.

<sup>2</sup> ALPA, *Introduzione allo Studio Critico del Diritto Privato*, Giappichelli, 1994.

<sup>3</sup> ALPA, *Solidarietà – Un principio normativo*, Il Mulino, 2022.

<sup>4</sup> STOLLEIS, *Wer Solidarität sagt, will etwas haben*, in *Rechtsgeschichte*, 2004, 5, 49 ss.; SUPLOT, *Sur le principe de solidarité*, in *Rechtsgeschichte*, 2005, 6, 66 ss.; JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, diretto da Goubeaux e Ghestin, LGDJ Éditions, 2001, 441; MAZEUAD, *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle*, in *L'avenir du droit – Mélanges em hommage à François Terré*, Dalloz – Presses Universitaires de France Editions du Juris-classeur, 1999, 603 ss.; COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Lexis-Nexis Litec, 2006, 247 ss.

<sup>5</sup> DE MORAES, *O princípio da solidariedade*, in *Os princípios da Constituição de 1988*, a cura di Peixinho, Guerra e Nascimento Filho, Lumen Juris, 2001, 167 ss.; WALD, *O Novo Código Civil e o solidarismo contratual*, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 2003, 21, 38.

<sup>6</sup> «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

**nella disposizione dell'articolo 3 della Costituzione federale del 1988: il punto I di questo articolo afferma infatti che costruire una società libera, giusta e solidale rappresenta uno degli obiettivi della Repubblica federativa del Brasile.**

**Nel testo del professor Alpa dedicato all'argomento, il significato che egli intende attribuire al tema scelto è evidenziato fin dal titolo stesso: la solidarietà non è semplicemente un principio valoriale di rilevanza filosofica e morale. Essa è piuttosto un principio normativo, prescrittivo, applicabile al raggiungimento di obiettivi sociali<sup>7</sup>.**

**Qui si osserva una sostanziale distinzione rispetto all'approccio adottato in precedenti lavori svolti da studiosi italiani: se si esamina, infatti, solo il titolo del libro dedicato da Stefano Rodotà alla solidarietà<sup>8</sup>, si nota che quest'autore lo qualifica come un'«utopia necessaria». Già a una prima analisi, si osserva che i lavori più recenti di Alpa propugnano invece un effettivo vincolo della solidarietà all'interno di un preciso quadro giuridico.**

Non è scopo di questo breve contributo affrontare tutte le questioni relative al tema **della solidarietà, che, come sottolineato, è stato oggetto di discussione nell'ambito della dottrina generale.** In sostanza, questo testo si propone preliminarmente di affermare che la valorizzazione della solidarietà comporta difficoltà, come la necessità di inquadrarla concettualmente, distinguendola da altri concetti, come quello di fraternità<sup>9</sup>.

Il fatto è che, mentre questo concetto, nella sua origine, richiede un legame tra le parti, basato su un vincolo comune<sup>10</sup>, la nozione di solidarietà privilegia la percezione sociologica della collaborazione tra i diversi attori della relazione sociale, senza necessariamente implicare una precipua relazione tra loro<sup>11</sup>. Questa neutralità tecnica della nozione di solidarietà, derivante dal diritto delle obbligazioni, spiega **probabilmente la sua ascesa nell'ambito delle idee giuridiche a scapito della fraternità. In sostanza, la solidarietà, quindi, contempla l'espressione di una nozione di cooperazione, in cui l'obiettivo è conciliare gli interessi individuali con gli interessi comuni.**

Questa visione ha una chiara influenza sulla teoria contrattuale: un contratto può **essere concepito come un'unione di interessi, in cui ciascuna parte contraente deve prevedere interessi reciproci<sup>12</sup>.**

In questo contesto, il presente lavoro seleziona due temi del diritto privato **brasiliano in cui è possibile verificare il concetto di solidarietà, collegandolo all'opera del professor Alpa, al fine di dimostrare, ancora una volta, l'attualità del suo pensiero e la sua pertinenza in relazione alle questioni contemporanee del diritto contrattuale.**

**3. Uno dei temi trattati nel lavoro del professor Guido Alpa riguarda la riduzione automatica delle clausole penali, disciplinata dall'art. 1384 del Codice civile (altresì**

<sup>7</sup> ALPA, *Solidarietà – Un principio normativo*, cit., 11.

<sup>8</sup> RODOTÀ, *Solidarietà – Un'utopia necessaria*, Edizioni Laterza, 2014, 1.

<sup>9</sup> SUPLOT, *Sur le principe de solidarité*, cit., 66 ss.

<sup>10</sup> Su questo tema nel diritto brasiliano: DA FONSECA, *O Princípio constitucional da fraternidade – seu resgate no sistema da justiça*, D'Plácido, 2019.

<sup>11</sup> KAUFMANN, *Sozialstaatliche Solidarität und Unverteilung im internationalen Wettbewerb, in Transnationale Solidarität, Chancen und Grenzen*, a cura di Beckert, Eckert, Kohli e Streeck, Campus Verlag, 2004, 55.

<sup>12</sup> Vedi ad esempio LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, LGDJ Éditions, 2021, 110.

oggetto di pronunce da parte della Corte di Cassazione) in cui si evidenzia l'invocazione del principio di solidarietà nel diritto civile italiano<sup>13</sup>.

Vale la pena ricordare che la questione dei limiti della clausola penale è regolata anche dal diritto civile brasiliano. In primo luogo, l'articolo 412 del Codice civile brasiliano stabilisce che l'importo della sanzione imposta nella clausola penale non può eccedere quello dell'obbligazione principale. Si tratta di un limite che deve essere rispettato dalle parti contraenti.

In secondo luogo, l'articolo 413 gioca un ruolo importante in questa materia. Tale articolo stabilisce che «la penale deve essere equitativamente ridotta dal giudice se l'obbligazione principale è stata parzialmente adempiuta, ovvero se l'entità della penale è manifestamente eccessiva, tenuto conto della natura e dello scopo dell'operazione».

Il problema dei limiti della clausola penale era già presente nel Codice civile del 1916: la correlazione tra obbligazione principale e clausola penale era già affrontata nell'art. 920. Tuttavia, occorre rilevare che, ai tempi del Codice civile del 1916, secondo l'art. 924, la riduzione della clausola era rimessa alla discrezionalità del giudice in caso di parziale adempimento dell'obbligazione.

Si è quindi verificato un cambiamento sostanziale nel contenuto dell'articolo 413 del Codice civile brasiliano: ora spetta al giudice ridurre la clausola penale, sia in caso di adempimento parziale, sia in caso di evidente eccedenza del valore pattuito, tenendo conto della natura e dello scopo dell'operazione<sup>14</sup>.

4. Il tema ha acquisito nuova importanza alla luce delle disposizioni inserite nello stesso Codice dalla Legge sulla libertà economica, Legge n. 13.874 del 20 settembre 2019. Infatti, una delle principali modifiche apportate dalla Legge sulla libertà economica è la disposizione del comma 2 dell'articolo 113, che garantisce alle parti la libertà di concordare regole per l'interpretazione, la colmatatura delle lacune e l'integrazione dei negozi giuridici che differiscono da quelli previsti dalla legge<sup>15</sup>.

Inoltre, la Legge sulla libertà economica ha inserito l'articolo 421-A nel Codice civile. Il comma 2 di questo articolo dispone che sia rispettata l'allocatione dei rischi pattuita dalle parti nel contratto. In tal senso, viene rafforzata l'autonomia delle parti. Le parti sono infatti autorizzate a individuare quali punti del rapporto contrattuale – a cui saranno soggette – presentino particolare incertezza e a decidere in merito, stabilendo quale delle parti contraenti sopporterà le conseguenze del loro verificarsi<sup>16</sup>. Un esempio derivante dalla recente prassi contrattuale è la clausola inclusa nel contratto di locazione che stabilisce, in caso di sfratto, che sia l'inquilino ad assumersi l'onere delle spese sostenute dal locatore con il proprio avvocato.

Accanto a questa circostanza, è necessario sottolineare che la stessa Legge sulla Libertà Economica ha modificato il sistema unitario stabilito dal codificatore: nella

<sup>13</sup> ALPA, *Solidarietà – Un principio normativo*, cit., 243.

<sup>14</sup> Va notato che le disposizioni del diritto civile brasiliano differiscono da quelle del diritto francese, la cui disposizione, contenuta nell'articolo 1231-5, comma 2, del Codice civile, stabilisce il potere del giudice non solo di ridurre una clausola penale eccessivamente onerosa, ma anche di aumentare la sanzione quando ne venga accertata la moderazione. Per quanto riguarda il diritto tedesco, che affronta la questione nell'articolo 343 del BGB, la differenza risiede nel fatto che la richiesta di riduzione richiede l'iniziativa del debitore.

<sup>15</sup> Sul tema si veda, ad esempio, GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Giappichelli, 2011, 195 ss.

<sup>16</sup> Cfr., ad esempio, LEDUC, *Risques*, in *Dictionnaire du contrat*, diretto da Mazeaud, Boffa e Blanc, LGDJ Éditions, 2018, 983 ss.; LACASSE, *L'évaluation et la gestion du risque de défaut de paiement dans les contrats internationaux*, in *Revue générale de droit*, 1989, 20, 451 ss.; MAIA, *Crítérios para alocação dos riscos de evicção de direito nos contratos imobiliários*, in *Revista Brasileira de Direito Civil*, 2022, 31, 99 ss.

versione originaria del Codice civile del 2002, i principi e le disposizioni contrattuali erano destinati a un unico modello contrattuale, prescindendo dalla differenziazione tra contratti civili e contratti commerciali<sup>17</sup>. Inoltre, lo stesso precetto presumeva, fino a **prova contraria, l'uguaglianza e la simmetria di queste due tipologie contrattuali**<sup>18</sup> – fino alla presenza di elementi concreti che giustifichino la deroga a tale presunzione.

**Pertanto, questa nuova configurazione, a partire dall'articolo 421-A**, implica, da un lato, l'abbandono della visione unitaria originariamente stabilita dal codificatore del 2002, che ha abrogato il Codice di commercio del 1850<sup>19</sup>; dall'altro, si manifesta l'inequivocabile volontà di ribadire l'autonomia della volontà delle parti, aspetto, questo, che può essere rilevante in materia di clausola penale e dei limiti indicati nel Codice civile in merito alla sua stipulazione.

**5. La questione che si pone è se tale ultimo orientamento implichi l'inapplicabilità** delle disposizioni dell'articolo 413 del Codice civile ai contratti civili e commerciali, data la pretesa della parte secondo cui il valore accertato deriva dalla volontà di «allocazione del rischio» delle parti contraenti.

A questo proposito, un'analisi dei più recenti orientamenti della Corte Superiore di Giustizia (Superior Tribunal de Justiça) – il tribunale brasiliano equivalente alla Corte di Cassazione italiana – porta a una risposta negativa. In una sentenza successiva all'emanazione della citata Legge sulla Libertà Economica<sup>20</sup>, essa ha esplicitamente affermato che «la riduzione della clausola penale è una norma imperativa di ordine pubblico». Tuttavia, ha altresì affermato che «è dovere del giudice e diritto del debitore applicare i principi della funzione sociale del contratto, della buona fede oggettiva e dell'equilibrio economico tra le prestazioni». Questi «coesistono armoniosamente con l'autonomia della volontà e il principio *pacta sunt servanda*».

Va notato che la Corte superiore di giustizia ha ribadito la sua posizione secondo cui la riduzione della clausola penale è una questione di ordine pubblico in una sentenza emessa il 3 settembre 2024<sup>21</sup>. **Si tratta, quindi, di un'ulteriore decisione emessa ai sensi della Legge sulla libertà economica**, che riafferma il dovere del giudice di agire in merito.

La conclusione che si può trarre è che la nozione di allocazione del rischio non consente di togliere valore normativo a un espresso precetto del Codice civile, il cui obiettivo è quello di evitare squilibri nel sinallagma contrattuale e di preservare il principio di proporzionalità.

**Si può pertanto constatare la conferma di quanto previsto dall'art. 413 del Codice civile: è dovere del giudice ridurre la clausola penale al fine di preservare la proporzionalità e l'equilibrio del rapporto contrattuale, impedendo l'irrogazione di una penale eccessiva. Tale condotta corrisponde alla concretizzazione dell'applicazione**

<sup>17</sup> Sebbene l'argomento possa essere considerato principalmente teorico, ha certamente rilevanza pratica, nella misura in cui solleva la questione se l'attuazione del principio di buona fede, ad esempio, debba essere ponderata in relazione ai contratti commerciali. Su questo argomento, si veda LUPION, *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

<sup>18</sup> Per un'analisi della nozione di contratto asimmetrico adottata dal Codice civile brasiliano è opportuno soffermarsi sull'analisi effettuata nell'ambito della dottrina italiana. Sul tema si veda, ad esempio, BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Giuffrè, 2007, 370 ss.

<sup>19</sup> Sul rapporto tra il codice commerciale e il codice civile si veda DE ANDRADE, *Da Codificação*, Livraria do Advogado, 1997.

<sup>20</sup> Superior Tribunal de Justiça, *Recurso especial* n. 1.898.738-SP, 3a Turma, 23 marzo 2021.

<sup>21</sup> Superior Tribunal de Justiça, *Recurso especial* n. 2042706-SP, 3a Turma, 03 settembre 2024.

solidale di un rapporto obbligatorio, come auspicato nell'opera in materia di Guido Alpa<sup>22</sup>.

**6. Il Codice civile brasiliano, all'articolo 1831, contempla un caso di diritto reale di abitazione *ex lege*. Di fatto, stabilisce a favore del coniuge superstite, indipendentemente dal regime patrimoniale tra coniugi, il diritto di continuare a risiedere nell'immobile destinato alla famiglia, purché si tratti dell'unico bene di tale natura nel patrimonio del defunto. Tale diritto non comporta una riduzione della quota ereditaria spettante al coniuge superstite.**

Sebbene il beneficiario scelto dalla legge brasiliana sia il coniuge superstite, in una recente decisione (15 ottobre 2025), la Corte Superiore di Giustizia ha esteso questo diritto al figlio del defunto che risiedeva con lui/lei<sup>23</sup>.

Il caso riguardava la situazione di un figlio con gravi problemi di salute, che era sotto tutela e viveva con il padre nella residenza di quest'ultimo. Alla morte del padre, la *defensoria pública* ha intentato una causa per conto del figlio per garantirgli la permanenza nella residenza, tutelando il suo diritto all'alloggio.

Sebbene vi fossero altri eredi, la Corte Superiore di Giustizia, nella suddetta decisione, ha ritenuto che questi eredi fossero adulti ed economicamente indipendenti, motivo per cui ha dato priorità alla necessità di proteggere la persona vulnerabile<sup>24</sup>.

**Nella sentenza si afferma che la questione necessita di un'interpretazione ampia, tale da accogliere la richiesta avanzata dalla *defensoria pública* di riconoscere il diritto all'alloggio al figlio che già risiedeva nell'immobile.**

È vero che la decisione non invoca direttamente la solidarietà come motivo decisionale. Basa il suo esito principalmente sul diritto all'alloggio, previsto dall'articolo 6 della Costituzione federale brasiliana.

**In questo contesto, tuttavia, il caso sopra descritto illustra un'applicazione della solidarietà nell'ambito dei diritti reali immobiliari e del diritto successorio nel diritto civile brasiliano.** Pur in presenza di più eredi, a un unico fratello è stato concesso il diritto di abitazione, in modo da poter rimanere nella proprietà in cui viveva con il padre defunto. Gli altri dovranno sostenere le spese processuali. Questa fattispecie, che in dottrina è definita come una situazione di cooperazione istituzionalizzata<sup>25</sup>, contribuisce a preservare la dignità del figlio vulnerabile.

**In sostanza, anche in questo caso, è evidente l'applicazione della nozione di solidarietà, proprio come tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto privato, punto sostenuto anche da Guida Alpa nell'opera qui citata<sup>26</sup> e che è stato oggetto di ampia discussione dottrinale<sup>27</sup>.**

**7.** Nel concludere il suo lavoro sulla solidarietà, Guido Alpa la definì un concetto aperto, suscettibile di essere valorizzato dalla cultura giuridica. Allo stesso tempo,

<sup>22</sup> ALPA, *Solidarietà – Un principio normativo*, cit., 236.

<sup>23</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n. 2212991-AL, 3a Turma, 15 ottobre 2025.

<sup>24</sup> Il tema era già stato oggetto di riferimento dottrinale: BOZZI TONETTO FONTANA, *A possibilidade do direito real de habitação para pessoas em situação de vulnerabilidade em razão de deficiência e idade*, in *Revista IBDFAM: família e sucessões*, 2020, 39 ss.

<sup>25</sup> LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, cit., 121.

<sup>26</sup> ALPA, *Solidarietà – Un principio normativo*, cit., 257.

<sup>27</sup> Cfr. COLLINS, *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Intersentia, 2018.

afferma che si trattava di un concetto giuridico imperativo, al quale il giurista non poteva sottrarsi.

**In questo contesto, l'obiettivo era dimostrare l'esattezza di questa premessa,** evidenziando questioni contemporanee nel diritto privato brasiliano, dove la questione della solidarietà è stata oggetto di concretizzazione sia attraverso la legislazione, sia mediante la giurisprudenza.

È quindi evidente che il pensiero di Guida Alpa, pur esprimendo la ricchezza della cultura giuridica italiana e la sua straordinaria forza intellettuale, raggiunge una dimensione illimitata, servendo ad esaminare questioni giuridiche di carattere universale, come dimostrano i casi qui trattati nel diritto civile brasiliano.

# Guido Alpa, comparatista indimenticabile \*

di **FRANCESCA BENATTI**

Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato  
Università Cattolica del Sacro Cuore

## ABSTRACT

Il saggio esamina il contributo alla comparazione giuridica di Guido Alpa, soffermandosi sul suo metodo e sulla sua visione del diritto come strumento di tutela della persona.

*This essay examines Guido Alpa's contribution to comparative law, focusing on his methodology and his vision of law as an instrument for the protection of the person.*

**SOMMARIO:** 1. La fiducia nella comparazione; – 2. Una visione globale e sempre moderna; – 3. Un diritto "umano".

1. Non è mai facile ricordare un giurista a pochi mesi dalla sua scomparsa. Manca, infatti, quella distanza necessaria tanto temporale per poter comprendere appieno il suo ruolo nella storia delle idee, come emotiva perché qualsiasi tentativo di oggettività del ritratto si scontra con la malinconia dei grati ricordi. Con Guido Alpa si chiude una stagione del diritto civile, che lo ha visto protagonista, ma anche una fase della vita accademica di chi, come me, si è formato, studente e poi dottorando, negli anni 2000. Guido Alpa è stato un punto di riferimento costante: giurista, avvocato, uomo delle istituzioni. Riusciva ad essere, infatti, presente nella vita accademica e scientifica: non era facile trovare un tema su cui non avesse scritto, aprire le riviste e non leggere un suo saggio. Allo stesso tempo è stato avvocato e arbitro di livello e ha guidato a lungo il CNF, cercando di tutelare una professione della quale intravedeva i primi segnali di crisi. In Guido Alpa i diversi ruoli si fondevano in modo armonico. Era un giurista poliedrico e **completo, pratico e teorico, sensibile alle esigenze dell'individuo e della società.**

Molti hanno ricordato il Guido Alpa civilista. Mi sia, dunque, consentito di spendere alcune parole sul Guido Alpa comparatista. È stato, infatti, capace di unire le due figure come a quasi nessuno è riuscito. Non stupisce, dunque, come, ancora giovanissimo, **avesse attirato la stima e l'attenzione di Rodolfo Sacco, geniale civilista,** che ha fondato, poi, il diritto comparato italiano.

**Guido Alpa è stato il nostro civilista più conosciuto all'estero. Sue citazioni si** ritrovano ovunque nei libri asiatici, europei, americani. I suoi saggi sono stati tradotti in molte lingue. Aveva lo sguardo rivolto verso il mondo: è stato, infatti, un giurista globale,

\* **Intervento tenuto nell'ambito del webinar "Guido Alpa giurista universale", svoltosi il 19 settembre 2025.** Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 29.12.2025.

che ha superato le frontiere e ha saputo parlare a studiosi appartenenti a tradizioni diverse.

**D'altra parte, alla funzione della comparazione, Guido Alpa credeva profondamente. Nella sua recensione al libro di Markesinis, condividendone la prospettiva osserva infatti che: “Ora più che mai abbiamo bisogno di viaggiare, di aprire gli occhi, di comprendere nuove situazioni e nuovi modi di pensare. Il diritto comparato deve raccogliere la sfida della globalizzazione, il peso dell'uropeizzazione che grava sulle istituzioni e sulle leggi che le regolano e che regolano i cittadini europei. Non basta distillare concetti preziosi, il cui unico scopo è quello di soddisfare il loro creatore e di deliziare altri creatori di altri concetti, che lavorano nella stessa atmosfera rarefatta. Il diritto comparato non deve essere un gioco da praticare nei musei accademici: ha una precisa funzione sociale. Deve vivere nello stesso mondo dei parlamentari, dei legislatori, dei professionisti del diritto, dei loro clienti e soprattutto della magistratura, che deve compiere delle scelte e deve essere aiutata, orientata e anticipata in queste scelte esaminando ciò che accade in altre situazioni”<sup>1</sup>.**

Sono varie le ragioni che hanno determinato la circolazione e la diffusione degli scritti di Guido Alpa e il suo riconoscimento internazionale. Innanzitutto, hanno influito le doti umane. Guido Alpa era affettuoso nelle relazioni, disponibile, aperto al dialogo, **sempre attento all'interlocutore. Sono molti gli amici di paesi stranieri che hanno beneficiato del suo appoggio, magari avendolo come co-tutor di dottorato, o che hanno avuto l'opportunità, ancora studiosi acerbi, di tradurre i suoi scritti. Non faceva differenze, infatti, tra l'esperto rinomato e il giovane che iniziava a muovere i primi passi.** È stato un Maestro nel senso più nobile della parola anche per coloro che non erano suoi allievi.

2. La natura e la pluralità dei temi trattati sono state, inoltre, determinanti. Forse nessun giurista, come Guido Alpa, ha scritto su tutto, con accenti e tecniche differenti. **Non c'era un argomento che non lo interessasse. Era capace di cogliere le diverse sfumature del diritto in una realtà in continua evoluzione. Era innovativo nella scelta delle questioni da affrontare. È stato tra i fondatori del diritto dei consumatori in Italia, da un lato anticipandone i futuri sviluppi, dall'altro consolidandone l'applicazione.**

**Degli istituti percepiva e tracciava con chiarezza l'evoluzione. Si veda ad esempio la riflessione contenuta nel volume il Contratto nel Trattato Cicu-Messineo: “Alla teoria classica dapprima si affianca e poi si sostituisce la teoria normativa del contratto, che rivede criticamente i dogmi, dissocia il contratto dal negozio giuridico, storicizza il concetto di negozio giuridico, ricostruisce la disciplina del contratto muovendo non dal codice civile, ma dai principi costituzionali e dalle altre fonti dell'ordinamento, accoglie una concezione di contratto non monolitica, ma modulata a seconda dello status delle parti, e finalmente colloca l'istituto nella cornice europea. È un lungo processo che dura più di mezzo secolo e arriva fino alle soglie del nuovo millennio. Il nuovo millennio – come si vedrà – avvia una fase di revisione delle categorie giuridiche e il contratto perde la sua funzione di categoria ordinante, come già l'aveva persa il negozio giuridico. Accanto alla teoria normativa si affianca, ma non si sovrappone ad essa, né la soppianta, la teoria critica, che legittima diversi indirizzi metodologici, procede nell'opera di “decostruzione” dell'istituto, ne individua gli aspetti sociologici, antropologici,**

<sup>1</sup> ALPA, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, in *International and Comparative L. Quart.*, 2006, 55, 489.

economici, pragmatici e li riconduce alla tavola dei valori contenuti nella **Carta costituzionale e nella Carta europea dei diritti fondamentali**<sup>2</sup>. Tale **lucidità nell'analisi** del fenomeno giuridico gli ha consentito di esaminare anche figure e istituti stranieri con rigore e acutezza. Vorrei riferirmi, in particolare, al volume sul Contratto inglese, che pur con le necessarie integrazioni dovute al passare del tempo, rimane un supporto imprescindibile nelle lezioni di Diritto comparato<sup>3</sup>. Si tratta di un classico.

La medesima considerazione può essere svolta con riguardo ai suoi contributi in **materia di responsabilità civile, nei quali ha mostrato l'evolversi dell'istituto e delle sue funzioni** di fronte ai mutamenti del contesto. Ha avvertito la rilevanza degli stimoli culturali, provenienti soprattutto dagli Stati Uniti, senza atteggiamenti di inutile chiusura o facile entusiasmo, come dimostrano le sue analisi in tema di risarcimento del danno o di nuove tecnologie. Ha disegnato, insomma, una responsabilità civile globale con scopi anche regolatori e sociali, articolata nel tentativo di adeguarsi alle peculiarità dei differenti settori, ma fedele ad un principio costante: la tutela della persona.

Nelle sue analisi sugli istituti si intrecciano, dunque, capacità, tecnica, analisi comparatistica, storica e di teoria generale. Il volume sui principi generali, recentemente aggiornato<sup>4</sup>, che aveva anche pubblicato come articolo in inglese, è un piccolo gioiello. Guido Alpa, infatti, sviluppa un tema complesso meditato da filosofi, storici, giuristi, con **la consueta limpidezza e profondità. L'analisi teorica mantiene un costante riferimento** alla vita concreta del diritto, che la rende utile anche agli operatori pratici. Tale profilo è fondamentale in un momento nel quale i principi sono utilizzati in modo disordinato e confuso. Come sottolinea Guido Alpa, nel rilevare la loro polifunzionalità, **“non è possibile identificare una volta per tutte tutti i principi, così come non è possibile catalogarli una volta per tutte, allo stesso modo non è possibile elencare tutte le funzioni che i principi svolgono; e non è stato detto che tali funzioni siano svolte contemporaneamente. In ogni caso, i principi appaiono come un fattore che non può essere eliminato nell'arte e nel processo di creazione delle norme e di interpretazione delle stesse; o, il che equivale alla stessa cosa, sono strumenti indispensabili nell'evoluzione dei diritti”**<sup>5</sup>.

Proprio tale visione globale, unitamente al senso storico e alla conoscenza della **teoria generale, ha reso Guido Alpa un grande civilista, confermando l'osservazione di Rodolfo Sacco**, secondo il quale sono spesso i comparatisti gli studiosi che hanno una migliore consapevolezza del proprio diritto nazionale. In tale prospettiva, va sottolineato come Guido Alpa non abbia mai sottovalutato il diritto italiano, del quale ha sempre **enfaticamente sottolineato la rilevanza: “La nostra cultura giuridica non è affatto provinciale: ha un'autentica vocazione europea, è sempre stata curiosa di apprendere dalle esperienze straniere, e non si è preoccupata soverchiamente di coltivare i «caratteri originali» del modello italiano, a differenza di quanto accade all'estero ove l'orgoglio nazionale si spinge a ignorare gli eventi d'oltre confine. La storia nazionale si deve estendere quindi**

<sup>2</sup> ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 2014, 37.

<sup>3</sup> ALPA e DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, 3<sup>a</sup> ed., Cedam, 2005.

<sup>4</sup> ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2023.

<sup>5</sup> ALPA, *General principles of law*, in *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, 1994, 37.

alla storia della cultura giuridica europea, atteso che proprio il diritto civile ha svolto un **ruolo determinante nella formazione della cultura giuridica europea**<sup>6</sup>.

La sua esperienza di grande civilista si riscontra con riguardo a due profili. Innanzitutto, nella elaborazione del diritto europeo, del quale è stato tra i maggiori esponenti, ha sempre tenuto presente la tradizione, la giurisprudenza, il dato normativo dei diversi sistemi, soprattutto quello italiano. Le sue soluzioni sono sempre state meditate, mai il risultato di invenzioni o tentativi di stupire. In tale aspetto, ha probabilmente influito anche la sua esperienza pratica. Il medesimo sforzo di concettualizzare categorie straniere emerge, inoltre, nel suo esame del diritto del commercio internazionale, del quale è stato profondo conoscitore. Di fronte a istituti che originano dalla prassi, spesso recepiti da normative di *soft law*, ha tentato un inquadramento che li rendesse compatibili con il sistema italiano, senza stravolgerne la natura. Meglio di altri giuristi, Guido Alpa è stato così costruttore di un diritto che non rinnegasse la sua funzione pratica e non perdesse i suoi slanci teorici.

Infine, i suoi scritti si sono sempre contraddistinti per uno stile chiaro, preciso, lucido, senza superficialità. Si leggono agevolmente e con piacere, ricavandone sempre informazioni e spunti di riflessione. Tale modalità espressiva ne consente una fruibilità generale e ne favorisce la diffusione. Guido Alpa aveva compreso perfettamente la **funzione del saggio. Come osserva Baechler nelle origini del capitalismo: “Scrivere un saggio significa prendere un problema specifico e tentare di risolverlo partendo da un’ipotesi che viene spinta fino alle sue estreme conseguenze. Sfumature ed esitazioni non sono ammesse: bisogna fare come se si fosse certi di sapere”**<sup>7</sup>. Ma questo stile è mantenuto anche nelle opere più complesse.

Molto spesso i giuristi sono legati ad un tema, ad una metodologia, ad una particolare visione. Sarebbe difficile individuarne uno specifico per Guido Alpa che si è confrontato con ogni argomento e metodo nelle diverse fasi della sua carriera. Direi, piuttosto, che Guido Alpa ha rappresentato pienamente la sua epoca e può essere considerato uno dei giuristi essenziali per capire il passaggio dalla fine del millennio ad oggi.

Non è stato il giurista di un tema, è stato il giurista di un periodo, capace di raccogliere in sé la tradizione passata e di sviluppare i fremiti, le tensioni, i risultati del nuovo periodo. Sarebbe, infatti, sbagliato considerarlo una figura di transizione in quanto i suoi contributi rivelano lo sforzo di edificare un diritto più adeguato alla complessità attuale e più attento ai bisogni della persona.

**3. Nella sua sterminata produzione, mi pare, pertanto, che “Il diritto di essere se stessi” possa essere considerato il suo testamento spirituale. Benché non sia stato il suo ultimo scritto, permette di cogliere sia il suo metodo sia la sua visione. Nel tentativo di definire l’identità, soffermandosi sugli sforzi e le battaglie non ancora concluse contro le discriminazioni, Guido Alpa rivela la sua cultura penetrante, senza inutile sfoggio di erudizione, permeata dagli studi di teoria generale, diritto civile, costituzionale e comparato. I riferimenti al modello europeo e a quello statunitense sono, infatti, puntuali ed efficaci.**

In particolare, però, Guido Alpa affronta, con la delicatezza che gli era naturale, uno dei temi centrali, non solo giuridici, della vita: chi siamo? Chi è la persona? Sono

<sup>6</sup> ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Il Mulino, 2018, 19.

<sup>7</sup> BAECHLER, *Le origini del capitalismo*, IBL Libri, 2015, 29.

interrogativi tormentosi che tutti si pongono, ai quali spesso non si riesce neppure a dare una risposta definitiva. E ciò è ancora più evidente in una realtà come quella attuale dove i ruoli e gli schemi tradizionali sono entrati in crisi, le identità appaiono multiple e fluide, **la libertà di autodefinirsi, anche con l'aiuto della tecnica, sembra a volte assoluta a volte limitata. È l'età delle incertezze. D'altra parte, anticipando i tempi, Pirandello aveva già** notato come siamo uno, nessuno, centomila. Guido Alpa non aveva quella fede che consente di rispondere alla domanda con la convinzione di chi crede, seppure con gli ineliminabili dubbi, nella persona come *imago dei*.

**Nel libro *traspare, però, una fede diversa e profonda nell'uomo e nel diritto* come strumento per migliorare la società, pur nella consapevolezza dei loro limiti. Costata, infatti, che “Se per altre scienze ci si chiede se possiamo liberarci dell'identità, questa domanda non ha senso per il diritto. La risposta sul piano giuridico è negativa. Fintanto che una società è costruita sui ruoli – e non potrebbe essere diversamente – l'uomo è destinato ad essere la *persona* di cui parlava Gaio, e ad essere identificato nelle tre forme che si sono descritte: per quel che sente di essere, per quel che vuole apparire, per quel che la società gli impone di essere. [...] Di qui la necessità di difendere i diritti fondamentali. [L'identità] È un laboratorio per i giuristi, che di volta in volta, a seconda delle finalità perseguite, la utilizzano per discriminare oppure per tutelare l'individuo. In fin dei conti, l'identità non è una fotografia o un punto di arrivo: l'identità è uno strumento, che di volta in volta può assolvere ad una funzione liberatoria o persecutoria: il livello di civiltà di una società è dato dalla misura con cui è in grado di assicurare a ciascuno il *diritto di essere se stessi*”<sup>8</sup>. Ne consegue che Guido Alpa non solo non rifiutasse una visione “politica” del diritto, ma la considerasse naturale, come si nota nei lavori sul giudice, sulla interpretazione, sulla solidarietà.**

Soprattutto, però, Guido Alpa è stata una figura dal grande spessore umano, generoso, modesto, sorridente in una accademia che si caratterizza per immotivate grandi arroganze e piccole meschinità. Condivido la riflessione di Sergio Carbone che, ricordandolo magnificamente a Genova, ha notato come Guido abbia voluto bene e abbia dato bene a tutti coloro che ha frequentato a prescindere da quanto gli altri abbiano fatto nei suoi confronti. Ha dato forse più di quanto ha probabilmente ricevuto dal nostro mondo. Vi è, però, il conforto di sapere che Guido è un giurista indimenticabile per chi ha avuto la fortuna di incontrarlo e, ne sono convinta, per coloro che un domani potranno solo conoscerlo dai suoi scritti, che trasmettono la sua umanità, curiosità, e intelligenza.

<sup>8</sup> ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, La nave di Teseo, 2021, 297-298.

# Guido Alpa giurista metodologicamente universale \*

di **MAURO GRONDONA**

Professore ordinario di Diritto privato  
Università degli Studi di Genova

Io desidero in primo luogo esprimere il mio ringraziamento a ‘Pactum on line’, che ospita alcuni degli interventi che sono stati pensati e svolti per l’iniziativa dell’amico e collega Fábio de Andrade, il quale ci ha proposto (e noi abbiamo subito entusiasticamente aderito) di ricordare Guido Alpa in chiave sovranazionale (e soprattutto latinoamericana). E del resto tutti sappiamo benissimo quanto forte fosse la sensibilità comparatistica di Guido Alpa.

Ora, poiché un titolo è necessario, se devo sceglierne uno, nella generale prospettiva del nostro seminario, potrei dire così: **‘Guido Alpa, ovvero un giurista metodologicamente universale’**.

Dico allora subito qualche parola sul senso dell’aggettivo universale e su come questo aggettivo possa essere declinato rispetto a Guido Alpa giurista.

Si tratta di una universalità che esprime una portata e una rilevanza soprattutto metodologiche. Per una ragione molto semplice. L’universalità di Alpa non si riferisce, perché non può a essa riferirsi, a una influenza giuridica universale, che sarebbe non solo inconcepibile ma del tutto assurda.

**L’universalità di Alpa si riferisce a un metodo giuridico, che è universale nel senso che può adattarsi a qualunque ordinamento giuridico, a qualunque esperienza giuridica, tanto in senso diacronico, quanto in senso sincronico.**

Alpa, quindi, è un giurista universale per una ragione metodologica fondamentale: il metodo giuridico di Guido Alpa è un metodo di carattere adattativo, ovvero è un metodo che teorizza il carattere adattativo del diritto: il diritto deve adattarsi ai vari contesti sociali nei quali dovrà poi essere applicato (questo rilievo ci porta subito alla memoria, o almeno a me lo ha riportato alla memoria, un giurista caro a Guido Alpa quale Jean Carbonnier, e a un libro caro a Guido Alpa, il celeberrimo ‘Flessibile diritto’)<sup>1</sup>.

Da questa premessa metodologica discendono, molto linearmente, alcune conseguenze.

Il diritto, per Guido Alpa, è un insieme di concetti, di categorie, di principi, di regole, che necessariamente devono adattarsi al contesto, alla realtà, alle esigenze, alle

\* **Intervento tenuto nell’ambito del webinar “Guido Alpa giurista universale”, svoltosi il 19 settembre 2025.** Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 29.12.2025.

<sup>1</sup> CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, a cura e con un saggio di A. De Vita, Giuffrè, 1997 (che è la traduzione della 7<sup>a</sup> ed. francese, uscita nel 1992: nel 2001, a due anni dalla morte dell’autore, usciva la 10<sup>a</sup> ed.).

novità: in parola di sintesi, agli svolgimenti storici – qualunque essi siano, anche drammatici quando non tragici. E questo adattamento, tendenzialmente (e soprattutto **nel momento dell'immediata urgenza, quando occorre risolvere un problema, e quindi decidere – e in attesa dell'eventuale intervento legislativo**), è fatto più dal giurista, che non dal legislatore (e qui giurista vuol dire accademico, ma anche avvocato e giudice: Alpa, come ben noto, è tra coloro che ritengono che la giurisprudenza sia fonte del diritto)<sup>2</sup>.

Naturalmente, di fronte a questa mia affermazione si potrebbe subito obiettare: se così è, allora il metodo di Guido Alpa è un metodo assiologicamente e politicamente neutro, ovvero, qualunque contenuto giuridico va bene, purché sia in armonia con il contesto nel quale il diritto dovrà poi essere applicato (anche il contesto più oscurantista e tragico, e comunque antiliberal – ma la bussola assiologica di Guido Alpa è, del tutto ovviamente, quella liberaldemocratica). Saremmo, allora, di fronte a un diritto (nel senso di: ordinamento giuridico) quale mero, e asettico, contenitore assiologico.

No; naturalmente non è così. E che non sia così lo capiamo benissimo leggendo anche solo qualche pagina di un libro di Guido Alpa che non è tra i suoi più noti, ma che, a mio modo di vedere, è tra i più interessanti e ricchi di saggezza, di insegnamenti e di passione intellettuale.

In gran parte, è una raccolta di recensioni: dai primi anni Settanta alla fine degli anni Ottanta.

**Già il titolo dice molto anche in chiave metodologica: 'Elogio dell'incertezza'**<sup>3</sup>.

**Orbene, se ci soffermiamo in particolare sulla 'Introduzione', possiamo isolare almeno cinque aspetti, che ci restituiscono molto bene la cifra metodologica di Guido Alpa.**

Primo aspetto: il diritto inteso (soltanto, o soprattutto) come dogmatica concettuale immutabile è un diritto falso, inconsistente, fragilissimo, che infatti è stato progressivamente distrutto (si può aggiungere che al ben noto, e a suo modo glorioso, *genus della 'rivolta contro il formalismo'* è pure riconducibile la *species* della rivolta **contro la fattispecie, e, in perfetto parallelismo con essa, il successo dell'argomentazione per principi, e in particolare, all'interno di tale struttura argomentativa, il successo del principio di ragionevolezza, che, del resto, va di pari passo con la tecnica del bilanciamento; con la precisazione che difendere l'idea di un diritto inteso soprattutto quale argomentazione, e quindi la critica all'idea di una regola giuridica strettamente contenuta in una fattispecie, non significa affatto fare professione di ideologismo antiformalistico, ché si ricadrebbe nell'errore specularmente contrario. Semplicemente, occorre prendere atto che ogni fonte del diritto ha il proprio tempo storico, di prevalenza**

<sup>2</sup> Basti un solo esempio (il quale, mi pare, è perfettamente in linea con il rilievo, in tema di fonti, di Antonio Padoa Schioppa, che riferisco *infra*, in nota 4), tratto appunto dal volume che verrà poi subito dopo richiamato nel testo: ALPA, *Elogio dell'incertezza. Aspetti della letteratura civilistica (1970-1990)*, Jovene, 1991, 'Introduzione', 7: «Oggi si rimedita il ruolo stesso della giurisprudenza, eletta a nuova autentica fonte del diritto; non più creatrice di soluzioni contingenti, ma elaboratrice di modelli additivi che ne esaltano la funzione nomopoietica. **Chi lamenta la perdita di centralità del ruolo della dottrina e stigmatizza l'eccessiva attenzione che si tributa alla giurisprudenza finisce per arroccarsi in quel mondo che conserva alla parola "dottrina" i caratteri che ad essa attribuiscono i giuristi** incolti, cioè astrattezza, astoricità, e quindi irrealtà, somma di sterili dogmatismi».

<sup>3</sup> ALPA, *Elogio dell'incertezza*, cit. **Ma che quello dell'incertezza fosse tema assai caro a Guido Alpa è provato dalla circostanza che egli lo scelse per una sua *lectio magistralis* tenuta all'Università 'Suor Orsola' nel 2006: ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, 2006.**

sulle, o di recessione rispetto alle, altre <sup>4</sup>: in un gioco, al contempo, competitivo e cooperativo che è un innegabile segno di vitalità politica e di vitalismo culturale).

Secondo aspetto: il diritto è uno strumento, e quindi ha una portata servente, funzionale, teleologica e non ontologica (e se si può parlare di ontologia giuridica, lo si può fare solo *ex post*, ovvero *post iudicium*: al proposito, ma solo come cenno, qui, si può richiamare il rapporto fruttifero tra fenomenologia e ontologia, nonché il percorso di una fenomenologia che progressivamente si ontologizza, così aprendosi il notissimo campo della fenomenologia ontologica, **nonché quello dell'ontofenomenologia**).

**Terzo aspetto: il diritto si muove spesso in un'area grigia, direi di instabilità, di non certezza, di non graniticità.** Il che significa che la soluzione giuridica esatta, se vogliamo dire così, necessariamente varia (anzi, deve variare), da epoca a epoca, da contesto a contesto.

Una incertezza che, sul piano metodologico, diventa mitezza metodologica (ma la mitezza metodologica non è declassabile a superficiale o ottuso relativismo metodologico, ma è espressione di quella che potremmo anche definire una deontologia della comprensione: per comprendere, occorre accettare, il che, ovviamente, porta dritti al pluralismo: fenomenologico, assiologico, metodologico, su cui torno a brevissimo).

<sup>4</sup> Un maestro della storia del diritto, e del diritto in generale, qual è Antonio Padoa Schioppa ha avuto modo di affermare (in un recentissimo e splendido webinar promosso dall'Asdimm – Associazione degli storici del diritto medievale e moderno: <https://www.asdimm.it/> –, e che si può interamente rivedere qui: <https://www.youtube.com/watch?v=9Pfdp9uT9AE&t=4124s>) che, nella storia del diritto europeo, le quattro classiche fonti del diritto (legge, pensiero giuridico, giurisprudenza e prassi) sono sempre esistite: il delicatissimo problema è piuttosto quello di accertare le influenze reciproche, nelle varie epoche. E allora, su questo specifico punto, si può aggiungere la seguente considerazione: accanto, e oltre, direi, il lavoro di accertamento della 'realtà delle cose del passato' (pur sempre accertata nel momento del presente – da cui l'ovvia necessità di una costante riscrittura della storia, che non è affatto segno di precedenti falsificazioni o di false coscienze, ma, al contrario, è una esigenza, intellettuale, culturale, politica, spirituale, esistenziale, filosofica, sociologica, antropologica, finalizzata, da un lato, a rispondere alle nuove domande che il diverso contesto generale fa sorgere, e, dall'altro, a ripercorrere criticamente le risposte già fornite da chi ci ha preceduto a partire da domande analoghe, muovendosi come sempre tra continuità e discontinuità, e in certa misura, se ci si prefigga sempre, metodologicamente, di comprendere il contesto, nella logica agostiniana, anch'essa richiamata da Padoa Schioppa, del 'diversa sed non adversa', logica che, al di là della dogmatica giuridica, e quindi quale 'criterio coerenza', ben può essere messa a frutto, appunto, quale generale canone ermeneutico, non già giustificazionista, come pur si potrebbe sospettare, ma volto invece alla radicale comprensione del passato, inteso quale totalità, come del resto il presente, e dunque ogni epoca: una radicale comprensione che però, per essere davvero tale, è, al contempo, ricostruzione: con l'ovvia avvertenza che ricostruire il passato significa sempre necessariamente e prospetticamente ripensarlo rispetto al presente), c'è il lavoro (anch'esso ermeneutico, non c'è dubbio) di valutazione e di analisi critica di tutti gli elementi che possano svolgere un ruolo rilevante in termini di 'fonti' della conoscenza, esattamente nella linea di un percorso di ricerca (dove la fondamentale importanza dello studio della storiografia) sempre chiamato a fare i conti con il lato della continuità e con quello della discontinuità: in questo senso, la storia del diritto (pensando, ovviamente, in senso culturalmente unitario al diritto romano e al diritto medievale, all'antico, al tardoantico e al moderno) esce dalla gabbia in cui molti cultori del diritto positivo – ma, a volte, anche gli stessi cultori della storia del diritto – hanno inteso e intendono segregarla e acquista (o riacquista) la sua straordinaria valenza conoscitiva (se non altro, in chiave metodologica e prospettica), diventando così un formidabile strumento, non già di erudizione, ma di formazione del giurista, del presente e soprattutto del futuro. Da questo punto di vista, mi permetterei di aggiungere, il campo delle 'humanities' sembra meno timoroso e fors'anche più attrezzato (ricorrendo con fiducia alle nuove tecnologie), rispetto al nostro ambito giuridico, non volendo, ben giustamente, combattere una battaglia di retroguardia, ma piuttosto proponendosi con orgoglio quale campo della conoscenza indispensabile per la comprensione di quello che possiamo anche chiamare il senso universale dell'umanità, rispetto alla quale umanità, indubitabilmente, le differenze storicamente accertabili non confliggono con l'esigenza umanissima, e universale (e comunque universalizzabile), della comprensione del tempo storico nel quale si è chiamati a vivere: una comprensione che non è davvero tale se però dimentica la dimensione dello svolgimento storico e dello stesso tempo storico, riducendo la complessità della dialettica storica della diacronia alla semplicità di una lineare sincronia, perché l'oggi è sempre il prodotto (continuo o discontinuo) dell'ieri.

Quarto aspetto: il diritto come strumento di comprensione della realtà che ci circonda, e quindi un diritto che necessariamente deve considerare gli aspetti economici, sociologici, storici, comparatistici: insomma, concetti, strumenti, idee, metodologie che **non sono giuridici devono entrare nell'ambito del diritto.**

Quinto e ultimo aspetto, ovvio a questo punto: pluralismo metodologico.

Anzi, Guido Alpa si pone espressamente e non retoricamente questa domanda: **pluralismo o eclettismo metodologico, considerando ovviamente l'eclettismo in senso negativo** (poco rigoroso, al limite contraddittorio, incoerente, confuso) <sup>5</sup>.

**Ma la risposta di Alpa c'è, e, alla lettera, suona così: «Poca rilevanza hanno le qualificazioni, se gli assunti sono verificabili e le costruzioni, fondate su quegli assunti, razionali»** <sup>6</sup>. E ivi, subito dopo, si legge che, in questo modo, «[s]i costruiranno nuovi dogmi, certo: ogni età ha bisogno delle sue certezze» <sup>7</sup>.

Chiudo tornando su una caratteristica complessiva del volume da cui ho tratto le citazioni appena proposte, e dicendo quindi che a me sembra molto chiaro perché Guido Alpa abbia costantemente attribuito notevole importanza alla recensione: attraverso la recensione egli ha sperato, e anzi ha confidato, di poter incidere (delicatamente, ovvero **all'insegna del dialogo, con persone e con idee, ma persuasivamente**) sulla struttura concettuale del diritto, non già per distruggere i concetti (che sarebbe impossibile, prima ancora che velleitario e anzi sciocco), ma per costantemente adeguare i concetti alla **realtà storica, le 'parole' del diritto alle 'cose' dell'umanità: appunto, direi, costantemente tra continuità e discontinuità; un andirivieni che non rappresenta affatto una oscillazione squilibrante, che non uccide l'idea di ordinamento e soprattutto di ordine, ma che, all'esatto opposto, esprime la ferma necessità di una costante ricerca di un ordine da intendere, però, sempre dialetticamente, rispetto alla mobile dimensione sociale, e mai in termini statici, cioè assolutistici, concettualistici, 'dogmatici' in senso deteriore, quale rinuncia al pensare problematico, rivendicando una linearità e una nettezza sociale e giuridica che invece non esistono.**

Il che significa, altresì, che Guido Alpa guardava al diritto soprattutto nella chiave della politica del diritto, e questo è il modo più efficace per dialogare con qualunque giurista, a qualunque ordinamento appartenga (del resto, per ricordare qui un famoso assunto metodologico di Tullio Ascarelli – il quale, e lo si ricorda sempre volentieri, in Brasile trovò la salvezza, per sé e per la propria famiglia –, tutti i giuristi parlano la stessa lingua).

In questo senso, allora, Guido Alpa è un giurista metodologicamente universale, e, si può anche aggiungere che, in questo stesso senso (e quale conseguenza di siffatta universalità metodologica), la politica del diritto di Guido Alpa è tutta rivolta al piano **dell'universalità culturale e dell'universalizzabilità culturale, e dunque della dimensione autenticamente storica, che si fonda sul conoscere *per differentiam* la totalità.**

<sup>5</sup> ALPA, *Elogio dell'incertezza*, cit., 'Introduzione', 7: «Convivono, spesso anzi si intrecciano fruttuosamente, più metodi; eclettismo o pluralismo metodologico?».

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

# Guido Alpa: un maestro e un amico \*

di FEDERICO DELFINO

Magnifico Rettore dell'Università di Genova

Il prof. Roppo mi ha facilitato il compito, perché sarò molto sintetico, dopo questa sua bellissima introduzione. Intanto, volevo ringraziarvi tutti per essere oggi qui, in questo quarantunesimo incontro del coordinamento dei dottorati di ricerca di diritto privato. Lo ospitiamo in questa bellissima cornice di Santa Margherita, ma **l'organizzazione è tutta dell'Università di Genova, della Scuola di scienze sociali e del Dipartimento di giurisprudenza**. Quindi ringrazio i colleghi che si sono attivati e hanno speso energie per creare questo momento, dedicato anche al ricordo. Ringrazio Alberto Benedetti, Mauro Grondona, e tutti voi che siete oggi qui a testimonianza anche della vostra vicinanza a questi due grandi civilisti italiani scomparsi.

Io, purtroppo, non ho avuto modo di conoscere Umberto Breccia, però mi sono **fatto raccontare un po' di cose su di lui. E ho capito che era un grandissimo punto di riferimento, scientifico, accademico, ma anche umano**. Aveva tantissime relazioni con la nostra università, in virtù del coordinamento del dottorato di ricerca privatistico tra Genova, Pisa e Siena. Quindi ci sono sempre stati scambi virtuosi,

**che rappresentano un plus valore in una comunità scientifica attenta al dialogo anche con l'estero come quella italiana.**

Ho appreso che Umberto Breccia era un uomo di grande serietà negli studi, di grande valore scientifico, ma che era un uomo anche connotato da grande umanità.

**Guido Alpa, invece, l'ho conosciuto personalmente e piuttosto bene: è stata una conoscenza progressiva, che si è sviluppata negli ultimi otto anni.**

Io sono diventato rettore nel novembre del 2020 e conoscevo Guido già da un paio d'anni, grazie a un amico comune. **Io sono savonese, e un mio amico, anch'egli savonese, professore di italiano del liceo classico di Savona, che era legato a Guido da un'amicizia profonda e di lunga data, me lo ha presentato in quanto collega dell'accademia italiana.**

Guido, nel 1991, aveva deciso di cambiare ateneo, si era trasferito da Genova alla Sapienza e quindi non era più nei nostri ranghi universitari, però era sempre un punto di riferimento molto importante. Ha creato una scuola di altissimo profilo. Oggi sono presenti in sala alcuni suoi colleghi del tempo e suoi allievi.

Ricordo il tratto gentile che connotava Guido Alpa e che ho avuto modo di apprezzare in occasione dei frequenti colloqui avuti con lui, soprattutto dopo la mia nomina a rettore. Ogni tanto gli proponevo di incontrarci per ricevere da lui qualche consiglio, e allora o ci vedevamo nel suo studio di via Roma, nel weekend, rigorosamente **nel weekend, oppure andavamo a mangiare un boccone al ristorante 'Europa' di Galleria**

\* Intervento tenuto nella sessione "Ricordo di Guido Alpa e Umberto Breccia" del XLI Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, svoltosi il 30-31 ottobre 2025 a Santa Margherita Ligure. Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 01.12.2025.

**Mazzini: lì c'era un contesto piacevole, perché c'era il suo tavolo e quindi si riusciva ad avere una dimensione, diciamo, riservata e di confronto.**

Un confronto che non riguardava ovviamente specifici temi giuridici, perché io sono un ingegnere, e quindi non avevamo modo di dar vita a discussioni strettamente giuridiche, anche se ogni tanto accadeva che mi raccontasse qualcosa della sua produzione, **soprattutto quella più recente, dedicata all'intelligenza artificiale e più in generale al diritto delle nuove tecnologie**, e quindi si toccavano temi vicini ai miei ambiti di ricerca.

Raramente, però, parlavamo di questo. In particolare, gli chiedevo consiglio circa **grandi progetti strategici dell'ateneo e sulla loro gestione, anche interna. Perché 'il diritto di essere sé stessi' (per ricordare il titolo di un libro recente di Guido Alpa)** il rettore non lo ha! Il rettore di un ateneo pubblico italiano deve spogliarsi di tutto, ma deve poi gestire una realtà molto complessa, e quindi Guido Alpa per me era davvero prezioso, per la sua lungimiranza e per la sua capacità di visione. E, in effetti, mi ha aiutato tantissimo. Quando, purtroppo, è mancato, ci eravamo sentiti da poco, perché di solito ci sentivamo in occasione o del suo o del mio compleanno. Quando ho appreso la notizia della sua scomparsa, ho immediatamente avvertito un senso di vuoto, perché per me Guido è stato davvero una figura di grande riferimento.

**Non vorrei aggiungere nient'altro su questo. Ci saranno persone molto più titolate di me che avranno modo di ricordare questi due grandi maestri civilisti nel panorama italiano.**

Concludo con un riferimento al nostro contesto di oggi, e cioè con il coordinamento dei dottorati di ricerca. Credo che sia una bellissima idea, quella di riunire il momento di ricordo di due maestri con la presentazione di progetti, di programmi, di idee che arrivano dalla parte più vivace della nostra comunità scientifica. Noi abbiamo bisogno di **giovani e di giovani appassionati. L'università italiana è di estremo valore. Ci rendiamo conto sempre, in ogni momento, di quanto siamo ricercati, sia per la qualità scientifica sia perché c'è tanta dedizione.**

Per i giovani appassionati alla ricerca, avere occasioni di questo tipo – di confronto, di incontro e anche di discussione con figure di alto livello – è vitale, e a questo proposito, desidero nuovamente ringraziare, oltre a Enzo Roppo, gli autorevoli ospiti qui presenti insieme a me - **Emanuela Navarretta, Elena Bargelli, Andrea D'Angelo** – che, con i loro interventi, nobiliteranno questo incontro.

Per chiudere, insisto ancora su un aspetto che per me, in quanto accademico e in quanto rettore, è fondamentale: per un giovane studioso, questa giornata, questa opportunità di confronto è un decisivo momento di crescita, non solo scientifica ma anche umana, e quindi desidero ringraziare ancora una volta Alberto Benedetti e Mauro Grondona per avermi dato la possibilità di intervenire a questa vostra giornata di studio.

Ci tenevo molto, come ho detto, anche per il legame, di stima, di gratitudine e di affetto che avevo con Guido Alpa, e ne approfitto per ringraziarli per aver pensato di organizzare, nel prossimo marzo, un incontro dedicato a Guido Alpa nel suo periodo, diciamo, giovanile, tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta. Credo che sarà un bellissimo convegno, e quindi un altro modo, per noi, per dedicare il giusto ricordo a un nostro grande maestro.

## Ricordo di Guido Alpa e Umberto Breccia \*

di ANDREA D'ANGELO  
già Professore Ordinario di Diritto privato  
Università di Genova

Desidero innanzitutto esprimere un ringraziamento particolare agli organizzatori per aver accostato, in questa occasione di ricordo e di compianto, Guido Alpa e Umberto Breccia, che vedo accomunati non solo dalla prossimità della loro dolorosa scomparsa e **dalla grave perdita che la nostra comunità ha sofferto, non solo dall'alto loro valore di questi Maestri della nostra disciplina, ma anche da alcuni aspetti della loro personalità, che hanno in qualche modo a che fare con la “moderazione” di cui parlerò riguardo a Guido, e che si manifestava, in particolare, nella loro attitudine di ascolto e in un tratto di affabile signorilità.**

**Di fronte all'imponenza e alla varietà tematica della produzione scientifica di Guido Alpa e alla vastità del suo pensiero, non mi sento in grado, in questa occasione di ricordo, di proporre un ampio affresco, ma solo uno schizzo concentrato solo su alcuni profili, avendo confidato sul contributo di maggior respiro di Enzo Roppo.**

Ho voluto scegliere un profilo che mi appare come tra i più significativi, ed è certo **cruciale, nell'opera di Guido e nella sua visione complessiva del diritto e della sua dimensione concreta e vitale.** È naturale quindi che il mio pensiero sia andato a due libri che sono, in questa prospettiva, fondamentali e massimamente rappresentativi: *L'arte di giudicare* e *I principi generali*, **traendone anche l'opportunità di citazione di alcuni passi** che mi sembrano cardinali e che possono consentirci di ascoltare direttamente, ancora una volta, la voce di Guido.

La ragione di tale scelta credo sia a tutti evidente; entrambe le opere, sia pure muovendo da diversi, in certo senso simmetrici, punti di vista, confluiscono nella considerazione del momento in cui si manifesta e si attua la vita pratica del diritto: la formazione del giudizio concreto e individuale di risoluzione delle controversie, di decisione dei casi.

*L'arte di giudicare* investe specificamente le attività, le modalità, i ragionamenti mediante i quali essa si esercita; *I principi generali* concerne i criteri di esercizio di **quell'arte, le direttive, i valori, che ne costituiscono il riferimento, colti nel loro momento apicale, che peraltro si colloca sul problematico crinale tra versante interno e versante esterno all'ordinamento. I due scritti quindi, in certo senso, si incontrano e finiscono col**

\* Intervento tenuto nella sessione “Ricordo di Guido Alpa e Umberto Breccia” del XLI Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, svoltosi il 30-31 ottobre 2025 a Santa Margherita Ligure. Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 01.12.2025.

sovrapporsi e completarsi. Nella Premessa a *L'arte di giudicare* si dice esplicitamente che il libro è «il seguito della ricerca sui principi generali».

**L'indagine sui principi si snoda tra la prospettiva ermeneutica, quella assiologica e quella storica, che a sua volta sfocia in quella comparativa, articolandosi nella fase anteriore e posteriore alle codificazioni. La prospettiva storica invade invero le altre, secondo la sensibilità e gli interessi di Guido Alpa testimoniati anche da un'altra sua opera importante: *La cultura delle regole*.**

**Nell'ampia rassegna delle opinioni di grandi giuristi del passato, delle tendenze che si sono nel tempo manifestate, e in senso più generale dei grandi orientamenti e movimenti del pensiero giuridico, emergono le diversità e i contrasti, che investono il cuore delle problematiche dei principi generali e sono trattati da Guido con grande equilibrio, sobrietà e cautela, evitando egli di assumere posizioni drastiche che, nella loro unilateralità, trascurerebbero i lumi che egli non manca di ravvisare nelle pur contrapposte opinioni.**

**Penso, per esempio, all'atteggiamento che Guido Alpa assume riguardo alla pluralità di funzioni da assegnarsi ai principi, e quindi non meramente interpretativa e integrativa di disposizioni puntuali e completa dell'ordinamento, ma anche direttamente e autonomamente "normativa".**

E penso soprattutto al percorso che Alpa segue, sulla scorta delle più autorevoli opinioni espresse in argomento con riguardo alle codificazioni nazionali, a partire da Vittorio Scialoja, in merito alla questione della positività e statualità dei principi generali. Si succede così la considerazione delle dottrine positivistiche, storiche e moderne, di **riedizioni di concezioni giusnaturalistiche, delle formule suggestive della "natura delle cose" e della "coscienza sociale", di evocazioni dell'equità, orientamenti giusrealistici, e così via.** Guido Alpa si limita peraltro a trarne volta a volta spunto per sottolinearne limiti (come le velleità illusorie di un positivismo acritico) o rischi (di un incontrollato arbitrio dei giudici), senza mostrare di possedere e senza voler proporre soluzioni e formule di generale e assoluta validità.

Basti considerare un suo commento, che può suonare paradossale, a orientamenti del *Conseil constitutionnel* francese in materia di certezza del diritto: «Ma, come non poteva essere diversamente, la certezza del diritto – qualificata come *principio* – conserva il suo carattere fluido e una applicazione incerta». E, riferendosi alla illustrata varietà dei principi, conclude: «il mondo dei principi può apparire complesso, contraddittorio, confuso. Le stratificazioni storiche, gli usi plurimi, gli equivoci linguistici giustificano questa impressione»; e poi, nella comparazione con i principi di altre discipline scientifiche, osserva: «Certo, il laboratorio dei giuristi è, forse, più complesso, perché si debbono usare segni, simboli, espressioni per alludere a concetti che non trovano un referente in natura o nelle rappresentazioni della natura; essi popolano **l'immaginario collettivo che prende il nome di diritto**».

Nella prefazione alla seconda edizione dei Principi troviamo affermazioni che danno conto del senso della riflessione di Guido Alpa e che in qualche modo preparano *L'arte di giudicare*: «*In effetti si fanno molte cose con i principi: buone e cattive*»; e soggiunge: «*non si può intendere il significato dei principi se non si verifica in concreto come essi operano*» e «*come essi sono percepiti dalla comunità degli interpreti, a quali usi essi vengono piegati, e quali scopi si raggiungono con il loro impiego*».

E infatti, negli ultimi capitoli, il discorso si incentra, anziché sulla ricerca di una definita dottrina dei principi generali, sull'analisi della loro effettiva operatività nelle materie dei contratti, della responsabilità civile, dell'impresa.

*L'arte di giudicare si apre e si sviluppa nel riferimento alla "creatività" dell'attività di formazione del giudizio di risoluzione delle controversie, talché la scelta del termine "arte" appare significativa e non retorica. E il discorso si svolge nel riconoscimento della giurisprudenza come fonte del diritto e nella descrizione delle modalità e tecniche con le quali si esprime il suo ruolo "creativo".*

Tuttavia, come sappiamo, tale qualificazione può tradire un significato che risiede piuttosto nell'ineliminabile discrezionalità del giudice che si manifesta nelle diverse operazioni mentali che compie e nell'amministrazione dei criteri di giudizio positivamente precostituiti, in tal senso non corrispondendo al significato di creatività che implica quello di "far nascere dal nulla". E tale relazione è sapientemente illustrata nell'opera di Guido Alpa attraverso, appunto, le tecniche mediante le quali è esercitata la creatività/discrezionalità, che non mancano di trovare, a volte, nello stesso diritto positivo la propria legittimazione: utilizzo di principi generali e di clausole generali, **soluzioni interpretative, a volte "spinte", ragionamento analogico, argomentazioni equitative** al di là dei confini entro i quali il diritto positivo scritto tende a contenere l'equità, riferimenti alla coscienza sociale.

Le pagine dedicate a quest'ultima formula appaiono molto indicative della posizione di Guido Alpa sull'intera materia. Premette che occorre al riguardo «accertare significati, frequenza dei riferimenti, ruoli che questa espressione riveste», mostrando, anche a questo proposito, di non voler proporre una definita dottrina che possa, rispetto alla formula, costruirsi. Sono infatti passati in rassegna i suoi "usi giurisprudenziali" e le definizioni della giurisprudenza, sottolineandone la molteplicità e l'irriducibilità a unità: «Alla luce dei risultati offerti dall'analisi delle massime e delle motivazioni raccolte sarebbe fuorviante attribuire un significato univoco a "coscienza sociale", un significato precostituito di "coscienza" e di "sociale", un ruolo unificante del sintagma».

Si coglie dunque nel pensiero di Guido Alpa un diffuso scetticismo non solo nei confronti dello *ius positum*, dell'interpretazione e del metodo sistematico quali vie di accesso alla determinazione di un contenuto originario e vero delle norme, ma anche nei confronti dei tentativi di attribuire rigore alle tecniche di esercizio della discrezionalità/creatività. **Uno scetticismo che non è ispirato dall'ideologia, ma è imposto da una visione realistica del mondo e della vita del diritto**, in consonanza con il pensiero di Tarello e della sua scuola che ha molto influito sulla formazione, sulla mentalità e sul metodo dei civilisti genovesi – e non solo – della generazione di Guido Alpa.

Questo atteggiamento è del resto congeniale alla personalità, non solo scientifica, ma complessiva di Guido. Per una prima celebrazione genovese della sua figura, dedicata alle commosse testimonianze dei suoi amici più prossimi, è stata scelta dagli organizzatori una formula che non poteva essere più felice: *Guido Alpa maestro mite*. Ora, la sua mitezza non era soltanto un tratto del carattere della sua personalità umana, delle modalità con le quali si rapportava agli altri, alle quali conformava le sue attività professionali e istituzionali, ma essa traspare anche, vividamente, nella moderazione dell'espressione del suo pensiero di giurista. Così, come appare evidente nelle due opere che ho scelto di assumere a riferimento del mio intervento, l'attitudine scettica del suo pensiero e del suo metodo, non è mai brandita come arma polemica per contrastare

opinioni differenti, non ha mai toni di asprezza, ma si manifesta, appunto, in accenti miti e moderati, spesso non alieni da un'apertura alla disponibilità conciliativa.

Lasciando ancora la parola a Guido, riporto alcuni passi delle pagine di congedo che concludono *L'arte di giudicare* e che sono altamente significative:

**«Non c'è dunque da meravigliarsi se interi settori del diritto poggiano su esili fondamenti normativi scritti e invece fanno germogliare immense foreste di regole giurisprudenziali. Questo sforzo costante e tenace non è scevro, tuttavia, da ritorni, da contraddizioni, da errori.**

**In ogni caso, l'individualità e l'umanità dell'interprete non debbono divenire strumento di ingiustizia. Per prevenire l'arbitraria utilizzazione e creazione di regole, non sono sufficienti né le considerazioni formali su cui aduggiano i giuspositivisti, né le crude prese d'atto dei giusrealisti. Poiché non si può imbrigliare l'impeto, la fantasia o talvolta l'ignavia dell'interprete, occorre innanzitutto richiamare la sua attenzione, ma anche l'attenzione della dottrina, che dovrebbe assolvere il nobile compito di custodire i «custodes», sulle ordinarie operazioni interpretative e creative. In fin dei conti, consapevolezza dei poteri, consapevolezza dei loro effetti e *self-restraint* dovrebbero essere un tutt'uno.**

**Un po' di sano realismo consente di dissacrare i dogmi interpretativi, o meglio, di strappare il velo dell'omertà sui dogmi interpretativi. Questi dogmi tacitano le coscienze, restituiscono tranquillità al giudice, danno conforto al «dottore».**

**Tutti questi schermi o espedienti possono essere considerati per l'appunto schermi o espedienti da parte degli interpreti, e quindi la linea di demarcazione del lecito e dell'arbitrario tende a spostarsi o a non riconoscersi.**

**L'unico limite all'arbitrio è il *self-restraint* dell'interprete. È un limite soggettivo, aleatorio, inconfessato, che poggia su valori e regole deontologici. È un limite dettato dallo stile e dalle mode. È un limite confortato dalla storia e dai valori metagiuridici. È un limite che vale (per chi dice vale) per quel che vale».**

# Ricordando Guido Alpa (e Umberto Breccia)\*

di **VINCENZO ROPPO**

Professore Emerito di Diritto civile dell'Università di Genova

**o.** Per intuitive ragioni di vicinanza territoriale e/o di scuola, questo passaggio *in memoriam*, pensato per introdurre l'incontro del Coordinamento dottorati che ci apprestiamo a svolgere, sottende un'implicita ripartizione di ruoli fra i componenti del panel: Elena Bargelli ed Emanuela Navarretta ricorderanno Umberto Breccia; il ricordo di Guido Alpa sarà portato da Andrea D'Angelo e da me.

E tuttavia non posso esimermi da un brevissimo cenno a Umberto, del quale vorrei evocare qui almeno una qualità, che nei nostri incontri e nelle nostre comunicazioni e relazioni sempre mi colpiva. È una qualità che riguarda non la sua figura di studioso (su cui tanto, troppo ci sarebbe da dire, sicché taccio), ma il suo profilo umano: la gentilezza. Mi viene da dirlo qui, oggi, anche perché solo pochi giorni ci separano dalla giornata mondiale della gentilezza, che si celebra il 13 novembre. E quindi lo dico: io ricordo Umberto come la persona forse più gentile che mi sia mai capitato di incontrare.

**1.** Ma veniamo a Guido Alpa: di cui - dopo avere portato in altre occasioni, nei mesi scorsi, ricordi di tipo personale - in questa sede dirò come studioso.

**Nella sua produzione letteraria il primo elemento che colpisce, con l'evidenza di un dato macroscopico, è di tipo quantitativo: l'enormità del materiale prodotto. Guido ha scritto tanto, tanto, tanto.**

**Lui ovviamente ne era consapevole, lui stesso all'uscita del suo ennesimo nuovo libro vi faceva riferimento anche con qualche sfumatura di autoironia: "scusate, ecco che ne ho scodellato un altro..."**

E del resto, in una delle interviste che aveva rilasciato (non poche, in verità, molte delle quali reperibili in rete) aveva detto: per me scrivere è come respirare.

**2.** Scrivere, ma anche far scrivere altri: progettare, coordinare opere collettanee è un filone significativo della sua produzione. E qui si riflette una caratteristica personale che lo connotava: la grandissima capacità relazionale, la straordinaria capacità di creare e coltivare rapporti.

**Alla luce di questa considerazione, mi ha sempre colpito che sia rimasta un po' fuori dal suo orizzonte un'esperienza editoriale che si sostanzia proprio nell'attitudine a far scrivere altri, in una logica di progettazione e coordinamento: intendo la forma rivista. Era nella direzione di molte riviste, ma non è mai stato, in modo significativo, leader o frontman di una rivista. Di nessuna rivista si è mai detto: ecco, questa è la rivista di Guido Alpa.**

\* Intervento tenuto nella sessione "Ricordo di Guido Alpa e Umberto Breccia" del XLI Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, svoltosi il 30-31 ottobre 2025 a Santa Margherita Ligure. Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 01.12.2025.

Il suo relativo distacco dalla forma rivista si manifesta anche in un altro modo: lui ha scritto tanti libri e, in proporzione, pochi saggi o articoli, in questo modo invertendo **l'ordine più consueto: quello per cui è normale che un autore scriva tanti articoli**, ma non altrettanti libri. Sarebbe interessante interrogarsi su ragioni e senso di questa marcata propensione per un genere letterario piuttosto che per un altro. Contribuirebbe a illuminare la sua figura di scrittore giuridico: ma non è questa la sede.

Qui semmai può farsi un rilievo sulla scelta degli editori a cui affidava i suoi libri. E anche qui cogliamo un tratto di distinzione. Mentre la produzione libraria del giurista standard abitualmente finisce nel catalogo di editori specificamente giuridici, Guido Alpa osservava un sostanziale equilibrio fra editori giuridici (da Giuffrè a Cedam a **Giappichelli, più di recente Wolters Kluwer e Pacini**) ed editori “generalisti”: e fra questi era fedele, in particolare, a Laterza e al Mulino. Anzi: non ho fatto la conta precisa, ma non mi sorprenderei se facendola si scoprisse che i suoi libri usciti per editori generalisti addirittura prevalgono su quelli pubblicati da editori giuridici.

**3.** Quando sottolineo il dato quantitativo, non lo faccio certo in antitesi alla dimensione qualitativa. Tutto al contrario. Mi viene da dire che la *quantità* della produzione di Guido Alpa costituisce e fonda la *qualità*, il valore della stessa.

Il valore qualitativo della produzione alpiana, infatti, è prima di tutto la varietà e vastità degli orizzonti tematici coperti. Lui ha scritto *tanto* perché ha scritto *di tanto*, di tante materie, di tanti argomenti diversi.

Ed è passato attraverso tanti diversi generi della letteratura giuridica: ha scritto monografie, ha scritto manuali, ha curato antologie, ha scritto o organizzato trattati e commentari.

**4.** Ma torniamo al profilo tematico. Per dire in primo luogo che, tematicamente, **nella sua produzione c'è tanto, c'è quasi di tutto.**

**C'è in primo luogo la prospettiva generale del sistema e del metodo.**

E qui vanno ricordati titoli che vanno dalla più risalente *Introduzione allo studio critico del diritto privato* (1994) a *Prima lezione di diritto privato* (uscito postumo nel 2025), da *Cos'è il diritto privato* (2007) a *Dal diritto pubblico al diritto privato* (2017). Ma in questo orizzonte possono iscriversi anche *I principi generali* (2023, nel *Trattato Iudica-Zatti*).

**5.** E ci sono, ovviamente, i grandi istituti del sistema privatistico.

**C'è moltissimo di responsabilità, e molto di contratto. C'è un po' meno di proprietà e diritti della personalità. C'è, a ben vedere, poco o quasi nulla di famiglia e successioni: una “trascuratezza” che può suonare strana, data la vocazione così marcatamente “personalistica” del Nostro.**

**6.** C'è poi l'attenzione a filoni particolari, caratterizzati dal segno della novità e indicativi della capacità di intercettare allo stato nascente (o antivedere) linee tematiche che solo più tardi sarebbero diventate *mainstream*.

In questa prospettiva, vanno menzionati da un lato il diritto dei consumatori, inaugurato con la monografia di esordio (*La responsabilità del produttore*, 1975), e poi sempre coltivato con costanza. E dall'altro lato il diritto delle nuove tecnologie: dalle “vecchie” banche dati ai più recenti e avanzati approdi dell'intelligenza artificiale.

**7.** Ho menzionato *I principi generali* nel *Trattato Iudica-Zatti*. Ma il medesimo Trattato ospita un altro volume di Guido Alpa: *Fondamenti del diritto privato europeo* (scritto insieme con Mads Andenas). Il richiamo introduce un'ulteriore dimensione del

**suo lavoro scientifico: l'attenzione all'orizzonte extradomestico, la visione proiettata fuori dei confini nazionali, soprattutto in direzione dell'Europa.**

Lo documentano bene libri di prospettiva larga come *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, e opere più focalizzate tematicamente come quelle sul diritto europeo dei contratti e sul diritto europeo della responsabilità civile.

Ma lo documenta anche la fitta rete di relazioni che egli aveva istituito, e sistematicamente coltivava, con figure a ambienti della dottrina (ma anche della pratica professionale) straniera.

**8.** Guido aveva ben vivo, gorlianamente, il nesso fra comparazione e storia. E **quindi in lui erano acute anche la sensibilità e l'attenzione storica.**

Ne fanno fede opere ricostruttive come *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano* (2009), e *Diritto civile italiano: due secoli di storia* (2018). Ma anche, in una dimensione più di nicchia, *Piero Calamandrei e il nuovo codice di procedura civile* (2019).

**E anche su questo terreno, l'interesse per la materia si associava alla creazione di rapporti personali:** credo che lui avesse una relazione e una corrispondenza in qualche modo speciale con Paolo Grossi.

**9.** **L'operetta appena ricordata su Calamandrei e il codice di procedura civile è solo uno fra i segni della proiezione extracivilistica di Alpa, del suo gusto di percorrere territori alieni, estranei al campo del diritto privato.**

E così, deve ricordarsi che lui si occupò significativamente di arbitrato, e non mancò di curare un codice amministrativo e perfino un codice penale e di procedura penale (insieme con Roberto Garofoli, alto magistrato amministrativo, di cui si ricordano i rilevanti incarichi politico-istituzionali ricoperti nell'ambito dei governi Monti, Letta e Renzi).

Ma volendo, nella medesima prospettiva può anche ricordarsi che la sua primissima pratica professionale si svolse nello studio amministrativistico di Alberto Predieri!

**10.** I suoi due ultimi titoli sono intimamente legati alla sfera della persona. La persona vista nella dimensione individuale: *Il diritto di essere sé stessi* (2021). E la persona vista nella dimensione collettiva o sociale: *Solidarietà. Un principio normativo* (2022).

Che questi siano gli ultimi titoli significativi di Guido Alpa dice, indirettamente, una cosa.

Lui ovviamente non trascurava e tanto meno ignorava la dimensione del diritto positivo. **Ma forse non era questa la sua "passion predominante" (per citare Mozart/Da Ponte). Piuttosto che alla pedanteria del richiamo a questo o a quell'articolo di legge o di regolamento, piuttosto che all'analisi sofisticata di questo o di quell'enunciato normativo, lui preferiva dedicare il suo ingegno a quelle che nell'Antigone di Sofocle vengono chiamate "le leggi non scritte degli dei": le categorie ampie, i concetti, le idee, i principi generali.**

Preferiva volare alto, liberamente, rifuggendo dai vincoli del rigore esegetico e **sistematico: e lo faceva con uno stile di scrittura che spesso ricorda il "flusso di coscienza" della grande letteratura del Novecento.**

# Tutela del lavoratore disabile, accomodamenti ragionevoli ed eccezione di inadempimento \*

di VIOLA CAPPELLI

Assegnista di Ricerca in Diritto Privato  
Scuola Superiore Sant'Anna

## ABSTRACT

Il contributo prende in considerazione il tema dell'autotutela contrattuale del lavoratore disabile alla luce della recente evoluzione normativa in materia di accomodamenti ragionevoli. A partire da una recente ordinanza della Corte di Cassazione, esamina come il passaggio dal modello "medico" al modello "bio-psico-sociale" della disabilità incida sul rapporto di lavoro, imponendo al datore l'obbligo di adattare l'organizzazione aziendale alle esigenze del lavoratore disabile entro i limiti della ragionevolezza e proporzionalità. In questo contesto, il filtro della buona fede ex art. 1460, comma 2, c.c., permette di accogliere nel diritto contrattuale interno le istanze di tutela dinamica del lavoratore disabile provenienti dal diritto sovranazionale.

*In light of recent regulatory developments concerning reasonable accommodations, this paper examines the contractual self-defense of disabled workers. Drawing on a recent Italian Supreme Court ruling, the paper analyzes the impact of the shift from the "medical" to the "bio-psycho-social" model of disability on employment relationships. This shift requires employers to adapt workplace organization to the needs of disabled workers, provided that the accommodations are reasonable and proportional. In this context, the good faith assessment under Article 1460(2) of the Italian Civil Code allows domestic contract law to adopt dynamic protection standards for disabled workers derived from supranational law.*

**SOMMARIO:** 1. L'autotutela contrattuale del lavoratore disabile tra libertà d'impresa e tutela della persona. Spunti di riflessione a partire da una recente ordinanza della Corte di Cassazione; 2. La tutela "dinamica" del lavoratore disabile alla luce della disciplina multilivello degli accomodamenti ragionevoli; 3. Diniego di accomodamento ragionevole ed eccezione di inadempimento del lavoratore disabile: il ruolo della buona fede ex art. 1460, comma 2, c.c. nel raccordo tra diritto interno e diritto sovranazionale.

**1.** Ragionare sul tema dell'autotutela individuale del lavoratore dal particolare angolo visuale del sistema normativo per la tutela dei diritti delle persone con disabilità impone all'interprete un confronto attento con interventi legislativi stratificati e

\* Lo scritto è la riproduzione, con un essenziale apparato di note, dell'intervento programmato svolto in occasione del convegno "I rimedi nel diritto del lavoro e nel diritto civile. Principi, fattispecie, regole, tutele nel dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza", tenutosi in Lucca – Convento di San Cerbone, nei giorni 7, 8 e 9 novembre 2025. Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 30.12.2025.

recentemente rinnovati che operano a diversi livelli – internazionale, europeo, nazionale – e che propongono un superamento del cosiddetto “modello medico della disabilità” a favore di un modello cosiddetto “bio-psico-sociale”. Le specificità di questo modello si riverberano inevitabilmente anche sulla disciplina del rapporto tra datore di lavoro e lavoratore disabile, proponendo un diverso e complesso bilanciamento tra efficienza e libertà d’impresa da un lato e tutela della persona umana dall’altro: di questo, è particolarmente emblematica la disciplina degli accomodamenti ragionevoli. Pertanto, lo scopo di questo breve contributo è individuare le coordinate di massima dell’incidenza di questo nuovo modello sulla (auto)tutela contrattuale del lavoratore disabile, terreno entro il quale la tensione tra i due termini menzionati – libertà d’impresa e tutela della persona – può risultare particolarmente aspra.

Una recente ordinanza della Corte di Cassazione, la n. 30080 del 2024, offre l’occasione per approfondire la questione<sup>1</sup>. La vicenda da cui prende le mosse la decisione riguarda la legittimità del rifiuto opposto dal lavoratore disabile all’invito a riprendere servizio presso l’ultima sede di collocazione, a fronte del diniego del datore di lavoro di predisporre accomodamenti ragionevoli. Più precisamente, un lavoratore, malato oncologico riconosciuto invalido al 100% e portatore di handicap grave, dopo aver consumato il periodo massimo di comporta ed aver fruito di un’aspettativa non retribuita, veniva invitato dal datore di lavoro a riprendere servizio nella sede di ultima assegnazione. Il lavoratore aveva richiesto il trasferimento in una sede più vicina alla propria residenza, dove risultava disponibile un posto, al fine di poter proseguire le cure senza interrompere l’attività lavorativa, dichiarandosi peraltro disponibile anche ad accettare un demansionamento; di conseguenza, oppone un rifiuto argomentato all’invito del datore di riprendere servizio. A seguito di ulteriori solleciti rimasti senza riscontro, il datore procede al licenziamento del lavoratore per assenza ingiustificata.

Nei primi due gradi di giudizio, i giudici ritengono legittimo il licenziamento, valorizzando principalmente la gravità dell’omissione della prestazione lavorativa: a prescindere dalla possibilità che il datore potesse adottare accomodamenti ragionevoli, il rifiuto di prestare l’attività lavorativa deve essere considerato oltremodo rilevante nella valutazione dei rispettivi inadempimenti; inoltre, il lavoratore aveva fornito solamente un’allegazione generica circa l’impedimento che la sua condizione di salute comportava per la ripresa del lavoro nella sede di ultima assegnazione. Tuttavia, la Corte di Cassazione cassa la sentenza con cui la Corte di Appello di Bologna aveva ritenuto illegittimo il rifiuto del lavoratore di presentarsi al lavoro e legittimo il licenziamento, affermando che non si può prescindere dalla consistenza dell’obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli gravante sul datore di lavoro nel valutare, ai sensi dell’art. 1460, comma 2, c.c., se il rifiuto del lavoratore disabile di eseguire la prestazione a proprio carico sia conforme o meno a buona fede. La Cassazione rinvia, dunque, al giudice del merito affinché accerti primariamente la sussistenza e la portata dell’eventuale inadempimento dell’obbligo datoriale di predisporre accomodamenti ragionevoli e, su queste basi, valuti la legittimità del rifiuto del lavoratore di riprendere servizio e del conseguente licenziamento.

**2.** La disciplina degli accomodamenti ragionevoli, recentemente rinnovata nell’ordinamento interno, è indicativa di quella nuova concezione di disabilità che

<sup>1</sup> Cass., sez. lav., 21 novembre 2024, n. 30080, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 635 ss., con nota di LIMENA, *La tutela dei lavoratori con disabilità: nuovi orizzonti per gli accomodamenti ragionevoli*.

emerge sulla scorta dell'evoluzione del quadro normativo sovranazionale e che, inevitabilmente, orienta in una certa direzione anche la cooperazione tra le parti del contratto di lavoro.

**L'obbligo di accomodamenti ragionevoli trova la propria origine nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006, ratificata dall'Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18 che qualifica espressamente come discriminazione fondata sulla disabilità il "rifiuto di un accomodamento ragionevole". La Convenzione indica con tale termine «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali» (art. 2).**

**In Europa, l'articolo 5 della Dir. 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Direttiva recepita nell'ordinamento interno con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 – aveva già imposto agli Stati membri l'obbligo di prevedere "soluzioni ragionevoli" per le persone disabili. Più precisamente, tale disposizione stabilisce che il datore di lavoro deve adottare i provvedimenti necessari affinché le persone disabili possano accedere al lavoro e svolgerlo, e possano altresì beneficiare di promozioni e di percorsi di formazione, a meno che tali provvedimenti gli richiedano un onere finanziario sproporzionato. Nella valutazione di tale proporzionalità deve essere tenuta in considerazione anche l'eventuale presenza di misure compensative nel contesto della politica dello Stato membro a favore delle persone disabili. L'Italia aveva tardato a recepire correttamente questa disciplina proprio nella parte relativa all'obbligo di garantire accomodamenti ragionevoli al lavoratore disabile, tanto da subire una condanna dalla Corte di Giustizia nel 2013<sup>2</sup>. In risposta a tale sentenza, il d.l. 28 giugno 2013, n. 76 ha inserito nel testo del d.lgs. n. 216/2003 il comma 3-bis dell'art. 3, che obbliga, in termini generici, i datori di lavoro pubblici e privati ad adottare accomodamenti ragionevoli «per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori».**

Per mezzo della successiva elaborazione giurisprudenziale a livello nazionale ed europeo<sup>3</sup>, la nozione di accomodamento ragionevole è stata ulteriormente specificata e **da ultimo l'art. 17 del d.lgs. 2 maggio 2024, n. 62<sup>4</sup>** (il cosiddetto decreto disabilità) ha stabilito che costituiscono accomodamenti ragionevoli «le misure e gli adattamenti necessari, pertinenti, appropriati e adeguati, che non impongano un onere **sproporzionato o eccessivo al soggetto obbligato**». **L'obbligo** datoriale è quindi soggetto ai limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, nonché a quello della sussidiarietà: le misure da adottare devono essere valutate alla luce delle specificità del caso concreto sia con riferimento alle esigenze del lavoratore sia con riferimento alle capacità aziendali e devono essere compatibili con le risorse economiche di cui il datore dispone; inoltre, **l'accomodamento costituisce di per sé una misura residuale, da attivare in via sussidiaria** solamente quando la condizione della persona lo richieda, in quanto «non sostituisce né limita il diritto al pieno accesso alle prestazioni, ai servizi e ai sostegni riconosciuti dalla

<sup>2</sup> C. Giust., 4 luglio 2013, C-312/11, *Commissione Europea c. Repubblica Italiana*, in *curia.europa.eu*.

<sup>3</sup> Sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in materia, per esempio, PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. Sicurezza Sociale*, 2016, 199 ss.

<sup>4</sup> Per una prima analisi, ZAMPERINI, *Il decreto disabilità: una prima valutazione alla luce degli standard internazionali di tutela dei diritti umani*, in *Resp. civ. e prev.*, 2024, 2085 ss.

legislazione vigente» (art. 5-bis, l. 5 febbraio 1992, n. 104 così come introdotto dall'art. 17 del d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62).

Ricostruita per sommi capi la cornice normativa multilivello in cui si situa la disciplina degli accomodamenti ragionevoli, è ora possibile apprezzare come in essa si rifletta concretamente quel mutamento di paradigma – dal modello “medico” al modello “bio-psico-sociale” – già evocato in apertura. **La concezione “bio-psico-sociale” della disabilità sposta l’attenzione dal profilo statico della menomazione a quello dinamico delle relazioni e della dimensione sociale e ambientale in cui la persona opera, incidendo in modo trasformativo anche sulla prospettiva della tutela. Anche quest’ultima, infatti, non risulta più incentrata esclusivamente sulla menomazione della persona disabile, quanto piuttosto sulle limitazioni che la società impone alla persona disabile, intervenendo così sulla rimozione degli ostacoli che la persona incontra nell’ambiente in cui vive e con i quali interagisce negativamente con rilevante pregiudizio in termini di uguaglianza<sup>5</sup>. Tale mutamento di prospettiva incide anche sulla sfera lavorativa del disabile e sul relativo sistema di tutela e la nuova nozione di accomodamento ragionevole ne è una chiara manifestazione. Nell’ottica secondo cui lo svantaggio alla persona deriva non tanto dalla sua condizione medica, quanto piuttosto dall’incapacità delle strutture sociali di adattarsi a situazioni considerate non aderenti ad uno standard di presunta normalità, allora la mancata adozione di misure – ragionevoli e proporzionate – atte a rimuovere gli ostacoli alla piena integrazione costituisce una discriminazione fondata sulla disabilità.**

Ciò che gli standard internazionali in materia di protezione della persona lavoratrice disabile prescrivono è un ridimensionamento significativo del perimetro dell’insindacabilità delle decisioni datoriali circa l’organizzazione aziendale, seppur entro confini circoscritti: le soluzioni che il datore di lavoro deve predisporre per consentire al lavoratore disabile l’accesso al lavoro e lo svolgimento delle proprie mansioni devono essere ragionevoli e non richiedere un onere finanziario sproporzionato. In questa valutazione assumono rilevanza la capacità economica dell’imprenditore, le dimensioni aziendali, il settore di attività, l’impatto dell’accomodamento sull’organizzazione complessiva e sui diritti degli altri lavoratori, nonché l’eventuale esistenza di misure compensative nel quadro della politica degli Stati membri a favore dei disabili. Pertanto, il datore di lavoro non potrà essere considerato inadempiente laddove abbia esplorato tutte le possibili alternative per garantire al lavoratore la prosecuzione del rapporto di lavoro e nessuna di queste sia risultata praticabile nel caso concreto senza imporre un onere sproporzionato. Tale complesso giudizio non potrà che essere condotto alla luce di un bilanciamento tra interessi che comprende l’interesse del lavoratore disabile a conservare un’occupazione compatibile con il suo stato di salute; l’interesse del datore di lavoro ad assicurarsi una prestazione lavorativa, anche ridotta, che sia comunque sostenibile per l’equilibrio economico dell’impresa; l’interesse degli altri dipendenti a non vedere deteriorate le proprie condizioni lavorative<sup>6</sup>. In definitiva, sembra potersi ammettere che, conformemente allo

<sup>5</sup> ALLIERI, *Disabilità e superamento del periodo di comporta: la difficile ma necessaria ricerca di soluzioni equilibrate*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2025, I, 80 ss., spec. 81-85.

<sup>6</sup> DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 1738 ss., 1754. Sul punto, Cass., sez. lav., 9 marzo 2021, n. 6497, in *OneLegale*, secondo cui «potrà dirsi ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un’attività che sia utile per l’azienda e che imponga all’imprenditore, oltre che al personale eventualmente

spirito del quadro normativo entro cui si inserisce, l'introduzione dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli sancisce il passaggio da una tutela statica del lavoratore disabile, che si limita a inserirlo nell'organizzazione aziendale così come è, ad una tutela che si può definire dinamica, la quale impone di adattare l'organizzazione stessa – entro i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità – alle esigenze della persona.

**3. Chiarito il contenuto e la portata dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli,** resta da esaminare quali strumenti contrattuali il lavoratore possa azionare per reagire al suo inadempimento. Così come di fronte ad altri inadempimenti datoriali tipici quali il mancato pagamento della retribuzione, la violazione degli obblighi di sicurezza *ex art. 2087 c.c.*, l'esercizio illegittimo dello *jus variandi* (demansionamento o trasferimento sprovvisti delle esigenze giustificatrici), anche dinnanzi all'inadempimento dell'obbligo di fornire accomodamenti ragionevoli, il lavoratore può esercitare l'eccezione di inadempimento, opponendo il rifiuto di adeguarsi all'ordine datoriale e di eseguire così la propria prestazione<sup>7</sup>. **Nell'esercizio del rimedio in autotutela, il giudizio di buona fede** *ex art. 1460, comma 2, c.c.* permette di assicurare il raccordo tra lo statuto speciale di protezione del lavoratore disabile così come delineato a livello internazionale e la disciplina del contratto di diritto interno, cui il lavoratore si rivolge alla ricerca di strumenti per limitare il potere datoriale. Il filtro della buona fede – quale parametro oggettivo ed elastico di valutazione comparativa di opposti interessi al fine di determinare, *a posteriori* e alla luce delle circostanze del caso concreto, quale di essi debba prevalere<sup>8</sup> – permette di accogliere nel rapporto contrattuale un temperamento tra gli interessi delle parti che prima il diritto sovranazionale e poi quello interno spostano<sup>9</sup>, **favorendolo, verso quello del lavoratore disabile, in un'ottica non solo antidiscriminatoria (l'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione aziendale così com'è) ma neanche inclusiva (l'adattamento dell'organizzazione aziendale alle specifiche esigenze del lavoratore disabile).**

Nel valutare se il rifiuto del lavoratore di svolgere la prestazione lavorativa sia **conforme a buona fede, l'entità dell'inadempimento rappresenta solamente uno degli aspetti** che il giudice deve prendere in considerazione, dal momento che, come noto, la **gravità dell'inadempimento non costituisce un presupposto dell'eccezione di**

coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo “la comune valutazione sociale”».

<sup>7</sup> Sul tema, per esempio, VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995, 49 ss.; FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, 2004, 260 ss.; ID., *Clausole generali, buona fede e contratto di lavoro*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2021, 77 ss.; RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 121 ss.

<sup>8</sup> Per questa concezione NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio (Appunti delle lezioni)*, Giuffrè, 1961; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XVI, Giuffrè, 1984; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 1968; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile 1. Fatti e atti giuridici*, II, Utet, 1986, 792; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, II, 1988, 154 ss.; BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537 ss.

<sup>9</sup> Si richiama, a questo proposito, l'immagine degli effetti “eccedenti” del diritto dell'Unione Europea nel diritto privato nazionale elaborata da BARGELLI, *Contratto e fonti europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 671 ss.

**inadempimento, a differenza di quanto prescrive l'art. 1455 c.c. per la risoluzione<sup>10</sup>; altresì, dovrà essere tenuto in considerazione il complessivo assetto di interessi regolato dal contratto, alla luce della concreta incidenza dell'inadempimento datoriale sulle fondamentali esigenze di vita e familiari del lavoratore. Nel caso del lavoratore disabile, questi parametri acquistano una valenza peculiare: l'inadempimento datoriale – il mancato accomodamento ragionevole – non solo può alterare l'equilibrio sinallagmatico del contratto ma al contempo può violare anche quello statuto speciale di protezione che l'ordinamento riconosce al lavoratore disabile, con un'incidenza particolarmente grave sulle sue esigenze di vita, legate proprio alla condizione di disabilità e alla possibilità stessa di continuare a lavorare.**

Sebbene il sistema sovranazionale di tutela della persona disabile chiami in causa primariamente il ruolo degli Stati e degli strumenti propri del diritto pubblico, esso può altresì offrire una particolare coloritura alla clausola della buona fede, configurando **l'esercizio dell'eccezione di inadempimento come un argine efficace al potere datoriale** in una pluralità di ipotesi. Sicuramente opererà nei casi più macroscopici di discriminazione e violazione dello statuto di protezione dei lavoratori disabili, nei quali la possibilità di procedere ad un accomodamento ragionevole non è stata neanche esplorata o è stata negata sulla base di esigenze aziendali inesistenti o agevolmente superabili. **Ma l'eccezione assumerà rilevanza anche nelle ipotesi più sfumate, in cui il sacrificio richiesto al datore di lavoro, sebbene consistente, debba in concreto considerarsi tollerabile e quindi doveroso – in altre parole, quando l'accomodamento è ragionevole.** In queste ipotesi, il rifiuto del lavoratore di continuare ad eseguire la propria **prestazione in mancanza della predisposizione dell'accomodamento dovrà considerarsi una reazione all'inadempimento dell'obbligo datoriale conforme a buona fede. Si previene così, quantomeno, quell'esito particolarmente iniquo** – precisamente quello che **l'ordinanza n. 30080/2024 della Cassazione ha cercato di evitare** – consistente nel legittimare il licenziamento proprio sulla base del rifiuto della prestazione opposto dal lavoratore a fronte del mancato accomodamento.

<sup>10</sup> Sul punto, BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il Codice Civile Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2011, 55-56; BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, in *disc. priv.* – *Sez. civ.*, VII, 1991, 331 ss., 342.

# Evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia di codatorialità \*

di GUALTIERO MICHELINI

Consigliere della Corte di cassazione

## ABSTRACT

Il saggio analizza l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in Italia riguardo alla codatorialità e all'individuazione di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro all'interno dei gruppi d'impresa. L'autore evidenzia il passaggio da un approccio punitivo, basato sulla prova della frode o della simulazione, a un modello fondato sul principio di effettività. In questa nuova prospettiva, la responsabilità solidale tra diverse società del gruppo scatta laddove vi sia un'integrazione funzionale e l'esercizio contemporaneo dei poteri datoriali, a prescindere dall'intento elusivo. Il Saggio esamina inoltre i riflessi processuali, l'onere di repêchage e le recenti conferme della Corte di Cassazione nel 2024 e 2025.

*This essay examines the evolution of the Italian Supreme Court's jurisprudence concerning joint employer status (codatorialità) and the identification of a single center of imputation for employment relationships within corporate groups. The author highlights a shift from a focus on fraudulent fragmentation and sham arrangements to a perspective rooted in the principle of effectiveness. Under this modern approach, joint and several liability among group companies arises from functional integration and the shared exercise of managerial powers, regardless of any intent to circumvent the law. The study further explores procedural implications, the duty to relocate (repêchage), and recent landmark rulings from 2024 and 2025.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. La nozione di gruppo di imprese – 3. Cenni diritto societario – 4. Evoluzione della giurisprudenza di legittimità – 5. Codatorialità e ricollocamento del lavoratore – 6. Codatorialità e contraddittorio – 7. Casistica – 8. Principio di effettività – 9. Sistemazioni dottrinali.

**1.** La tesi che intendo sviluppare in questo contributo, con la consapevolezza della linearità consentita dalle costruzioni teoriche rispetto alla complessità dei casi concreti e ai possibili *stop and go* registrabili negli specifici arresti giurisprudenziali, è la seguente: la giurisprudenza di legittimità in materia di crediti di lavoro nei confronti di gruppi di imprese o imprese collegate o fenomeni simili si è sviluppata con un mutamento di prospettiva di tutela di tali crediti, passando all'accertamento del fenomeno del

\* Il presente contributo rappresenta la trascrizione dell'intervento svolto nel corso del seminario «I rimedi nel diritto del lavoro e nel diritto civile. Principi, fattispecie, regole, tutele nel dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza», sessione «Le obbligazioni solidali e la codatorialità: soggetti, contenuto, azioni», svoltosi a Lucca, Convento di San Cerbone, il 7, 8 e 9 novembre 2025. Le opinioni espresse sono esclusivamente dell'autore. Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 30.12.2025.

fraudolento collegamento economico-funzionale tra le imprese interessate e coinvolte, in senso lato, nel rapporto di lavoro alla configurazione di situazione di codatorialità, scevra da connotazioni di illegittimità. Sul piano processuale e probatorio, ciò significa il superamento della necessità di prova della simulazione del frazionamento datoriale per valorizzare il principio di effettività, in vista della tutela solidale del credito del lavoratore.

La questione, come sopra schematizzata e semplificata, può presentare e presenta, nella casistica concreta, intersezioni e interferenze con fenomeni e casi di licenziamenti collettivi, trasferimento di azienda o ramo di azienda, licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, distacco di lavoratori, somministrazione di lavoro, interposizione di manodopera, appalti (genuini o meno), appalti di servizi, cambio appalto, effetti di tutela reale o meno, questioni di *repêchage*, e anche regole UE antitrust. Questioni ovviamente non sviluppabili tutte in questa sede, ma che è opportuno tenere come sfondo di riferimento per le conseguenze di tutela azionabili in concreto.

**2.** Come affermato da Cass., 20 dicembre 2016, n. 26346 (conf. Cass., 21 gennaio 2022, n. 2014, ma cfr. già Cass., 15 maggio 2006, n. 11107) il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo non è, di per sé solo, sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti ad un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso fra un lavoratore e una di esse, si debbano estendere anche **all'altra, a meno che non sussista una situazione che consenta di ravvisare** – anche al fine **della sussistenza del requisito numerico per l'applicabilità della cd. tutela reale del lavoratore licenziato** – un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro.

Tale situazione ricorre ogni volta vi sia una simulazione o una preordinazione in **frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale** e ciò venga rivelato dai seguenti requisiti: a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo ed il correlativo interesse comune; c) coordinamento tecnico ed amministrativo- finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori (nella specie, è stata confermata la **sentenza di merito che aveva desunto l'unicità del centro di imputazione di un rapporto di lavoro dall'utilizzo promiscuo dei dipendenti ad opera del titolare di una ditta individuale e di una serie di società riconducibili a lui e alla moglie, aventi tutte la medesima sede**).

Nel caso esaminato da Cass., 31 luglio 2017, n. 19023 è stata confermata la **sentenza che aveva desunto l'unicità del centro di imputazione di un rapporto di lavoro dalla commistione di ruoli di soci e amministratori delle diverse società del gruppo, dall'uso della medesima sede per le attività riferibili a più soggetti, dall'artificioso frazionamento della medesima attività senza autonomia giuridica e gestionale tra le varie società, oltre che dalla circostanza che il lavoratore rendeva la propria prestazione in favore di tutte le società del gruppo**.

Appunto Cass., 15 maggio 2006, n. 11107 aveva precisato che il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo non è di per sé solo sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti ad un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso fra un lavoratore e una di esse, si debbano

estendere anche all'altra, a meno che non sussista una situazione che consenta di ravvisare – anche all'eventuale fine della valutazione di sussistenza del requisito numerico per l'applicabilità della cosiddetta tutela reale del lavoratore licenziato – un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro; e aveva specificato che si tratta di valutazione di fatto rimessa al giudice di merito e sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione.

**3.** L'individuazione di centro di imputazione unitario tra imprese caratterizzate da collegamento economico-funzionale deve tener conto della disciplina dettata dall'art. 2359 c.c., sulle società controllate e collegate, e dall'art. 2497 c.c., in materia di direzione e coordinamento di società. L'introduzione, con il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, del comma 4-ter nell'art. 30 d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che disciplina il distacco di personale tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa, ammette poi espressamente la «codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete».

**4.** Il passo successivo nella sistemazione dogmatica del tema è consistito nell'ammissione della codatorialità in riferimento a gruppi di imprese genuini. Si è, infatti, affermato, nella giurisprudenza di merito e quindi di legittimità, che è giuridicamente possibile concepire un'impresa unitaria che alimenta varie attività formalmente affidate a soggetti diversi, ben potendo esistere un rapporto di lavoro che veda nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione del datore di lavoro più persone, rendendo così solidale l'obbligazione del datore di lavoro, secondo lo schema dell'obbligazione soggettivamente complessa, fermo il divieto di dissociazione tra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale, che realizzi un'interposizione illecita di manodopera.

In questo senso, Cass., 9 gennaio 2019, n. 267, confermato che il collegamento economico-funzionale tra imprese di un medesimo gruppo non comporta il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di personalità giuridica distinta e non determina *ex se* l'estensione degli obblighi inerenti al rapporto di lavoro con una di esse alle altre dello stesso gruppo, ha esplicitato che la codatorialità nell'impresa di gruppo presuppone l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione economica complessiva a cui appartiene il datore di lavoro formale, nonché la condivisione della prestazione del medesimo, al fine di soddisfare l'interesse di gruppo, da parte delle diverse società, che esercitano i tipici poteri datoriali e diventano datori sostanziali (in questo caso ai fini dell'applicazione delle disposizioni in tema di licenziamento collettivo, dato che si trattava di decisione di merito, confermata, che, ravvisata una situazione di codatorialità per avere il lavoratore prestato la propria attività indistintamente per più imprese del gruppo, essendo sottoposto ai poteri direttivi della capofila, aveva dichiarato illegittimo il recesso disposto nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo riferita alla singola realtà aziendale invece che all'impresa di gruppo).

**5.** Quanto all'onere di *repêchage*, Cass., 22 marzo 2016, n. 5592 aveva chiarito che, in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di *repêchage* del dipendente licenziato, in quanto requisito di legittimità del recesso datoriale, senza che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili, essendo contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i suddetti oneri. Infatti, gli oneri di allegazione e prova sono a carico della stessa parte, e opera in generale il criterio di prossimità (o vicinanza)

alla prova. Pertanto, (Cass., 9 maggio 2018, n. 11166), in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, solo la figura della codatorialità ovvero la sussistenza di un **unico centro di imputazione del rapporto di lavoro, impone che l'assolvimento dell'obbligo di *repêchage*** sia valutato in relazione a tutte le società del gruppo, mentre, **ai fini di tale estensione, non è sufficiente la mera deduzione dell'esistenza di un gruppo di imprese.**

**6.** I riflessi della configurazione di codatorialità rispetto al contraddittorio sono stati esaminati in prima battuta da Cass., 13 novembre 2018, n. 29179, chiarendo che, ove si sia in presenza di un unico soggetto (solo fittiziamente frammentato in più imprese), **l'obbligo di *repêchage* deve essere assolto con riferimento a tutte le suddette imprese; in caso contrario, l'ambito di valutazione è circoscritto all'azienda datrice di lavoro**, ancorché facente parte di un gruppo composto da più società. Secondo Cass., 7 marzo 2019, n. 6664, nel caso di domanda del lavoratore intesa ad accertare un rapporto **plurisoggettivo, cd. di codatorialità, ai sensi dell'art. 102 c.p.c., è necessaria l'estensione del contraddittorio a tutti i soggetti individuati quali contitolari del rapporto di lavoro, agendo il lavoratore per l'accertamento, con efficacia di giudicato, di un unico centro di imputazione dal lato passivo del rapporto, e non per affermarne l'esistenza con l'unico datore di lavoro effettivo, e negarlo con quello apparente, ipotesi diversa in quanto l'accertamento negativo del rapporto fittizio con il datore di lavoro interposto è conosciuta dal giudice in via soltanto incidentale.** Infatti (Cass., 24 gennaio 2020, n. 1656), **nell'ambito dei gruppi societari, se il dipendente licenziato per giustificato motivo oggettivo non chiama in causa tutte le imprese per cui sostiene di aver prestato la propria attività, soltanto l'azienda titolare del rapporto di lavoro è tenuta ad assolvere l'obbligo di *repêchage*.**

**7.** Amplissima e variegata la casistica in materia.

Nella fattispecie esaminata da Cass., 11 febbraio 2019, n. 3899, di lavoratrice che aveva prestato la sua attività in favore delle società convenute, e che aveva osservato direttive provenienti da soggetti delle diverse società, è stato accertato che con le indicate società, pur non essendo ravvisabile un vero e proprio gruppo aziendale, esisteva una situazione di codatorialità. Ciò in quanto, sebbene il rapporto fosse stato formalmente instaurato con una società, tuttavia in concreto era risultato provato **che l'attività lavorativa era stata prestata anche in favore delle altre società, le quali erano tutte solidalmente responsabili delle conseguenze delle iniziative assunte dalla datrice di lavoro formale. A prescindere dalla prova dell'esistenza di un vero e proprio gruppo societario, la prestazione lavorativa resa per oltre dieci anni, contestualmente, oltre che in favore della società datrice di lavoro formale, anche in favore delle altre società convenute, al di là della prova dell'esistenza di un vero e proprio gruppo societario, realizza una situazione di codatorialità.** Qualora uno stesso dipendente presti servizio contemporaneamente a favore di diversi datori di lavoro, titolari di distinte imprese, e **l'attività sia svolta in modo indifferenziato, così che in essa non possa distinguersi quale parte sia stata svolta nell'interesse di un datore e quale nell'interesse degli altri, è configurabile l'unicità del rapporto di lavoro e tutti i fruitori dell'attività del lavoratore devono essere considerati solidalmente responsabili nei suoi confronti per le obbligazioni relative, ai sensi dell'art. 1294 c.c.**

In ambito lavoristico, il concetto di impresa e di datore di lavoro è infatti individuabile, sulla base di una *concezione realistica*, nel soggetto che effettivamente

utilizza la prestazione di lavoro ed è titolare dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione stessa è destinata ad inserirsi.

Nel caso oggetto della pronuncia Cass., 3 dicembre 2019, n. 31519, dall'istruttoria espletata era emersa l'esistenza tra le società convenute di un'organizzazione unitaria, intesa come unico centro decisionale, facente capo a una società capogruppo che risultava esercitare una concreta ingerenza nella gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti di altra società formale datrice di lavoro, ingerenza eccedente il ruolo di direzione e coordinamento generale che normalmente spetta ad una società capogruppo sul complesso delle attività delle società controllate. In tal caso, è stata giudicata irrilevante, al fine del riferimento del rapporto a entrambe le società, la mancanza di **prova dell'intento fraudolento e della natura simulata dei rapporti tra le due società**. È stata dichiarata l'illegittimità del licenziamento per non avere le società fornito la **prova dell'impossibilità di ricollocare la lavoratrice licenziata per cessazione di attività dalla formale datrice di lavoro, in altro posto di lavoro all'interno** della organizzazione produttiva del gruppo, una volta accertato il collegamento funzionale tra le società gestite dal medesimo gruppo, a prescindere dalla simulazione o preordinazione fraudolenta. In presenza di determinate circostanze, la titolarità del rapporto medesimo può essere riferita contemporaneamente a più soggetti che, sebbene formalmente distinti, si pongano, per il collegamento funzionale tra essi esistente, come espressione di un unico centro di interessi e, quindi, di impresa sostanzialmente unitaria.

Dunque, la giurisprudenza di legittimità ha progressivamente chiarito che, se è **dimostrata l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte di più** aziende che siano espressione di un unico centro decisionale, si prescinde dalla prova del **carattere simulatorio**. **L'esigenza di individuare con precisione un unico centro di** imputazione cui ricondurre la gestione del singolo rapporto di lavoro, al di là degli schemi societari ovvero di una pluralità di strutture organizzative, risponde al dato normativo **base dell'art. 2094 c.c.**

Ancora, nel caso di cui a Cass., 27 aprile 2022, n. 13207, è stato accertato che gli elementi di collegamento fra le società avevano travalicato, per caratteristiche e finalità, le connotazioni di una mera sinergia fra consociate per sconfinare in una compenetrazione di mezzi e di attività, sintomatica della sostanziale unicità soggettiva. **Stante la possibilità di concepire un'impresa unitaria anche in presenza di gruppi** genuini, in condizione di codatorialità, viene, in tale pronuncia, valorizzata la **condivisione della prestazione del lavoratore, al fine di soddisfare l'interesse di gruppo**, da parte delle diverse società, che esercitano i tipici poteri datoriali e diventano datori **sostanziali**. **Questo accertamento assorbe il requisito dell'uso promiscuo dell'attività dei** lavoratori da parte delle due società e consente di superare il dato formale rappresentato dal titolo giuridico in base al quale i dipendenti di una società venivano utilizzati da altre società del gruppo.

**8.** In base al principio di effettività, la sostanziale unitarietà della struttura imprenditoriale determina la configurabilità in concreto di un unico soggetto datoriale ai fini della responsabilità solidale per i crediti del lavoratore.

Nel caso di cui a Cass., 25 maggio 2022, n. 16975, è stata confermata la condanna **in solido tra loro di 3 società a reintegrare la lavoratrice e a pagare l'indennità risarcitoria**, rinvenuto un unico centro di imputazione di interessi, posto che tutte le società avevano

il medesimo amministratore unico, e accertato il carattere fittizio del contratto di appalto di servizi (rivelatosi un appalto di mera manodopera) stipulato tra due di esse.

**Nel caso cui a Cass., 27 giugno 2024, n. 17736, accertata l'esistenza di un unico centro di imputazione di interessi tra 3 società, quantunque sussistesse rapporto di lavoro dall'inizio con un unico datore formale, è stato confermato l'ordine a una delle tre società (quella non fallita e non chiusa) di riassumere il lavoratore, in base all'accertamento dell'effettiva esistenza dell'invocato centro unitario di imputazione rispetto al rapporto di lavoro formalmente intercorso con la sola società fallita, ma da imputare anche ad altra società attiva e a società in liquidazione. L'accertata codatorialità determina l'attribuzione in via solidale a tutte le tre società delle obbligazioni derivanti dal dedotto rapporto di lavoro e l'accoglimento della richiesta di ripristino avanzata nei confronti della società attiva, in forza del vincolo di solidarietà. Si afferma, inoltre, che l'azione per l'invalidità del recesso intimato dall'apparente datore di lavoro non preclude la possibilità di agire in giudizio per l'accertamento della sussistenza di codatorialità, in quanto le vicende relative al rapporto di lavoro formalmente in essere non incidono in via preclusiva sul rapporto di lavoro sostanziale intercorrente con diverso (o plurimo) datore di lavoro.**

**In tale ipotesi concreta, la società sosteneva che l'esternalizzazione del servizio, con affidamento in appalto dello stesso a terzo cessionario del ramo di azienda, è comunemente effettuata nel settore dei servizi, non rappresenta indice di un unico centro di imputazione, è indicativa di un'organizzazione che porta a differenziare le attività tra soggetti autonomi e distinti. La pronuncia ha, peraltro, affermato che la codatorialità nell'impresa di gruppo presuppone l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione economica complessiva a cui appartiene il datore di lavoro formale, nonché la condivisione della prestazione del medesimo, al fine di soddisfare l'interesse di gruppo, da parte delle diverse società, che esercitano i tipici poteri datoriali e diventano datori sostanziali. Ha evidenziato che l'iniziale approccio della giurisprudenza era incentrato sulle frammentazioni fraudolente fra più società, finalizzate all'elusione di norme imperative (segnatamente con riguardo al limite dimensionale per la tutela reale contro il licenziamento illegittimo). Si è successivamente registrato lo sganciamento dalla necessità di prova dell'abusiva frammentazione societaria, con l'ammissione di codatorialità in riferimento anche a gruppi genuini, anche sulla scia della nozione di «direzione e coordinamento» di società, introdotta nell'art. 2497 c.c., in coerenza col peso attribuito dall'ordinamento europeo alla nozione di gruppo di imprese**

**Invero, il fenomeno dell'integrazione societaria può evolversi in forme molteplici, non necessariamente di strumentalizzazione della struttura di gruppo. Anche in presenza di gruppi genuini, ma fortemente integrati, può esistere un rapporto di lavoro che veda nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione del datore di lavoro più persone giuridiche, rendendo così solidale l'obbligazione del datore di lavoro. Proprio valorizzando gli indici di integrazione tra società collegate economicamente e funzionalmente, quali tratti caratteristici della fattispecie della direzione e del coordinamento di società, nel momento in cui venga accertata (con specifico riguardo al rapporto di lavoro e dall'angolazione del lavoratore) l'utilizzazione promiscua della forza lavoro da parte delle diverse società del gruppo, queste possono essere considerate codatrici del medesimo lavoratore, secondo lo schema dell'obbligazione soggettivamente complessa. A tale riguardo, sussiste riserva al giudice di merito dell'accertamento di fatto sugli elementi di collegamento fra le società, essendo possibile concepire un'impresa**

unitaria anche in presenza di gruppi genuini, in condizione di codatorialità, in base al principio di effettività. Nel caso di cui a Cass., 8 agosto 2024, n. 22509 è stato ribadito che il collegamento economico-funzionale tra imprese di un medesimo gruppo non comporta il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di distinta personalità giuridica e non determina, di per sé, l'estensione degli obblighi inerenti al rapporto di lavoro con una di esse alle altre imprese del gruppo, mentre la codatorialità, che implica la sussistenza di un unico centro d'imputazione del rapporto, presuppone l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione economica complessiva a cui appartiene il datore di lavoro formale, nonché la condivisione della prestazione del medesimo, al fine di soddisfare l'interesse di gruppo, da parte delle diverse società, le quali diventano datori di lavoro sostanziali, anche ai fini dell'applicazione delle norme sul rapporto di lavoro del dirigente. È stato poi precisato che, nella definizione di unicità del centro di imputazione del rapporto di lavoro, il riferimento alla simulazione o preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale risente di una preoccupazione per le frammentazioni fraudolente fra più società, finalizzate all'elusione delle norme imperative (con particolare riferimento al requisito occupazionale rilevante per la tutela cd. reale o all'ampiezza dell'obbligo di *repêchage*). Sotto altro profilo, è stata rilevata l'omessa considerazione del fenomeno del gruppo di imprese da parte della legge fallimentare del 1942. In giurisprudenza è stata progressivamente affermata la necessità di valorizzare l'elemento di genuinità e di forte integrazione, superando l'iniziale riferimento agli elementi sintomatici di una frode alla legge, essendo piuttosto divenuti tratti caratteristici della fattispecie la direzione e il coordinamento di società. Richiamato il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (C.C.I.I. - d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 e succ. modd.), che regola a livello generale la crisi o l'insolvenza del gruppo, disciplinandone strumenti e procedure (Titolo VI, Capi I - IV: artt. 284 – 292), è stato osservato che il gruppo di imprese resta fenomeno unitario sotto il profilo economico, ma non sotto quello giuridico, per effetto della distinta personalità giuridica. Occorre, pertanto, individuare, nella modulazione delle modalità e della misura di temperato bilanciamento dei collegamenti economici, finanziari e organizzativi tra i soggetti partecipanti con tale principio, il punto di equilibrio fra unità economica e pluralità giuridica.

In questo senso, il tema della modulazione flessibile del fenomeno del gruppo di imprese si pone in riferimento all'imputabilità datoriale dei rapporti di lavoro, da risolvere con accertamento di merito, da condurre volta per volta in stretta aderenza alla realtà strutturale ed organizzativa dell'impresa (unitaria economicamente, ma plurale giuridicamente), fisiologicamente gestita attraverso tale strumento, così che ad essa si conformi coerentemente la tutela giuridica dei rapporti. Se, all'esito di un tale accertamento, la risultanza sarà quella di una condivisione della prestazione del lavoratore, inserito nell'organizzazione economica complessiva a cui appartiene il datore di lavoro formale, da parte delle diverse società che esercitano i tipici poteri datoriali e diventano datori sostanziali, al fine di soddisfare l'interesse di gruppo, la qualificazione giuridica dell'imputazione sarà quella di codatorialità. Infatti, al di là della diversa qualificazione giuridica del rapporto di direzione del lavoratore, più formale in un caso («codatorialità»), più sostanzialistica nell'altro («unicità di centro di imputazione», depurata da ogni riferimento elusivo o fraudolento), poco cambia tanto per il lavoratore

tanto per la parte datoriale complessa, trattandosi comunque di istituzione di una responsabilità solidale della seconda nei confronti del primo (art. 1292 c.c.).

Nei casi di cui a Cass., 23 giugno 2025, n. 16839 e Cass., 23 giugno 2025, n. 16840, accertata la contitolarità tra due società del rapporto di lavoro di un dirigente (codatorialità), è stato affermato che la codatorialità, la quale prescinde dalla natura simulata o fraudolenta del fenomeno del collegamento tra imprese, determina la responsabilità solidale tra i diversi co-datori che utilizzano contemporaneamente la **prestazione dei medesimi dipendenti, ma non dà luogo a duplicazione dell'obbligazione lavorativa, né sotto il profilo retributivo né sotto quello della titolarità del rapporto.**

In sostanza, può registrarsi in giurisprudenza il superamento della relazione bilaterale tra il lavoratore e un solo datore di lavoro, quale tratto caratterizzante il **contratto di lavoro subordinato, per l'emersione della nozione di codatorialità (tipica e atipica)** nel rapporto di lavoro, quale elemento di sistemazione dogmatica della materia.

Per la configurazione di codatorialità, sono necessarie le due concorrenti **condizioni dell'esercizio contemporaneo dei poteri datoriali da parte di più soggetti, e dello svolgimento della prestazione lavorativa nell'interesse condiviso di soggetti tra di loro formalmente distinti.**

**L'evoluzione della giurisprudenza in materia di gruppi d'impresa determina un ampliamento della tutela, dalla focalizzazione sulla verifica delle frammentazioni fraudolente fra più società al fine di elusione di norme imperative anche in materia di rapporti di lavoro, alla caratterizzazione dei tratti dell'unitario centro di imputazione, sino all'odierna corrente nozione di codatorialità, per identificare le ipotesi di contitolarità del contratto di lavoro a cui consegue il riconoscimento della responsabilità solidale tra tutti i datori di lavoro.**

Lo schema plurisoggettivo, che estende la tutela del lavoratore-creditore nei confronti di tutti i soggetti giuridici coinvolti per parte datoriale-debitrice, in termini di responsabilità solidale (quindi non in termini di sostituzione o cumulo soggettivi), non muta la natura delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro, ossia, in principalità, il credito-debito retributivo (alla retribuzione unitaria conforme alla qualità e quantità del lavoro prestato, e non a più retribuzioni per quanti siano i datori di **lavoro formali**) e la **protezione da licenziamento illegittimo, ferma l'impugnazione nei confronti dei soggetti identificabili come co-datori, e previo accertamento dell'illegittimità (eventualmente anche per intimazione da parte di soggetto a ciò non legittimato)** del recesso.

**La codatorialità si fonda sull'inserimento del lavoratore nell'organizzazione economica complessiva del gruppo e sulla condivisione della prestazione tra più società, ciascuna delle quali esercita poteri datoriali in funzione dell'interesse del gruppo stesso**

**La prova dell'utilizzazione contemporanea della prestazione da parte di più aziende che siano espressione di un unico centro decisionale è, dunque, sufficiente, senza che sia necessaria la prova del carattere simulatorio. Ciò in quanto l'obiettivo è individuare l'effettivo centro di imputazione datoriale, in linea con il principio di all'art. 2094 c.c., che valorizza l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione del datore e la soggezione al suo potere direttivo.**

Nel caso di cui a Cass., 25 settembre 2025, n. 26170, una lavoratrice, dipendente **della società di un gruppo, da questa licenziata nell'ambito di una procedura collettiva e reintegrata in una diversa causa, aveva convenuto in giudizio anche altre società riconducibili allo stesso gruppo, chiedendo l'accertamento dell'illegittima**

intermediazione di manodopera ovvero, in subordine, della sussistenza di un rapporto di lavoro unico con il gruppo nel suo complesso, prospettando quindi la ricorrenza di una situazione di codatorialità (utile per attivare la responsabilità solidale di tutte le società **con riguardo alla disposta reintegrazione**). **La Cassazione, nell'accogliere il ricorso della lavoratrice** avverso la decisione di rigetto delle domande, ha richiamato i principi affermati dalla propria giurisprudenza più recente, osservando che: (i) la codatorialità può sussistere non solo nei casi di frazionamento fraudolento del gruppo, ma anche in presenza di gruppi genuini, quando vi sia effettiva integrazione organizzativa, produttiva ed economico-funzionale e la prestazione lavorativa sia condivisa tra più società del **gruppo nell'interesse comune**; (ii) **l'effetto dell'accertamento è la configurazione di una obbligazione solidale a carico di tutte le società utilizzatrici della prestazione**, con riguardo sia al pagamento delle retribuzioni sia alla tutela contro il licenziamento **illegittimo**; (iii) **la Corte d'appello ha nel caso in esame errato nel richiedere la prova di un intento fraudolento e nel non valorizzare, invece, gli elementi di integrazione e di effettiva utilizzazione comune della lavoratrice**, incorrendo in un vizio di sussunzione; (iv) spetta al giudice di rinvio verificare, alla luce di tali principi, se nel caso concreto ricorrano i presupposti per riconoscere la codatorialità tra le società del gruppo rispetto al ricorrente.

In sintesi, allo stato può enuclearsi il principio di diritto secondo cui la codatorialità **nell'impresa di gruppo presuppone l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione economica complessiva a cui appartiene il datore di lavoro formale, nonché la condivisione della prestazione del medesimo, al fine di soddisfare l'interesse di gruppo**, da parte delle diverse società, che esercitano i tipici poteri datoriali e diventano datori **sostanziali, secondo le regole generali di imputazione del rapporto all'effettivo utilizzatore della prestazione**, ovvero agli effettivi utilizzatori promiscui secondo i principi delle obbligazioni solidali.

**9.** La dottrina ha sottolineato il superamento della relazione bilaterale tra il lavoratore ed un solo datore di lavoro, quale tratto caratterizzante il contratto di lavoro subordinato,

Si è precisato che, per la configurazione di codatorialità (atipica) nel rapporto di **lavoro subordinato, sono necessarie due concorrenti condizioni: l'esercizio contemporaneo ed indistinto di tutti i poteri datoriali da parte di più soggetti e lo svolgimento della prestazione lavorativa nell'interesse condiviso di soggetti tra di loro distinti. E' stato osservato che si tratta di sistemazione dogmatica alla complessità delle attuali dinamiche occupazionali, configurandosi la codatorialità come un fenomeno giuridico che, per il lavoratore, comporta il riconoscimento di una garanzia rafforzata nei confronti del datore di lavoro sostanziale, mediante l'estensione della responsabilità solidale a tutti i soggetti formalmente coinvolti nella posizione datoriale, riferita ai crediti retributivi e agli obblighi risarcitori o reintegratori derivanti dall'illegittimità del recesso. Lo schema plurisoggettivo, che amplia l'ambito di tutela del lavoratore- creditore, non altera la natura delle obbligazioni nascenti dal rapporto di lavoro: resta, infatti, unitaria la prestazione retributiva, commisurata alla qualità e quantità del lavoro svolto, indipendentemente dal numero dei co- datori formali, e resta intatta la garanzia contro il licenziamento illegittimo.**

**In quest'ottica, la codatorialità non costituisce una garanzia autonoma né dà luogo a un'obbligazione fondata su una distinta causa concreta: essa non può, pertanto, essere**

intesa come una forma di sostituzione soggettiva rispetto alla solidarietà, giacché ciò **comporterebbe un'inammissibile duplicazione delle tutele previste dall'ordinamento.**

Quanto al licenziamento, le vicende relative al rapporto di lavoro formale non **precludono la possibilità di agire in giudizio per l'accertamento della sussistenza di un** diverso e più ampio rapporto di lavoro sostanziale con un altro o con più datori di lavoro; pertanto, aver impugnato il licenziamento contro il datore di lavoro formale non impedisce di agire contro il vero datore di lavoro.

Secondo la dottrina, la Cassazione sembra orientarsi verso una distinzione **dinamica: non serve la «frode» societaria, ma può bastare l'assetto integrato per** qualificare la codatorialità. Ciò sposta il baricentro verso la verifica delle «condotte concrete» piuttosto che della struttura formale.

**L'evoluzione della giurisprudenza in materia può, così, essere ricostruita nei** seguenti termini:

- la più risalente giurisprudenza in materia di gruppi societari si era concentrata sulla verifica delle frammentazioni fraudolente fra più società, il cui preminente fine era quello della elusione delle norme imperative anche in materia di rapporti di lavoro;

- **per potersi realizzare l'estensione degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro** anche nei confronti di altre società del medesimo gruppo era necessaria, non solo, la verifica circa il collegamento economico- funzionale tra le società, ma anche la simulazione o la preordinazione in frode alla legge del frazionamento di una sola attività tra una pluralità di soggetti;

- successivamente la giurisprudenza, ampliando il proprio raggio di indagine, **aveva delineato i tratti caratterizzanti l'unitario centro di imputazione;**

- **un ulteriore passo in avanti era stato rappresentato dall'emersione della nozione** di codatorialità per identificare le ipotesi di contitolarità del contratto di lavoro, cui consegue il riconoscimento della responsabilità solidale tra tutti i datori di lavoro;

- i primi tre indici sintomatici della frode così come individuati dalla **giurisprudenza (l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; la direzione alla** realizzazione del comune interesse del gruppo; il coordinamento tecnico e amministrativo finanziario) integrano, in realtà, la nozione di direzione e coordinamento **di cui all'art. 2497 c.c.;**

- **solo l'ultimo elemento (l'utilizzazione contemporanea e promiscua del** lavoratore da parte di più società) consente di qualificare le diverse società del gruppo quali co-datrici del medesimo lavoratore.

È stata anche elaborata la nozione di codatorialità tipica, tra reti di imprese, con **un contratto plurilaterale di cooperazione interaziendale, in funzione dell'esercizio** integrato di imprese per il raggiungimento di un risultato comune. Mentre nei gruppi di imprese vengono valorizzati la direzione e il coordinamento *ex art. 2497 c.c.*, nelle reti di imprese rileva il programma comune di rete (art. 3, comma 4-*ter*, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con modificazioni dalla l. 9 aprile 2009, n. 33). In tale ambito, la **codatorialità non rappresenta solo uno strumento rimediabile all'impiego dello stesso** lavoratore da parte di una pluralità di datori di lavoro, ma anche una facoltà introdotta dal legislatore, nel solo alveo delle reti di imprese.

**La raffinazione della nozione di codatorialità porta all'emersione delle nozioni di** responsabilità di filiera e di pluri-datorialità, anche con esigenze di tipizzazione.

# La tutela del lavoratore illegittimamente demansionato \*

di FRANCESCO MOLINARO

Magistrato e abilitato alle funzioni di professore universitario di II fascia

## ABSTRACT

Il saggio si prefigge l'obiettivo di indagare gli strumenti di tutela a disposizione del lavoratore illegittimamente demansionato, al fine di dimostrare che tale soggetto, oltre alla tutela squisitamente risarcitoria, può esperire, nelle ipotesi di demansionamento più gravi, il particolare strumento di autotutela privatistica delineato dall'art. 1460 c.c. Infatti, nel caso di condotte illegittime che incidono sulla personalità del lavoratore risultano integrati i presupposti dell'eccezione di inadempimento: rapporto di corrispettività teleologica e temporale tra le obbligazioni, l'inadempimento delle obbligazioni corrispettive e la non contrarietà a buona fede dell'*exceptio non adimpleti contractus*.

*The essay aims to investigate the means of protection available to workers who have been unlawfully demoted, in order to demonstrate that, in addition to purely compensatory protection, in the most serious cases of demotion, such workers may avail themselves of the specific means of private self-protection outlined in Article 1460 of the Italian Civil Code. In fact, in the case of unlawful conduct affecting the worker's personality, the conditions for the exception of non-performance are met: a teleological and temporal relationship of reciprocity between the obligations, the non-performance of the corresponding obligations and the non-contradiction with good faith of the exceptio non adimpleti contractus.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa; 2. La tutela risarcitoria: il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale; 3. L'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c.: ulteriore strumento di tutela del lavoratore illegittimamente demansionato?; 4. Considerazioni conclusive.

\* Lo scritto costituisce la riproduzione, con un essenziale apparato di note, dell'intervento programmato svolto in occasione del convegno "I rimedi nel diritto del lavoro e nel diritto civile. Principi, fattispecie, regole, tutele nel dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza", tenutosi in Lucca – Convento di San Cerbone, nei giorni 7, 8 e 9 novembre 2025. Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 30.12.2025.

**1. Il punto di partenza per l'analisi delle tutele a disposizione del lavoratore illegittimamente demansionato<sup>1</sup> è dato dal principio di contrattualità delle mansioni<sup>2</sup>, desumibile dagli artt. 2103 c.c. e 96 disp. att. c.c.**

Il primo statuisce che il lavoratore debba essere adibito alle mansioni per le quali **è stato assunto mentre il secondo impone al datore di lavoro l'obbligo di comunicare al prestatore, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica attribuitegli.**

**Tale principio conosce, tuttavia, una deroga nel secondo comma dell'art. 2103 c.c.** che riconosce al datore di lavoro il potere di modificare le mansioni del lavoratore (c.d. *ius variandi*), purché l'esercizio di tale potere avvenga nel rispetto di specifiche cautele volte a salvaguardare il complesso delle competenze e delle professionalità acquisite dal lavoratore, sia prima che nel corso dello svolgimento del rapporto lavorativo<sup>3</sup>.

**2.** La violazione di tali prerogative – **che si realizza attraverso l'ingiustificata sottrazione di parte delle mansioni originariamente assegnate al lavoratore ovvero mediante l'adibizione ad attività inferiori rispetto alla sua categoria legale di appartenenza<sup>4</sup>** – legittima il dipendente ad agire nei confronti del datore di lavoro per ottenere il risarcimento dei danni patiti.

<sup>1</sup> La tematica del demansionamento è stata diffusamente trattata in letteratura. Non potendo richiamare tutti gli Autori che si sono occupati della materia si rinvia a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo a ANGIELLO, *Il demansionamento: qualche riflessione*, in *Dir. lav.*, 2005, I, 5-6, 519; BELMONTE, *Jus variandi in peius e risarcimento del danno*, *Lav. prev. oggi*, 1982, 2346 ss.; CAIAFA, *Demansionamento: onere della prova e risarcimento del danno*, in *Dir. lav.*, 2004, II, 44; CANALI DE ROSSI, *Demansionamento e ius variandi: alcune questioni*, *Dir. prat. lav.*, 2004, 1521; DALLACASA, *Demansionamento del lavoratore e rifiuto di eseguire la prestazione richiesta*, in *Giur. lav.*, 2004, 1169 ss.; DI PAOLA, *La Corte costituzionale e i danni da demansionamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 831 ss.; FABBRI, *Le sezioni unite, lo ius variandi dell'imprenditore e il danno esistenziale da demansionamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, 99 ss.; RIVERSO, *Il demansionamento dal danno in re ipsa al danno da mortificazione personalità morale del lavoratore*, in *Lav. giur.*, 2013, 461 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 696 ss.; TUOZZO, *Demansionamento, onere della prova e danno esistenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 883 ss.; VALLEBONA, *L'onere della prova del demansionamento*, *Mass. giur. lav.*, 2007, 36 ss. Da ultimo si vedano i contributi di STOLFA, *Demansionamento: tipologie di danni risarcibili e relativa prova*, in *Lav. giur.*, 2024, 73 ss. e P. TOSI – PUCCETTI, *L'uniformità solo apparente della prova del danno da demansionamento*, in *Giur. it.*, 2021, 389 ss.

<sup>2</sup> Sul concetto di mansioni si rinvia a GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963, ss.; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli editore, 1982, 9 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, in *Noviss. dig. it. – App.*, IV, Utet, 1983, 1101 ss.; ID., *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei principi tradizionali*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, I, 162 ss.

<sup>3</sup> **In ordine alle deroghe previste dal secondo comma dell'art. 2103 c.c. si rinvia** ASSANTI, *sub art. 13*, in ID. e PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, 1972, 139 ss.; ASSORGIA, *Ancora sul mutamento verticale delle mansioni*, in *Dir. lav.*, 1991, II, 7 ss.; BAGIANTI, *Lo ius variandi del datore di lavoro tra dinamicità e staticità e la tutela processuale del lavoratore*, *Riv. giur. umbra*, 2005, 443 ss.; BARBANTI, *Il mutamento in peius delle mansioni del lavoratore*, in *Giur. it.*, 1995, 1 ss.; CATTANI, *Puntualizzazioni sullo ius variandi del datore di lavoro e sulla sua limitazione, desumibile dalle declaratorie contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 381 ss.; CECCONI, *Il "valore" della professionalità: violazione dell'art. 2103 c.c. e quantificazione del danno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 327 ss.; GIAMMARRIA, *Disciplina delle mansioni e flessibilità: le deroghe all'art. 2103 c.c.*, in *Flessibilità e diritto del lavoro* a cura di Santoro Passarelli, II, Giappichelli, 1997, 11 ss.; LISO, *Alcune osservazioni sul problema del mutamento delle mansioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 1152 ss.; POSO, *sub art. 2103 c.c.*, in *Comm. breve alle leggi sul lavoro* a cura di Grandi e Pera, Cedam, 1996, 292 ss.; SARTORI, *Limiti allo ius variandi e flessibilità: i paradossi della giurisprudenza*, in *Riv. dir. it. dir. lav.*, 2007, II, 654 ss.; VETTOR, *Violazione dell'art. 2103 c.c. e risarcimento del danno professionale*, in *Orient. Giur. lav.*, 1997, I, 62 ss.

<sup>4</sup> Sul punto occorre precisare che il legislatore, con il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (c.d. *Job's Act*), ha espunto dall'art. 2103 c.c. ogni riferimento alla nozione di "equivalenza", introducendo l'obbligo per il datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni che siano riconducibili allo stesso livello di inquadramento e categoria legale delle ultime effettivamente svolte. Tale modifica ha attenuato le tutele del lavoratore, in quanto prima del 2015 il datore di lavoro non poteva modificare le mansioni del lavoratore se non in *melius* mentre a seguito della menzionata novella il titolare dell'attività lavorativa può modificare le mansioni

In particolare, il lavoratore che abbia subito una modifica peggiorativa delle mansioni, essendo stato assegnato ad attività non riconducibili al livello e alla categoria legale di appartenenza o comunque inferiori a quelle corrispondenti alla propria qualifica professionale, può domandare il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali.

Con riferimento ai primi, il lavoratore può anzitutto chiedere il risarcimento del **danno derivante dall'impoverimento della capacità professionale o dalla mancata acquisizione di ulteriori competenze**. Si pensi, ad esempio, al pregiudizio patito **dall'infermiere** che, assegnato per diversi anni allo svolgimento di mansioni inerenti **all'assistenza diretta del paziente, abbia progressivamente perso dimestichezza con le competenze proprie della professione**.

Inoltre, il lavoratore illegittimamente demansionato può chiedere anche il risarcimento dal danno da perdita di *chance*<sup>5</sup>, consistente nel pregiudizio derivante dalla perdita della possibilità di conseguire una progressione di carriera e il correlato miglioramento retributivo.

purché le stesse siano ricomprese nel livello e nella categoria legale di appartenenza. In merito v. SIGNORELLI, *L'evoluzione giurisprudenziale del danno da demansionamento: una ricostruzione sistematica – I parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1512.

<sup>5</sup> Il danno da perdita di *chance*, la cui prima elaborazione nel panorama giurisprudenziale si deve a Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *DeJure*, è stato oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale in ordine alla sua definizione e portata, risolto da Cass., 9 marzo 2018, n. 5641, con nota di ZORZIT, *La Cassazione e lo «statuto» della perdita di chance: incertezze (di nessi) e possibili suggestioni sul «ritorno» del danno da perdita della vita*, in *Danno resp.*, 2019, 276, la quale ha affermato che nello studio della *chance* si devono evitare due paralogismi. In primo luogo, si deve evitare di configurare la *chance* non patrimoniale sul **modello di quella patrimoniale: quest'ultima postula la preesistenza di un quid** su cui andrà ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante, impedendone la possibile evoluzione migliorativa; **la chance non patrimoniale, invece, si modella sulla figura dell'interesse non pretensivo. Si innesta, infatti, su di una preesistente situazione sfavorevole rispetto alla quale non può in alcun modo rinvenirsi un quid inteso come preesistenza «positiva»**. In secondo luogo, si devono abbandonare le tesi della *chance* ontologica che evoca un danno in *re ipsa* e quella della *chance* eziologica che, invece, determina una inammissibile **sovrapposizione della dimensione della causalità con quella dell'evento di danno: la perdita di chance è un diminutivo astratto dell'illecito e non del nesso causale. La letteratura in tema di danno da perdita di chance è sterminata. Senza pretesa di esaustività si richiamano C. SCOGNAMIGLIO, *Riflessioni in tema di risarcimento del danno per c.d. perdita della chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1742 ss.; BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Eu. dir. priv.*, 2011, 945 ss.; BOLEGO, *Nesso causale e quantificazione del danno da perdita di una chance*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, 713 ss.; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquilano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, *Eu. dir. priv.*, 2008, 315 ss.; ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, *ivi*, 2010, 1 ss.; DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1181 ss.; FRENDA, *Il danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1325 ss.; ID., *«Multifattorialità dell'evento» e perdita di chances nella responsabilità medica: risarcimento parziale, risarcimento proporzionale, risarcimento equitativo...nessun risarcimento?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 379 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eu. dir. priv.*, 2010, 49 ss.; CRICENTI, *La chance come bene autonomo. Critica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1247 ss.; CHINDEMI, *Il danno non patrimoniale da perdita di chance dopo le sentenze di San martino*, *ivi*, 2011, 454 ss.; FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, *ivi*, 2021, 1078 ss.; GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 503 ss.; GATTI, *Riflessioni sulla (risarcibilità e sulla) quantificazione del danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 2113 ss.; LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance*, in *Danno resp.*, 2019, 349 ss.; LANOTTE, *Immotivata esclusione delle prove selettive e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 830 ss.; MALZANI, *La natura e la prova del danno da perdita di chance*, in *Danno resp.*, 2008, 777 ss.; MESSINA, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*, *ivi*, 2018, 335; NAPOLI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 52 ss.; PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita di chance*, *ivi*, 2000, 566; SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, *ivi*, 2003, 296; STAMERRA, *Perdita della capacità lavorativa, chance e risarcimento del danno patrimoniale*, in *Lav. Giur.*, 2021, 950 ss.**

La *chance*, intesa come perdita seria e attuale di un'occasione favorevole, non presuppone la ragionevole certezza dell'evento lesivo ma si accontenta della maggiore o minore probabilità di trarre profitto dall'occasione perduta. Tale probabilità deve essere provata dal lavoratore, poiché, come costantemente affermato dalla giurisprudenza, la perdita di *chance* non integra un danno in *re ipsa*<sup>6</sup>.

Pertanto, il lavoratore che intenda ottenere il risarcimento di questa voce di danno deve dimostrare che l'assegnazione a mansioni inferiori rispetto alla propria qualifica contrattuale gli abbia arrecato un pregiudizio concreto, come, ad esempio, l'impossibilità di partecipare ad un concorso interno finalizzato all'ottenimento di una qualifica professionale e retributiva superiore.

Da ultimo, il lavoratore illegittimamente demansionato può chiedere il risarcimento del danno curriculare, derivante dall'impossibilità di arricchire il proprio curriculum professionale attraverso lo svolgimento di mansioni ulteriori e più qualificanti.

Tale voce di danno, sebbene elaborata originariamente dalla giurisprudenza con riferimento alle ipotesi di illegittima esclusione di un'impresa da una gara pubblica<sup>7</sup> – al fine di compensare il pregiudizio sofferto dall'appaltatore per non aver potuto documentare l'esecuzione dell'appalto illegittimamente perduto<sup>8</sup> – ha trovato applicazione anche in altri settori dell'ordinamento, tra cui quello giuslavoristico<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> L'inammissibilità del risarcimento del danno in *re ipsa* è stata recentemente ribadita dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nella sentenza del 15 novembre 2022 n. 33645, in *Resp. civ. e prev.*, 2023 con note di BARGELLI, *Occupazione abusiva come specie di illecito: dall'agevolazione probatoria alla lesione della facoltà di godimento*, 18 ss.; FRANZONI, *Occupazione senza titolo, danno in re ipsa?*, 27 ss.; NANNA, *Sezioni Unite e danno da occupazione sine titolo, tra inutilità di «astrazioni concettuali» ed esigenze di semplificazione*, 37 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno e risarcimento nel problema dell'occupazione abusiva di un immobile*, 54 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 108 ss. con note di SALVI, *L'occupazione abusiva di immobile. Qualche teoria di troppo per una soluzione persuasiva*; in *Danno resp.*, 2023, 45 ss. MEZZANOTTE, *Le Sezioni Unite sul danno da illegittima occupazione di immobile*; RUGGIERO, *Lo statuto (probatorio) del danno da occupazione illegittima all'esame delle Sezioni Unite*, 53 ss.; PIAIA, *L'occupazione illegittima di beni immobili: danno «in re ipsa» al danno «normale» o «presunto»*, 59 ss.; in *Giur. it.*, 2023, 1273 ss. con nota di IULIANI, *Lesione del potere di godimento e risarcimento del danno*; in *Not.*, 2023, 417 ss. con nota di MARSICO, *Sull'occupazione sine titolo e danno in re ipsa: natura proteiforme della responsabilità civile e danni punitivi*; in *Giustiziacivile.com* con nota di Rossi, *Le Sezioni Unite sul danno da occupazione sine titolo di beni immobili: possibili riflessi sistematici*, 18 gennaio 2023 e con approfondimento del 17 marzo 2023 di MOLINARO, *Le Sezioni Unite della Corte di cassazione sciolgono il «nodo gordiano» del danno da occupazione abusiva di immobili*. Con specifico riguardo al danno da demansionamento v. Cass., 29 maggio 2018 n. 13484, in *Dir. Giust.*, 30 maggio 2018;

<sup>7</sup> Cons. Stato, 20 febbraio 2014 n. 790, in *Resp. civ. e prev.*, 2024, 1689, ribadendo il principio secondo cui in caso di responsabilità precontrattuale spetta il solo interesse negativo, ha escluso la risarcibilità del c.d. danno curriculare subito dall'impresa per la mancata esecuzione dell'appalto, giacché questo deriverebbe dall'interesse positivo a non subire la lesione del contratto e non dalla (sola) inutilità della trattativa (richiamata da DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento*, in *Giust. civ.*, 2021, 147, nota 67). Sulla dicotomia interesse positivo – interesse negativo si veda P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 637 e ANZANI, *Interesse positivo e interesse negativo nelle diverse forme di responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1694.

<sup>8</sup> Cfr. MEREU, *Brevi note sulla risarcibilità del danno curriculare e da perdita di chance in caso di assenza di gara pubblica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 976 e CARUSO, *Responsabilità della P.A. per i danni causati dalla mancata aggiudicazione di una gara d'appalto*, in *Giur. mer.*, 2011, 827.

<sup>9</sup> BARBIERATO, *La responsabilità precontrattuale della stazione appaltante. Profili risarcitori*, in questa *Resp. civ. e prev.*, 2014, 2073 ha osservato come il danno curriculare dia luogo ad una sorta di danno da immagine depotenziata che viene risarcito proprio perché la mancata esecuzione dell'appalto causa un impoverimento del curriculum dell'impresa, requisito fondamentale per aggiudicarsi ulteriori appalti. Sul punto sia consentito il rinvio a MOLINARO, *Errore nella graduatoria e danno da demansionamento o da dequalificazione: un fugace sguardo al passato (danno esistenziale)...che forse «passato» non è*, *ivi*, 2023, 202.

La giurisprudenza, valorizzando le potenzialità di tale figura, ha infatti individuato il danno curriculare nei pregiudizi derivanti dalla negazione ingiustificata di una qualificazione professionale, dalla quale discende il mancato arricchimento del *curriculum* e, conseguentemente, il pregiudizio potenziale alla capacità del lavoratore di competere nel mercato del lavoro<sup>10</sup>.

Il danno curriculare così definito sembra identificarsi<sup>11</sup>, a prima vista, con il danno da perdita di *chance*, **dal quale, tuttavia, deve essere tenuto distinto. Quest'ultima figura ricorre, infatti, quando viene preclusa un'occasione favorevole che sia caratterizzata da incertezza**<sup>12</sup>, mentre il danno curriculare presuppone la perdita di un vantaggio che, in assenza della condotta illegittima, sarebbe stato certo<sup>13</sup>.

Accanto ai pregiudizi di natura patrimoniale, il lavoratore può altresì richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale, poiché le condotte demansionanti sono idonee **a incidere anche sulla sfera personale dell'individuo.**

In particolare, il lavoratore illegittimamente demansionato può domandare il risarcimento del danno morale<sup>14</sup>, consistente nelle sofferenze interiori patite a seguito **dell'altrui attività illecita, e del danno biologico**<sup>15</sup> che, invece, si identifica nei pregiudizi

<sup>10</sup> Cfr. MAIO, *La perdita di chances nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, in *Annuali dir. lav.*, 2018, 123.

<sup>11</sup> Sul punto QUAGLIA, *Risarcimento per equivalente e appalti pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 40, osserva che la giurisprudenza ha configurato il «danno curriculare, quale ulteriore profilo del lucro cessante, come «una specificazione del danno per perdita di chance».

<sup>12</sup> Sebbene in riferimento al danno non patrimoniale, Cass., civ. 11 novembre 2019 n. 28993 in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 180 ss. con nota di BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come «forma dell'acqua» nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*, ha affermato che: «la perdita di chance a carattere non patrimoniale consiste nella privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale».

<sup>13</sup> La differenza tra le due figure è stata brillantemente esposta dal TAR Sardegna, 17 giugno 2011, n. 609, il quale, ha definito il danno da perdita di *chance*, come strumento finalizzato «a ristore il pregiudizio subito dall'impresa alla quale è stata preclusa la possibilità di partecipare alla gara (e di poter divenire aggiudicataria)» ed il danno curriculare, come istituto «volto a risarcire il pregiudizio subito dall'impresa alla quale è stato impedito di essere aggiudicataria». Tale orientamento è stato successivamente confermato dal medesimo organo con la pronuncia del 25 settembre 2014 n. 757, segnalata da GIOIA, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Danno resp.*, 2014, 1194, in cui il giudice amministrativo ha affermato: «riguardo al danno curriculare va ricordato che esso, negli appalti pubblici presuppone la spettanza del bene della vita richiesto e cioè dell'aggiudicazione, in quanto ha natura di danno effettivo e non di perdita di chance». Sul punto vedi anche MEREU, *Brevi note sulla risarcibilità del danno curriculare* cit., 979 e TARANTINO, *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. app.*, 2018, 578.

<sup>14</sup> Il risarcimento del danno morale non è stato da subito accolto nel nostro ordinamento. Intorno all'ammissibilità di tale voce risarcitoria, è sorto, all'inizio del secolo scorso, un vivace dibattito che ha visto contrapporsi due diversi orientamenti. Un primo indirizzo, facendo leva sulla tradizionale nozione di danno, da intendersi solo in senso patrimoniale, ha negato il risarcimento di una simile posta risarcitoria, invocando la difficoltà pratica insita nell'accertare la sofferenza fisica o il turbamento d'animo che colora il danno morale (in merito, si veda GABBA, *Nuove considerazioni intorno al risarcimento dei cosiddetti danni morali*, in *Nuove questioni di diritto civile*, Fratelli Bocca Editori, 1912, 240; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, Fratelli Bocca Editori, 1906, 321; GIUSANA, *Il concetto di danno giuridico*, Ambrosiana editore, 1944, 297). Un diverso orientamento, propugnando una nozione più ampia di danno, sganciata dal carattere patrimoniale, ha ritenuto che lo strumento risarcitorio possa offrire tutela anche a pregiudizi interiori come la sofferenza o il turbamento [sul punto si rinvia a MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Società editrice Libreria, 1909, 84; DE CUPIS, *Contributi alla teoria del risarcimento del danno*, Giuffrè, 1939, 2; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 277 ss.; Id., *Il danno morale mezzo secolo dopo*, ivi, 2010, 609 ss. e C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 244].

<sup>15</sup> Per una compiuta analisi sul danno biologico si vedano BUSNELLI e BRECCIA, *Il diritto alla salute*, Zanichelli, 1979; C. CASTRONOVO, *Danno biologico un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, 1998; ALPA, *Il danno biologico percorso di un'idea*, Cedam, 1987 e, da ultimo, ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Wolters Kluwer, 2025.

all'integrità psico-fisica dell'individuo suscettibili di tradursi in una malattia medicalmente accertabile.

In verità, le condotte illegittimamente demansionanti del datore di lavoro, come emerge da alcune pronunce giurisprudenziali<sup>16</sup>, possono dar luogo a un danno esistenziale, inteso quale pregiudizio non meramente emotivo o interiore, bensì oggettivamente accertabile, che incida sul fare a-reddituale del soggetto, concretandosi **nell'alterazione delle sue abitudini di vita o, comunque, nell'induzione a compiere scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della propria personalità**<sup>17</sup> nel mondo esterno<sup>18</sup>.

Sotto questo profilo, il danno da demansionamento rappresenta un osservatorio **privilegiato per affermare la rilevanza e l'autonomia della discussa figura del danno esistenziale, sostenuta dalla "Scuola Triestina"**<sup>19</sup>. I pregiudizi derivanti da tali condotte dimostrano, infatti, come non sempre le lesioni di carattere esistenziale coincidano con quelle di natura biologica<sup>20</sup>, potendo verificarsi situazioni in cui il lavoratore, pur subendo una sofferenza significativa tale da incidere sulle proprie abitudini di vita, non sviluppi una patologia medicalmente accertabile<sup>21</sup>.

Chiaramente, anche in tali ipotesi, il lavoratore che intenda ottenere il risarcimento **del danno non patrimoniale non può limitarsi ad allegare genericamente l'esistenza di un pregiudizio** ma deve fornire una prova concreta del danno subito, mediante la **produzione di certificazioni mediche attestanti l'insorgenza della malattia o** dimostrando, anche avvalendosi di testimoni, il mutamento delle proprie abitudini e del proprio stile di vita prima e dopo le condotte demansionanti.

**3.** In realtà, nelle ipotesi di demansionamento più gravi, ossia quelle idonee a incidere in modo significativo sulla personalità del lavoratore, gli strumenti di tutela non **si esauriscono nel solo risarcimento del danno ma si arricchiscono dell'ulteriore rimedio**

<sup>16</sup> Il riferimento è a Cass., 14 marzo 2022 n. 8101, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 196 con nota di MOLINARO, *Errore nella graduatoria e danno da demansionamento cit.*, 202 ss.

<sup>17</sup> SELLA, *Danno esistenziale: la scienza raccoglie la sfida*, in *Giur. mer.*, 2007, 1206 ha ritenuto che la peculiarità del danno esistenziale sia quella di porre al centro del risarcimento la persona. Infatti, le attività, il fare ed il non fare, il relazionarsi con gli altri assumono significato solo se soggettivizzate, cioè se riferite ad una determinata persona.

<sup>18</sup> Cfr. CHINDEMI, *Il danno esistenziale «esiste»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 1459 e NAPPI, *Il danno esistenziale*, in *Giust. civ.*, 2007, 451.

<sup>19</sup> Tale voce di danno trova i suoi più fervidi sostenitori nella Scuola triestina. Sul punto, si rinvia ai molteplici contributi di Cendon e di Ziviz. Tra questi si citano, a titolo meramente esemplificativo, CENDON, *Prospettive del danno esistenziale*, in *Dir. fam. pers.* 2000, 257 e ZIVIZ, *Equivoci da sfatare sul danno esistenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 817 e il volume curato dagli stessi Autori, *Il danno esistenziale. Una categoria della responsabilità civile*, Giuffrè, 2000.

<sup>20</sup> **Il danno esistenziale si differenzia anche dal danno morale. Infatti, mentre quest'ultimo ha ad oggetto le sofferenze interiori della vittima, il primo fa riferimento alle sofferenze, esterne della persona ossia quelle afferenti al suo fare a-reddituale.** Sul punto v. ZIVIZ, *Danno non patrimoniale: mossa obbligata per le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1029; DONADONI, *Danno esistenziale temporaneo: qualche punto interrogativo su alcune recenti revisioni*, *ivi*, 2007, 1483 e RONCHI, *Danno esistenziale: quale contributo medico-legale*, *ivi*, 2001, 1088.

<sup>21</sup> **L'autonomia del danno esistenziale, rispetto alle voci del danno biologico e di quello morale, emerge nelle pronunce che riconoscono la lesione dei diritti della personalità a cui non fa seguito l'insorgenza di una malattia medicalmente accertabile.** A titolo, meramente esemplificativo, si possono richiamare le sentenze che hanno riconosciuto al paziente il risarcimento del danno derivante dalla lesione del consenso informato. Sul punto si rinvia a C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1463 e MOLINARO, *Dissenso (presunto) all'intervento medico chirurgico e inversione dell'onere della prova*, in *Riv. it. med. leg.*, 2025, 350.

di autotutela privatistica disciplinato dall'art. 1460 c.c.<sup>22</sup> che, come noto, consente al contraente di non eseguire prestazione lavorativa fino a quando la controparte inadempiente non esegua la propria.

A ben vedere, quando dall'illegittimo esercizio dello *jus variandi* derivi un grave pregiudizio per il dipendente, risultano integrati i presupposti richiesti dall'art. 1460 c.c.<sup>23</sup> per l'operatività dell'eccezione di inadempimento: corrispettività tra le prestazioni e precedente inadempimento della controparte<sup>24</sup>.

Il contratto di lavoro subordinato, infatti, è un negozio a prestazioni corrispettive, in cui, a fronte dell'attività lavorativa resa dal dipendente, il datore di lavoro assume l'obbligo non solo di corrispondere la retribuzione, ma anche di adibire il lavoratore alle mansioni per le quali è stato assunto<sup>25</sup>.

La mancata assegnazione alle mansioni previste dal contratto configura un inadempimento parziale<sup>26</sup>, che può legittimare il lavoratore a sospendere la propria prestazione tutte le volte in cui il demansionamento determini un grave pregiudizio in capo al dipendente<sup>27</sup>, incidendo sulle fondamentali esigenze di vita e familiari. In tali ipotesi, la sospensione dell'attività lavorativa non può ritenersi contraria a buona fede<sup>28</sup>,

<sup>22</sup> Sull'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. si vedano TARTUFARI, *L'exceptio inadimplenti contractus e l'azione di danni per causa dell'exceptio inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, 306 ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV - V, Utet, 1908; DERNBURG, *Das bürgerliches Recht*, II.1, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1909, § 94; CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914; DUSI, *Dell'opponibilità al delegatario della "exceptio inadimplenti contractus" sorgente dal negozio causale della delegazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 510 ss.; LESSONA, *Legittimità della massima "inadimplenti non adimplendum"*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, I, 383 ss.; SCADUTO, *L'exceptio non adimplenti contractus nel diritto civile italiano*, in *Ann. Palermo*, 1921, 75 ss.; BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 529 ss.; REALMONTE, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, 1965, 222 ss.; B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (profili generali)*, Jovene, 1973; BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca* a cura di Galgano, Zanichelli, 1988; C.M. BIANCA, voce *Autotutela (diritto privato)*, *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 2000, 130 ss.; DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Giuffrè, 1983; RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Cedam, 1999, 71 ss.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2011 e, da ultimo, ADDIS, voce *Autotutela contrattuale*, in *Enc. dir. – I tematici*, I, *Contratto* a cura di D'Amico, Giuffrè, 2021, 47 ss.

<sup>23</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Giuffrè, 2019, 350.

<sup>24</sup> BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 23, ha osservato che l'ordine cronologico delle prestazioni non rappresenta una condizione per l'opponibilità del rimedio ma opera quale presupposto per far venire ad esistenza il relativo potere.

<sup>25</sup> DEL BORRELLO, *Licenziamento per colpa del lavoratore ed eccezione inadimplenti non est adimplendum*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, 378, ha rilevato come l'applicazione dell'eccezione di inadempimento nel diritto del lavoro nonostante le peculiarità di tale rapporto – insite nella natura dei poteri datoriali, nelle forme di tutela extragiudiziale esperibili dal lavoratore e nel diverso ruolo rivestito dall'autotutela – sia rispettosa dei principi civilistici generali.

<sup>26</sup> Sulla possibilità di applicare l'eccezione di inadempimento ai casi di inadempimento parziale o di adempimento inesatto si veda DALMARTELLO, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. dig. it.*, VI, 1960, Utet, 359; REALMONTE, *op. cit.*, 228 e, da ultimo A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 21.

<sup>27</sup> A conferma della legittimità dell'astensione del lavoratore nei casi di grave pregiudizio alla sua personalità, parte della dottrina ha invocato anche l'art. 14, del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, che espressamente sancisce il diritto dei prestatori di allontanarsi dal posto di lavoro senza subire alcun pregiudizio "in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato" (cfr. TAMPIERI, *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, Giappichelli, 1999, 31).

<sup>28</sup> La buona fede che qui rileva è quella oggettiva che impone alle parti un generale dovere di correttezza nella fase delle trattative e nella formazione del contratto (così ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 2025, 149). La buona fede «oggettiva» (sul tema si veda C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss. e, da ultimo, la monografia di PIRAINO, *La buona fede oggettiva*, Giappichelli, 2016) a differenza di quella «soggettiva» individua una regola di condotta e non un modo di essere del soggetto (v. BUSNELLI, *Buona fede*

poiché il comportamento datoriale risulta sproporzionato rispetto alla pur legittima esigenza organizzativa di adibire il dipendente allo svolgimento di altre mansioni **lavorative, più funzionali rispetto all'attività aziendale**<sup>29</sup>. Si pensi, ad esempio, al caso del dipendente, che dopo aver lavorato per anni a Milano, dove risiede con la propria famiglia, venga trasferito a Gioia Tauro per svolgere mansioni inferiori rispetto alla qualifica contrattuale di appartenenza<sup>30</sup>.

**Tale indirizzo, che ammette l'applicabilità dell'eccezione di inadempimento nelle ipotesi più gravi di demansionamento illegittime, trova indiretta conferma nell'art. 26, comma 3, d.lgs. n. 198/2006, il quale, in presenza di condotte moleste o discriminatorie, legittima il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione, sancendo la nullità di tutti gli atti, i patti o i provvedimenti datoriali adottati in conseguenza di tale rifiuto**<sup>31</sup>.

In altri termini, la norma consente al lavoratore vittima di molestie o discriminazioni, di sospendere la prestazione lavorativa fino alla cessazione delle condotte illecite e di eccepire la nullità di eventuali provvedimenti adottati dal datore di lavoro in relazione al rifiuto, ivi incluso il licenziamento disciplinare per assenza dal lavoro.

**Diversamente, la sospensione dell'attività lavorativa deve ritenersi illegittima** – e può giustificare il licenziamento per giusta causa<sup>32</sup> – quando alla condotta demansionante del datore di lavoro non consegua un grave pregiudizio per il

*in senso soggettivo e responsabilità del fatto ingiusto, in Studi sulla buona fede, Giuffrè, 1975, 574). Nel nostro ordinamento la buona fede in senso oggettivo, assurge a rango di principio generale in grado di valutare il comportamento delle parti (v. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Cedam, 1988, 152); di svolgere una funzione integrativa degli obblighi contratti, quale fonte di doveri accessori o autonomi rispetto al dovere principale di prestazione (v. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 1968, 60); di far nascere obblighi di protezione e di limitare l'esercizio del diritto. Sotto quest'ultimo aspetto viene in rilievo la figura di matrice giurisprudenziale dell'abuso di diritto, definita anche come «governo giudiziario della discrezionalità contrattuale» che consente al giudice di valutare se il diritto che l'ordinamento riconosce al privato sia stato esercitato secondo le funzioni e con le modalità indicate dalla legge (così C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2021, 6).*

<sup>29</sup> TUROLDO, *Se non si prova il demansionamento il rifiuto della prestazione legittima il licenziamento*, in *Lav. giur.*, 2022, 461, ha correttamente osservato che il rifiuto del lavoratore incontra il limite della buona fede, la quale deve essere valutata avendo riguardo all'incidenza dell'inadempimento sulla economia complessiva del rapporto. Pertanto, una volta che il lavoratore abbia allegato e provato la violazione delle regole previste dall'art. 2103 c.c. (non essendo, di contro, il datore di lavoro riuscito a dimostrare gli elementi costitutivi del legittimo mutamento delle mansioni), il giudice, attraverso una comparazione tra le condotte tenute da ciascuna parte, deve stabilire se il rifiuto del lavoratore possa dirsi proporzionato all'inadempimento datoriale alla luce dei principi di buona fede e correttezza che connotano l'esecuzione del contratto.

<sup>30</sup> Sulle interferenze tra trasferimento e demansionamento si rinvia ad C. ALESSI, *Modifica delle mansioni e ristrutturazione aziendale*, in *Dir. prat. lav.*, 1994, 464, e ANGIELLO, *Il trasferimento dei lavoratori: profili generali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, I, 3 e successivamente ID., *Il trasferimento del lavoratore*, Cedam, 1986; BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore – Mutamento di mansioni e trasferimento (art. 2103)*, Giuffrè, 1997; PROIA, *Qual è il trasferimento "disciplinare"?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 574 ss.; L. RATTI, *Trasferimento illegittimo e mobbing: brevi osservazioni su sistematicità ed intenzionalità delle condotte*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 945 ss. e U. ROMAGNOLI, *La disciplina del mutamento di mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 335 ss.

<sup>31</sup> Cfr. CARUSO, *Il rifiuto del dipendente a svolgere una prestazione demansionante è illegittimo e configura una giusta causa di licenziamento*, in *Labor.it*, 11 ottobre 2022.

<sup>32</sup> La giurisprudenza maggioritaria qualifica la giusta causa come "grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro, e in particolare di quello fiduciario. In merito, v. Cass., 27 novembre 1999 n. 13299, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, 380 con nota di CATTANI, *Sulla legittimità del licenziamento per furto di beni aziendali di modesto valore e sui limiti del sindacato di merito della Corte di cassazione* e successivamente Cass., 4 giugno 2002, n. 8107, in *Orient. giur. lav.*, 2002, I 326.

dipendente<sup>33</sup>. In tali ipotesi, infatti, il rifiuto del lavoratore risulterebbe contrario a buona fede, **in quanto sproporzionato rispetto all'inadempimento datoriale che riguarda solo uno degli obblighi gravanti sul datore di lavoro e non l'intera struttura del rapporto.**

Questo orientamento è ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità<sup>34</sup>, la quale ha chiarito che il lavoratore non può rendersi totalmente inadempiente, sospendendo ogni attività lavorativa, laddove il datore di lavoro continui ad adempiere gli altri obblighi contrattuali, quali il pagamento della retribuzione, la copertura previdenziale e assicurativa e la conservazione del posto di lavoro. **L'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., infatti, può essere validamente invocata solo in presenza di un inadempimento totale della controparte<sup>35</sup>.**

**In definitiva, l'adibizione a mansioni non corrispondenti alla qualifica rivestita consente al lavoratore di agire giudizialmente per ottenere la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza, ma non lo autorizza a rifiutare *ab initio* – e in assenza di un previo avallo giudiziario, eventualmente ottenibile anche in via cautelare<sup>36</sup> – l'esecuzione della prestazione richiesta. Ciò in quanto il lavoratore resta comunque tenuto ad osservare le disposizioni impartite dall'imprenditore per l'esecuzione del lavoro ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c.**

**4.** Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, può ritenersi che il rimedio di autotutela privatistica previsto dall'art. 1460 c.c. trovi applicazione anche nel diritto di lavoro, poiché le peculiarità di tale disciplina non sono tali da escluderne in via generale l'operatività.

Tuttavia, la concreta esperibilità di tale rimedio da parte del lavoratore illegittimamente demansionato risulta strettamente dipendente dalle circostanze del caso concreto.

Infatti, come correttamente osservato dalla giurisprudenza maggioritaria, il **discrimine ai fini dell'applicabilità dell'eccezione di inadempimento nel rapporto di lavoro risiede nell'idoneità delle condotte demansionanti ad incidere in modo apprezzabile sulla personalità del lavoratore.**

In particolare, quando il rifiuto del dipendente si collochi *ex ante*, ossia prima dell'inizio dello svolgimento delle mansioni dequalificanti o comunque in un arco

<sup>33</sup> Cfr. PUCCINELLI, *Legittimità del rifiuto della prestazione lavorativa ex art. 1460 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1768.

<sup>34</sup> Il riferimento è a Cass., 21 novembre 2024 n. 30080, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, I, 635 ss. con nota di LIMENA, *La tutela dei lavoratori con disabilità: nuovi orizzonti per gli accomodamenti ragionevoli*, 638 ss.; Cass., 6 settembre 2022 n. 26199, in *Labor.it* con nota di CARUSO, *Il rifiuto del dipendente a svolgere una prestazione demansionante è illegittimo e configura una giusta causa di licenziamento*, 11 ottobre 2022 e in *IUS lavoro*, 21 settembre 2022 con nota di TAMBASCO, *È legittimo il rifiuto della prestazione lavorativa del dipendente in caso di demansionamento, mobbing o molestie?*. In precedenza, si vedano anche Cass., sez. lav., 16 gennaio 2018, n. 836, in *Giur. it.*, 2018, 910 con nota di VICECONTE, *Adempimento e inadempimento delle prestazioni nel contratto di lavoro subordinato*, 911 ss.; Cass., sez. lav., 21 maggio 2015, n. 10468, in *Giur. it.*, 2015, 2687 con nota di AURIEMMA, *L'eccezione d'inadempimento in risposta al ritenuto demansionamento*, 2688 ss. e in *Dir. giust.*, 2015, 85 ss. con nota di TONETTI, *Si rifiuta di lavorare perché distaccato: licenziato e Cass.*, sez. lav., 5 marzo 2015, n. 4474, in *IUS lavoro*, 2015, 8 ss. con nota di PAPETTI, *Sull'eccezione d'inadempimento nel rapporto di lavoro*.

<sup>35</sup> Cfr. Cass., sez. lav., 18 marzo 2011, n. 9351, in *Lav. giur.*, 2011, 797 ss. con nota di LOR. SCARANO, *“Non di solo pane vive l'uomo”: sull'esatto adempimento del datore di lavoro*, 800 ss. e in *Dir. giust.*, 2011, 231 ss. con nota di FERRARI, *Lavoratore dequalificato ma pagato: l'eccezione di inadempimento è illegittima* e Cass., sez. lav., 9 maggio 2007, n. 10547, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 597 ss. con nota di RAIMONDI, *Rifiuto di svolgere mansioni inferiori e licenziamento per giusta causa: un revirement nella giurisprudenza della Cassazione?*

<sup>36</sup> Cfr. TUROLDO, *Se non si prova il demansionamento cit.*, 400.

temporale immediatamente successivo al provvedimento di adibizione a mansioni inferiori, in cui non si sia ancora prodotto alcun pregiudizio alla personalità del soggetto, **l'eccezione di inadempimento deve ritenersi illegittima e può giustificare il licenziamento** per giusta causa.

Viceversa, qualora il rifiuto della prestazione intervenga *ex post*, vale a dire dopo un apprezzabile periodo di effettivo svolgimento dei compiti professionalmente svilenti, idonei a cagionare un pregiudizio rilevante sul piano psico-fisico, ci si trova dinanzi a una forma di legittima autotutela che rende illegittimo un eventuale licenziamento del lavoratore.

Tale approccio giurisprudenziale deve salutarsi favorevolmente, in quanto realizza **un giusto contemperamento tra l'interesse del datore di lavoro, che abbia corrisposto la retribuzione, a beneficiare della prestazione lavorativa, e quello del lavoratore a non subire condotte demansionanti di gravità tale da compromettere la propria integrità psico-fisica.**

# L'arricchimento ingiustificato nel sistema delle tutele. Per una sussidiarietà in senso positivo \*

di ANDREA NICOLUSSI

Professore ordinario di Diritto Privato  
Univesità Cattolica del Sacro Cuore

## ABSTRACT

Il saggio analizza il ruolo dell'azione di arricchimento ingiustificato all'interno del sistema civile italiano, focalizzandosi sul requisito della sussidiarietà sancito dall'art. 2042 c.c.. L'autore esamina criticamente l'evoluzione giurisprudenziale, in particolare il superamento del dogma della "sussidiarietà astratta" a favore di una "sussidiarietà concreta", come sancito dalle Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 33954/2023). Il contributo approfondisce il fondamento dell'istituto nell'idea di giustizia commutativa, distinguendolo dalla responsabilità civile e sottolineando come l'arricchimento serva a ricomporre un equilibrio patrimoniale alterato senza una giustificazione meritevole. Viene inoltre analizzato il rapporto tra l'indennizzo e il danno, evidenziando come l'azione miri alla restituzione di un valore ingiustamente acquisito piuttosto che al risarcimento di una perdita.

*This essay analyzes the role of the action for unjustified enrichment within the Italian civil system, focusing on the requirement of subsidiarity established by Art. 2042 of the Civil Code. The author critically examines jurisprudential evolution, particularly the shift from the dogma of "abstract subsidiarity" to "concrete subsidiarity," as confirmed by the United Sections of the Supreme Court (Ruling no. 33954/2023). The paper explores the foundation of this legal instrument in the concept of commutative justice, distinguishing it from tort law and emphasizing how enrichment serves to restore a financial balance altered without a worthy justification. Furthermore, the relationship between indemnity and loss is analyzed, highlighting that the action aims for the restitution of unjustly acquired value rather than compensation for a loss.*

**SOMMARIO:** 1. L'arricchimento come tutela del potere di disposizione; 2. Il passo in avanti in tema di arricchimento da lesione della proprietà industriale. Cass., 29 luglio 2021, n. 21832; 3. Due passi indietro. 1) Cass., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954 sulla regola della sussidiarietà; 4. Segue: 2) Cass., sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645 in tema di occupazione illegittima di fondo altrui.

\* Lo scritto costituisce la riproduzione, con un essenziale apparato di note, dell'intervento programmato svolto in occasione del convegno "I rimedi nel diritto del lavoro e nel diritto civile. Principi, fattispecie, regole, tutele nel dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza", tenutosi in Lucca – Convento di San Cerbone, nei giorni 7, 8 e 9 novembre 2025. Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 30.12.2025.

**1.** Nella cultura giuridica italiana il percorso di accreditamento del principio **dell'arricchimento senza giusta causa, che pure ha ricevuto un impulso nel secolo scorso** con la previsione esplicita degli artt. 2041 e 2042 nel codice civile, non può dirsi completato. Infatti, pur tenuto conto della storicità e quindi della relatività delle categorie dogmatiche, rimangono ancora non adeguatamente sviluppate le potenzialità ricavabili dal sistema e riscontrabili altresì in prospettiva comparatistica. Lo stesso diritto applicato (c.d. diritto vivente) fa registrare un orientamento oscillante che, da un lato, denota resistenze derivanti, in buona misura, da un certo condizionamento legato alla tradizione franco-italiana in cui l'istituto ha conosciuto uno sviluppo meno avanzato che in quella germanico-anglosassone, e, dell'altro lato, qualche significativa apertura. Invero, pure il codice civile riflette questa ambivalenza che emerge dal confronto tra gli artt. 2041-2042 c.c. e altri indici normativi che già permettono ermeneuticamente e **sistematicamente di cogliere una funzione specifica dell'arricchimento nel quadro delle tutele predisposte dal nostro ordinamento.**

**Tale funzione peculiare dell'arricchimento può essere compresa più agevolmente** se ci si affranca da una visione dei rimedi civili centrata esclusivamente sul danno, la quale tende a ridurre ogni tutela alla categoria, in senso generico, del risarcimento. **L'arricchimento gioca, invece, il suo ruolo ponendo al centro, appunto, un arricchimento** che taluno abbia ottenuto a spese di altri. Mentre la tutela risarcitoria (aquiliana) **richiama l'idea di una causalità che spiega un danno come conseguenza del fatto (imputabile) posto in essere dal responsabile, l'arricchimento mette in relazione sfere** patrimoniali tra le quali si sia rilevato uno spostamento di ricchezza, da intendere anche **nel senso dell'incremento di una sfera a scapito di un'altra. Si pensi alle figure** dei cc.dd. fatti di espropriazione di diritto privato (accessione, specificazione, unione, ecc.), con riguardo alle quali un soggetto acquista a titolo originario la proprietà di un bene (riguardato come *res nova*) sulla scorta di una valutazione legale operata da una norma giuridica. La legge, sulla base della trasformazione di una cosa, opera una rivalutazione della titolarità, pregiudicando chi fino a quel momento ne era proprietario in favore di un altro soggetto che acquista il diritto su quel determinato bene a titolo originario. In tali ipotesi, la perdita della proprietà non è la mera conseguenza del fatto commesso da un altro soggetto - come invece avviene per il danno risarcibile dovuto al danneggiamento del bene -, ma si produce necessariamente come effetto giuridico **puntualmente stabilito da una norma dell'ordinamento. Significativamente, poi, le** norme del libro terzo richiamate (ad es., artt. 937, 939, 940 c.c.) non lasciano il proprietario sacrificato privo di una tutela, ma vi provvedono, distinguendo **espressamente una tutela restitutoria basata sul principio dell'arricchimento e una** eventuale tutela risarcitoria che si può cumulare con la prima ove ne ricorrano i presupposti. Tale cumulo di tutele mostra chiaramente che, in ordine a simili **spostamenti di ricchezza, l'arricchimento gioca un ruolo primario e non sussidiario. Del resto, cadrebbe in stridente contraddizione l'ordinamento se dopo aver esso stesso** stabilito la perdita del diritto la rappresentasse come un danno ingiusto e qualificasse illecito il fatto valutato come fatto acquisitivo-privativo; pertanto la tutela primaria **non può che essere quella dell'arricchimento, mentre una tutela aquiliana può aggiungersi** solo eventualmente per il risarcimento di eventuali conseguenze dannose ulteriori rispetto alla perdita del diritto.

Tali considerazioni si ripropongono per gli acquisti *a non domino* la cui fattispecie include un atto di disposizione da parte di un soggetto non legittimato: si pensi, ad

esempio, agli acquisti dall'erede apparente (art. 534 c.c.) o agli acquisti *a non domino* di beni mobili previsti dall'art. 1153 c.c. Con riguardo ai primi, è lo stesso art. 535 c.c., frutto di una tradizione molto risalente, a provvedere direttamente alla tutela restitutoria, ma si tratta della emersione di un principio che trova riscontro nell'art. 2038 c.c. e che conferma la via restitutoria per quanto concerne la tutela del proprietario sacrificato dall'art. 1153 c.c.<sup>1</sup>.

Nelle fattispecie di acquisto *a non domino*, infatti, l'atto di disposizione di cosa altrui, che è inefficace, non è riconosciuto nella sua negozialità ai fini dell'effetto acquisitivo, che non si produce come effetto negoziale, ma rileva come fatto insieme ad altri fatti, tra cui necessariamente la buona fede del terzo acquirente, al fine dell'acquisto a titolo originario del terzo e della correlativa perdita del diritto da parte del proprietario. Conseguentemente, pure con riguardo a tali ipotesi acquisitivo-privative, sarebbe contraddittorio definire danno ingiusto quello subito dall'originario proprietario e in generale illecito un simile fatto che è oggetto di una valutazione legale di idoneità a produrre il mutamento di titolarità.

Si conferma, pertanto, l'esigenza sistematica di adottare una tutela coerente con la scelta normativa di mutare la titolarità sul bene e quindi in favore dell'arricchimento in luogo della tutela aquiliana. In ultima analisi, ciò che si riscontra in questi casi è uno spostamento di ricchezza, non una distruzione di ricchezza causata da un fatto colposo di qualcuno. D'altra parte, se la scelta legislativa a favore del mutamento di titolarità non è compatibile con la qualifica di ingiustizia del danno come lesione della situazione giuridica oggetto dello stesso mutamento legalmente prodotto, non si può trascurare, invece, lo spostamento economico che ne deriva tra le sfere giuridiche dei soggetti coinvolti e che tale scelta normativa non munisce di una giustificazione causale come provano le stesse norme del codice civile che ammettono la tutela restitutoria.

Ora, la tradizione franco-italiana, a parte l'art. 535 c.c., ha posto questa tutela in quella che era l'azione di restituzione allora protagonista, ossia la ripetizione dell'indebito di cosa determinata e in particolare nell'art. 2038 c.c. che modula la tutela restitutoria in funzione della buona o della mala fede (di colui che ha ricevuto indebitamente la cosa e l'ha alienata a terzi). In breve sintesi, i rischi inerenti all'iniziativa vengono accollati all'*accipiens* di mala fede, mentre nel caso del pagamento di una cosa ad un soggetto non consapevole dell'indebito il rischio rimane in capo al *solvens*.

Pure la scelta del criterio gnoseologico della buona/mala fede è sintomatica, in quanto è coerente col tipo di lesione che innesca la tutela restitutoria. Poiché l'eventuale comportamento posto in essere dal soggetto arricchito viene in considerazione come elemento di una fattispecie da cui scaturisce come un effetto giuridico il danno dell'impoverito, ciò che conta è semmai la consapevolezza o meno di non rispettare il potere di disposizione del titolare, di ingerirsi in una sfera giuridica di altri, non una colpa

<sup>1</sup> Occorre tenere in conto che la vendita di cosa di altri, come è noto, non è invalida, ma inefficace (art. 1478 c.c.). Il venditore non ha il potere di disporre di una cosa altrui, così come non l'ha il *falsus procurator*. Tuttavia, l'efficacia può essere «recuperata» in entrambi i casi, in uno mediante la ratifica del proprietario che fa suo il contratto stipulato dal *falsus procurator* e nell'altro quando il venditore riesce a procurarsi la proprietà della cosa, data la forza attribuita al contratto di trasferire automaticamente il diritto a favore dell'acquirente di cosa altrui (art. 1478 c.c.). Ove però non ricorra il requisito del consenso del proprietario (ratificante o successivamente dante causa del venditore di cosa altrui), può entrare in gioco l'art. 1153 c.c. colla sua previsione di un acquisto a titolo originario in cui il negozio giuridico di alienazione si colloca in una fattispecie più complessa, valutato come fatto insieme ad altri fatti tra i quali necessariamente la buona fede dell'avente causa.

come criterio di imputazione di una sequenza causale che ha portato al danno. Del resto, la tutela restitutoria opera anzitutto oggettivamente in funzione dello spostamento di ricchezza e solo in secondo luogo (logicamente) può essere modulata attraverso il criterio della consapevolezza o meno di ledere col proprio comportamento un diritto altrui, cioè, sostanzialmente, di interferire con la sfera giuridica di un altro. Diversamente, quando il danno è costituito da un evento materiale che (non si svolge sul piano eminentemente giuridico nel senso di modificare la titolarità del danneggiato, ma) lede il diritto pregiudicando il godimento si apre una questione di responsabilità, ossia di accollo del **costo dell'accadimento dannoso in capo al soggetto rimproverabile** a titolo di colpa per aver causato il fatto dannoso. Fin dalle origini si parla, infatti, di *damnum corpore corpori datum*, ossia di una distruzione di ricchezza, non di uno spostamento di ricchezza.

Di qui una distinzione di fondo tra profili lesivi di una situazione giuridica: la lesione sotto il profilo del potere di disposizione e la lesione sotto il profilo del godimento che viene pregiudicato da un comportamento materiale di danneggiamento del bene. **Essa corrisponde alla suddivisione, contenuta nell'art. 832 c.c., delle facoltà del proprietario tra potere di disposizione e potere di godimento della cosa. Questa prospettiva permette di cogliere la specificità della tutela offerta dall'arricchimento ingiustificato che in caso di lesione del potere di disposizione si rivela la prima forma di tutela. L'arricchimento che tale fenomeno produce va restituito a chi perde la proprietà** quale effetto di una norma giuridica attributiva del diritto su quel determinato bene (specificazione, accessione, acquisto *a non domino*) a scapito del precedente titolare.

**L'arricchimento, in altri termini, offre per queste forme di lesione la tutela adeguata e coerente sul piano sistematico, in luogo della responsabilità aquiliana che risulterebbe contraddittoria: essa rifletterebbe lo stigma dell'ingiustizia del danno su un effetto prodotto dalla stessa valutazione di una norma. La previsione di un fatto acquisitivo e della correlativa perdita di un diritto sono frutto di una scelta ordinamentale che ha le sue ragioni nel *favor commercii* o in altri scopi di politica del diritto, onde la tutela necessaria per emendare la ferita che lo stesso ordinamento ha prodotto dev'essere sistematicamente coerente. Essa è apprestata, in ultima analisi, dall'arricchimento come principio generale di restituzione. Non è un caso che in Germania il *pendant* dell'art. 2038 c.c. sia il § 816 BGB che colloca più propriamente sul versante dell'arricchimento la regola generale. Ma il BGB, a differenza della tradizione franco-italiana in questa materia, poteva ormai contare su una comprensione sintetica del fenomeno dell'arricchimento ingiustificato frutto di una elaborazione ormai matura. Secondo quanto già intuito da Savigny, nell'ipotesi di perdita del diritto per l'acquisto *a non domino* di un terzo oppure di costruzione con materiali altrui, l'azione personale di arricchimento ingiustificato subentra alla perduta azione di rivendica e quindi assume una funzione di surrogato della stessa (*Vindikationsersatzfunktion*). Il diritto di proprietà in questi casi si trasfigura in un diritto di credito – in questo senso c'è una prosecuzione di tutela –, cioè si trasforma in *spettanza* di quelle utilità (il valore di scambio), che un soggetto non legittimato abbia indebitamente sottratto al titolare proprio con un atto *non rispettoso* della sfera di appartenenza esclusiva.**

**2.** Questa impostazione di fondo è euristicamente fertile, perché permette di inquadrare anche altri fenomeni che pure configurano lesioni del potere di disposizione, ma che si producono in ambiti diversi dai fatti espropriativi di diritto privato. Si tratta di ipotesi nelle quali il risarcimento del danno si rivela un'arma in parte spuntata e

inadeguata, proprio perché troppo legata alla prospettiva del danno, laddove la questione di fondo è piuttosto quella relativa a chi spetta la ricchezza prodotta tramite la lesione del potere di sfruttare economicamente il valore economico di un diritto (potere di disposizione).

In particolare, un settore importante è quello della proprietà industriale o del **diritto d'autore. Invero, già negli anni Cinquanta del secolo scorso un giurista italiano** parlava di *angolo morto* degli illeciti che non producono depauperamenti patrimoniali, onde il risarcimento non riesce a tutelare la «vittima» di tali fatti lesivi di situazioni **giuridiche. L'intuizione rifletteva, però, l'angusta prospettiva monoaquiliana in cui la** dottrina italiana di allora si era, per così dire, segregata. Tale limite di prospettiva è stato in una certa misura superato verso la fine del Novecento, sia pure non senza incertezze, **come prova la vicenda della introduzione dell'art. 125 (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, c.d.** codice della proprietà industriale: da qui c.p.i.), sulla scorta di una serie di sollecitazioni (anche sovranazionali). Il terzo comma di tale articolo («In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento») contempla, infatti, una tutela diversa dal risarcimento del lucro cessante, **ossia la restituzione degli utili guadagnati dall'autore della lesione, i quali, nella misura** in cui sopravanzino il lucro cessante, potrebbero essere pretesi anche cumulativamente con la tutela risarcitoria. Cumulare, ovviamente, non significa assegnare un doppio di tutela, ma aggiungere quel *quid pluris* che difetterebbe se si calcolasse la tutela in funzione del solo lucro cessante. Questa conclusione è resa evidente già dalla stessa **rubrica dell'art. 125 c.p.i., la quale fa riferimento a entrambi gli istituti rimediali uniti** dalla congiuntiva «e» («Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione»).

Va precisato che in tali ipotesi, come già avviene per quanto concerne i fatti espropriativi di diritto privato previsti nel libro terzo del codice civile, il profilo lesivo cui la tutela restitutoria provvede concerne la lesione del potere di disposizione. Tuttavia, a differenza di quei fatti, la lesione della proprietà industriale non priva il titolare del proprio diritto, e pertanto non vi è alcun bisticcio con altra valutazione legale che, assegnando il diritto e quindi implicitamente prevedendo la perdita, contraddica una **valutazione (di non illiceità) compiuta dall'ordinamento. Perciò in mancanza di** antinomia con altra valutazione legale, non vi è ragione per escludere l'eventuale qualificazione del fatto anche come illecito, ma ciò al solo fine di offrire una più completa tutela e senza quindi rinunciare a quella tutela restitutoria la quale soltanto è in grado di **penetrare in quell'angolo morto del rimedio aquiliano cui s'è fatto cenno.**

Da questo punto di vista, si può ben apprezzare l'utilità della figura dogmatica dell'**arricchimento da lesione del potere di disposizione che mette precisamente a partito il guadagno ricavabile dall'idea che la tutela restitutoria garantisce al titolare di** un diritto la spettanza di ciò che può esser ricavato attraverso il potere di disposizione inerente a quello stesso diritto. Si tratta, però, di una tutela non esclusiva, perché non mette fuori gioco la tutela risarcitoria, la quale può operare nei limiti in cui essa è capace (nei limiti della perdita subita e del mancato guadagno). Mentre la responsabilità fa perno **essenzialmente sul danno, la tutela dell'arricchimento ruota sul concetto di** arricchimento a spese altrui.

**Si può spiegare il fenomeno dell'arricchimento da lesione del potere di disposizione** anche nei termini di una combinazione non concertata di fattori di produzione di

ricchezza, la quale può portare a esiti di arricchimento non riducibili alla logica risarcitoria e del danno aquiliano. Invero, in una chiave utilitaristica tali fenomeni potrebbero essere visti altresì come degli «illeciti efficienti», perché in questi casi è **possibile che, senza la tutela dell'arricchimento, «il torto paghi»**. Un soggetto che possa contare su una organizzazione economica più forte di quella del soggetto leso potrebbe **progettare di ledere la proprietà industriale di quest'ultimo calcolando** di produrre una ricchezza tale da garantirgli comunque, anche detratto il costo del risarcimento, un guadagno allettante. Infatti, ove il potenziale lucro cessante del danneggiato, come avviene presumibilmente in tali ipotesi, fosse inferiore al potenziale guadagno del soggetto che progetta di violarne la privativa, il risarcimento non coprirebbe interamente **il contenuto di spettanza inerente a quest'ultima. Conseguentemente, quel potere di disporre esclusivamente del titolare del diritto verrebbe mortificato senza una tutela adeguata**. Se, invece, si procedesse ammettendo il cumulo, con la tutela aquiliana, **dell'arricchimento ingiustificato si valorizzerebbe l'idea che il contenuto della proprietà industriale contempla una facoltà esclusiva di disposizione di tale diritto, onde chiunque effettuasse una ingerenza, si approprierebbe di utili che hanno avuto come loro fattore determinante (*causa sine qua non*) l'uso del fattore di produzione altrui**.

Ora, tale prospettiva è stata colta piuttosto bene da Cass., 29 luglio 2021, n. 21832, nella quale si legge che «In passato era stata prospettata una lettura riduttiva dell'istituto della retroversione degli utili, volta a ricondurne i lineamenti alla tradizionale funzione compensatoria del risarcimento e in parte influenzata dall'orientamento in tema di contrasto dei "danni punitivi" con l'ordine pubblico interno. Si è già detto che l'istituto della retroversione degli utili non configura un'ipotesi di danni punitivi (*punitive o exemplary damages*), ma piuttosto una misura rimediale speciale, *sui generis*, di natura mista, compensatoria e dissuasiva, fondata su di un particolare arricchimento ingiustificato».

**La sentenza precisa inoltre la rilevanza oggettiva dell'arricchimento come già risultante dal paragrafo 2 dell'art. 13 della Dir. 2004/48/CE, da cui l'art. 125 c.p.i. ha preso le mosse, dove già era previsto che, nei casi in cui l'autore dell'illecito fosse stato implicato in un'attività di violazione senza saperlo o senza avere motivi ragionevoli per saperlo, gli Stati membri potessero prescrivere il recupero dei profitti o il pagamento di danni anche predeterminati. «È pur vero – precisa la Cassazione - che le fonti internazionali rammentate non obbligavano l'Italia a introdurre una disciplina restitutoria degli utili nei confronti del contraffattore incolpevole, ma senza dubbio lo consentivano e in varia misura lo auspicavano. Tale disciplina va individuata nell'art. 125, predetto comma 3, che appunto riferisce il proprio campo di esplicazione ad “ogni caso” e quindi anche ai casi di violazione incolpevole che abbia comunque condotto ad un arricchimento dell'autore, il quale abbia maturato profitti a cui non aveva diritto, invadendo oggettivamente la sfera di dominio riservata a un diritto assoluto di privativa altrui e così nei fatti usufruendo di un vantaggio competitivo ingiustificato. Il concetto di “violazione” del diritto di proprietà industriale prescinde dall'elemento soggettivo, come è reso palese dall'uso di tale locuzione in numerosi articoli del codice (artt. 124, 126, 131) riferiti all'irrogazione di misure sanzionatorie che prescindono dalla colpa dell'autore della contraffazione»**. Ma la Cassazione non si limita a rilevare la conformità dell'art. 125 c.p.i. alle fonti internazionali, ma puntualmente riconosce il collegamento con l'arricchimento ingiustificato. Aggiunge, infatti, la sentenza che «Tale soluzione, peraltro conforme alle fonti internazionali, non può ritenersi estranea neppure alla tradizione

giuridica nazionale, giacché sancendo l'obbligo restitutorio a carico dell'attore della violazione incolpevole essa finisce con l'applicare principi riequilibratori riconducibili all'ingiustificato arricchimento (*locupletatio*) a carico di un soggetto che ha oggettivamente conseguito un beneficio ingiustificato, sfruttando una risorsa di un altro, titolare di un diritto assoluto e di una esclusiva di sfruttamento, limitandosi, nella sostanza, a presumere la *depauperatio* dell'avente titolo in virtù del suo diritto erga omnes all'esclusività e la relazione causale per la riconducibilità di entrambi i fenomeni allo stesso diritto».

Una breve riflessione merita inoltre la duplice funzione che secondo la Cassazione svolge lo strumento rimediato dall'art. 125 c.p.i. In primo luogo, rispetto agli effetti direttamente previsti dalla norma, tale tutela di tipo restitutorio opera una riallocazione della ricchezza prodotta, soddisfacendo il titolare del fattore di produzione il cui impiego non è stato da lui autorizzato. Al riguardo, la sentenza parla, in termini non del tutto appropriati, di una «logica compensatoria». In secondo luogo, sul versante delle conseguenze pratiche mediate (di secondo grado), esterne al sistema giuridico, che la norma presumibilmente può produrre nel tessuto sociale (interpretazione orientata alle conseguenze), tale tutela restitutoria è ritenuta svolgere una funzione dissuasiva e deterrente, che si affianca alla tutela risarcitoria classica, sia pur nella sua declinazione speciale prevista in materia di proprietà industriale con le regole particolari stabilite nei primi due commi dell'art. 125 c.p.i.

Invero, la pronuncia pone le due funzioni quasi si ponessero sullo stesso piano, senza distinguere effetti diretti, e quindi certi, ed effetti mediati e perciò solo probabili, i quali proprio in quanto probabili possono semmai contribuire a precisare la *ratio* della tutela, evidenziando uno scopo indiretto di essa, non lo strumento in cui direttamente consiste. Purtroppo questa confusione di piani non è infrequente né nella giurisprudenza né nella dottrina che spesso discorrono di polifunzionalità a riguardo di istituti giuridici, rischiando di comparare il certo con l'incerto, effetti reali con effetti perseguiti ma la cui realizzazione andrebbe verificata con gli strumenti appropriati. Nondimeno, la funzione di deterrenza, una volta collocata sul piano corretto della *ratio*, si rivela opportuna, perché pone lo strumento restitutorio in coerenza con una logica tendenzialmente generale del nostro ordinamento, il quale sembra orientato a respingere l'idea utilitaristica di favorire inadempimenti o illeciti per il solo motivo di essere ritenuti apportare una maggiore ricchezza, nonostante questa sia ottenuta a scapito di altri soggetti e per di più titolari del diritto leso. Più precisamente, l'ordinamento risulta irritato soprattutto quando la lesione del diritto sia posta in essere in mala fede o con dolo (impliciti, peraltro, nel calcolo costi-benefici effettuato *ex ante* dall'autore dell'iniziativa lesiva), laddove nel caso della violazione della proprietà industriale si registra una protezione rafforzata che può addirittura prescindere dallo stato soggettivo dell'autore della violazione. Tale particolarità, peraltro, sembra corrispondere a una tendenza dell'ordinamento giuridico a favore di una tutela privilegiata della proprietà industriale e del diritto d'autore che ha riscontro anche in altri ambiti. Inoltre, la tutela restitutoria, essendo commisurata agli utili, comporta un ulteriore rafforzamento della protezione del titolare del diritto leso, come emerge dal confronto con una serie di altre norme contenute nel Libro III del codice, in cui la combinazione non concertata di fattori produttivi (ad esempio, specificazione, unione, commistione, etc.) non è disciplinata con la totale retroversione degli utili. In questi casi, infatti, l'ordinamento tiene conto del contributo che l'iniziativa del soggetto arricchito abbia svolto nella produzione della

ricchezza, evitando così il possibile parassitismo del titolare del fattore di produzione abusivamente impiegato: in tal senso viene riconosciuta, almeno in una certa misura, **una remunerazione per quanto può spettare in funzione dell'iniziativa e dell'organizzazione** utilizzate. Non si giunge mai, però, almeno nei casi di mala fede, a offrire una disciplina che possa risultare incentivante una iniziativa lesiva di diritti di altri.

**3. Il nostro codice dedica esplicitamente all'arricchimento senza giusta causa gli artt. 2041 e 2042 c.c., innovando rispetto al codice precedente, a sua volta fortemente condizionato dal codice francese che non prevedeva una norma generale sull'arricchimento.** Tra le *condictiones* la ripetizione dell'indebito era la regina del sistema restitutorio e ancora nel codice civile attuale gode di una disciplina decisamente **più articolata di quella dedicata all'arricchimento che una buona parte della cultura giuridica italiana ha sempre faticato a cogliere come principio generale.**

**Tuttavia, l'introduzione di una norma generale nel codice civile del 1942 non può essere letta esclusivamente in una chiave di evoluzione interna alla tradizione franco-italiana nella cui giurisprudenza, sia pure timidamente, l'arricchimento si stava accreditando.** La suggestione derivante dal grande rilievo di tale istituto nella cultura giuridica tedesca e nel BGB non può essere sottovalutata. Certo, la diffusa lettura **settoriale degli artt. 2041 e 2042 c.c. dev'essere messa in rapporto con la concezione franco-italiana tradizionale dell'arricchimento ingiustificato che pretende di confinarlo nella residualità** tramite soprattutto una interpretazione rigida e assorbente della regola della sussidiarietà.

**In quest'ottica, infatti, l'arricchimento di cui all'art. 2041, comma 1, c.c. può essere inquadrato nel cono d'ombra delle *actiones de in rem verso* (come nel noto *arrêt Boudier* – deciso nel 1914 dalla Corte di cassazione francese – in cui un commerciante di fertilizzanti che aveva contrattato con un affittuario inadempiente si era poi rivolto contro il proprietario del fondo a cui lo stesso affittuario aveva ceduto il raccolto), concepite dai romani come *adiecticiae* per quei casi in cui la controparte contrattuale (schiavo o pupillo) non avesse pagato l'altra, ma gli effetti benefici del contratto si fossero riverberati nella sfera giuridica del *pater familias*.** Si tratta di arricchimenti indiretti del *pater familias* per un contratto non stipulato da lui, relativamente ai quali la possibilità **di un'azione restitutoria viene guardata con una certa diffidenza, perché, in tal modo, si produrrebbe una breccia nel principio di relatività del contratto** rendendo, sia pure nei **limiti dell'arricchimento, un terzo garante della prestazione del debitore contrattuale.** Si aggiunga che la stessa giurisprudenza francese che aveva sviluppato il principio **dell'arricchimento come una *actio de in rem verso* riteneva espressamente che l'esercizio di tale azione, derivando dal principio di equità che vieta di arricchirsi a spese altrui, e non essendo stata regolata da alcuna disposizione dell'ordinamento francese, non fosse subordinato ad alcuna condizione specifica.** Sicché – come sentenziò la Corte di **cassazione nell'*arrêt Boudier* – per renderla ammissibile, era sufficiente che l'attore allegasse e offrisse di dimostrare l'esistenza di un vantaggio da lui procurato, con un sacrificio o un atto personale, alla persona contro cui agiva.** Va da sé che a fine Ottocento diversi giuristi italiani e francesi fossero intimoriti da questa prospettiva, onde è ben

comprensibile un accoglimento dell'arricchimento (nei codici di stampo "latino") molto freddo e timido, con la previsione essenzialmente di due freni all'azione restitutoria<sup>2</sup>.

Il primo riguarda il calcolo stesso dell'arricchimento che nel primo comma dell'art. 2041 c.c. segue la concezione patrimoniale: si effettua un confronto tra i patrimoni delle parti per accertare se vi sia stato un incremento di ricchezza nel patrimonio del soggetto arricchito e nello stesso tempo una diminuzione patrimoniale a scapito del soggetto impoverito; quest'ultima, poi, viene prevista come la misura limite dell'obbligazione restitutoria, in luogo della restituzione integrale dell'arricchimento. Solo il secondo comma dà spazio alla c.d. concezione reale. Infatti, quando oggetto dell'arricchimento è una *res* questa diviene anche oggetto della restituzione, onde l'art. 2041, comma 2, c.c. può esser letto come un ponte con la ripetizione dell'indebitato e con le altre norme del codice civile che pure seguono la concezione reale, ossia prevedono la restituzione del valore o dell'arricchimento (a prescindere da una correlativa diminuzione patrimoniale) quando la restituzione materiale non è possibile (ad es., artt. 936, 937, 938, 939, 940, 948, 1148, 1150, 1591 c.c.).

Ma la cautela della cultura giuridica italiana precodificata nei confronti dell'arricchimento non si arrestava a questo punto: come si evince dall'art. 2042 c.c., all'arricchimento viene pure imposta la regola della sussidiarietà, regola che ovviamente è pensata per il concorso con altre tutele. Si tratta di una norma che non si riscontra in altri ordinamenti, come quello germanico, dove, invece, vista l'importanza dell'arricchimento ingiustificato, non è prevista alcuna regola di sussidiarietà.

Invero, la sussidiarietà può essere intesa in senso positivo, per cui l'arricchimento offre sussidio là dove non sia esperibile un'azione tipica (quale sarebbe, ad esempio, quella prevista dall'art. 940 c.c.) che permetta al soggetto di farsi restituire quel *quid* di cui altri si è ingiustificatamente arricchito. In questa prospettiva, non si nega necessariamente che l'arricchimento possa svolgere una funzione specifica che le altre tutele non apprestano. Tuttavia, la sussidiarietà può leggersi altresì in senso negativo, come subalternità ad altre azioni: l'arricchimento non si può esercitare come azione nei vari casi in cui sia prevista un'azione tipica per farsi indennizzare del pregiudizio subito. Radicalizzando tale prospettiva il concorso dell'arricchimento con altre tutele metterebbe sempre capo a un concorso apparente in cui l'arricchimento dovrebbe in ogni caso cedere il passo.

Va altresì rilevato che, a differenza del diritto penale, la sussidiarietà non è un semplice criterio di soluzione di un concorso fra norme, inteso come riguardante fattispecie poste in una relazione fra di loro di *species ad genus*, entrando in gioco anche la prospettiva delle tutele che le norme prevedono. Ad esempio, nell'ipotesi di un

<sup>2</sup> Ancora di recente la nostra giurisprudenza ha evocato l'*arrêt Boudier* pronunciandosi, però, a favore di una forte restrizione della rilevanza degli arricchimenti indiretti, ossia limitata a casi legati alla Pubblica amministrazione oppure, valorizzando la regola dell'art. 2038 c.c., a ipotesi riguardanti l'arricchimento ottenuto a titolo meramente gratuito da un terzo. Secondo Cass., sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772, infatti, «È convincimento di queste sezioni unite, pertanto, che il doppio requisito dell'unicità del fatto costitutivo e della sussidiarietà dell'azione vada senz'altro riaffermato sul piano della regola generale, con la duplice eccezione costituita dall'arricchimento mediato conseguito da una P.A. rispetto ad un ente (anch'esso di natura pubblicistica) direttamente beneficiario/utilizzatore della prestazione dell'impoverito e dall'arricchimento conseguito dal terzo a titolo meramente gratuito, in tal modo rivalutandosi, come ancora osservata da un'attenta dottrina, la funzione propriamente equitativa dell'*actio de in rem verso*, la cui *ratio* è soprattutto quella di porre rimedio a situazioni giuridiche che altrimenti verrebbero ingiustamente private di tutela tutte le volte che tale tutela non pregiudichi in alcun modo le posizioni, l'affidamento, la buona fede dei terzi».

arricchimento indiretto, il concorso viene in considerazione tra una tutela contrattuale *inter partes* e l'azione di arricchimento che una parte contrattuale pretende di esercitare contro un terzo. In tal caso, il rischio è effettivamente che l'arricchimento possa portare a un'elusione del principio di relatività del contratto o, se si vuole, del principio di relatività della responsabilità patrimoniale per un'obbligazione contrattuale.

In generale, la regola della sussidiarietà sembra mirare a prevenire concorsi di norme che determinerebbero conseguenze non volute da parte del legislatore, rilevabili sia sul fronte di una possibile mera duplicazione di tutele sia sul fronte della elusione di tutele già previste dal nostro ordinamento giuridico. Cass., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, sintetizza questa funzione nei termini piuttosto generici del principio di *certezza del diritto*, in quanto l'esperimento dell'azione di arricchimento, anche nel caso in cui l'attore sia titolare di azioni alternative, porrebbe in pericolo la generale tenuta del sistema sotto diversi profili. Da un lato, si paventa il pericolo di una sorta di eterogenesi dei fini, ossia un'indebita locupletazione dell'impovertito, il quale potrebbe esperire in maniera cumulativa – accanto all'azione di ingiustificato arricchimento – gli “altri” rimedi, tesi a ristorare la sua posizione. Ma in fondo lo stesso arricchimento contiene l'antidoto alla duplicazione, proprio perché essa sarebbe fonte di un arricchimento ingiustificato in senso contrario. Più serio sembra, invece, il rischio di una elusione della disciplina delle azioni alternative, ove fosse possibile il ricorso all'arricchimento, quale rimedio generale rispetto a uno c.d. principale, anche nel caso in cui siano maturate preclusioni o decadenze relativamente a tale rimedio. Una estremizzazione della sussidiarietà, concepita quasi come coesistente all'istituto dell'arricchimento, s'imporrebbe, invece, qualora si attribuisse una generale natura equitativa all'arricchimento ingiustificato. Infatti, in quest'ottica, si configurerebbe *sic et simpliciter* come una norma di chiusura, dalla inevitabile portata generale e residuale, onde il suo ambito applicativo si comprimerebbe o si espanderebbe a seconda della sussistenza o insussistenza di rimedi speciali direttamente azionabili.

In ogni caso, secondo le Sezioni unite «Va, pertanto, tenuto fermo il principio per cui resta precluso l'esercizio dell'azione di arricchimento ove l'azione suscettibile di proposizione in via principale sia andata persa per un comportamento imputabile all'impovertito e, quindi, con riferimento ai casi di più frequente applicazione, per la prescrizione ovvero per la decadenza. Colgono nel segno le riflessioni di quella dottrina che ha sottolineato come l'azione di arricchimento non possa far rivivere il diritto prescritto, che è estinto e resta tale».

Più in generale il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite è il seguente: «Ai fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente ab origine del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico».

Si tratta, purtroppo, di una soluzione che appare regressiva, perché, oltre a non essere allineata con i guadagni che la stessa Cassazione aveva conseguito in tema di lesione del potere di disposizione (Cass., 29 luglio 2021, n. 21832), tende ad appiattire il proprio punto di vista su un'idea di concorso apparente tra norme o tutele, quasi che

L'arricchimento configuri sempre una tutela sostanzialmente analoga a quella che si è prescritta o a quella con cui concorre. Ciò si registra soprattutto nel rapporto con la tutela risarcitoria scivolando di nuovo in un certo riduzionismo aquilianocentrico in materia rimediabile. **Non sembra potersi interpretare altrimenti, infatti, l'indicazione della «carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito» quale causa di rigetto dell'azione concorrente in grado di escludere l'azione di arricchimento senza giusta causa, pensata come ancillare alle azioni di risarcimento del danno, per cui, se chi esercita l'azione di risarcimento del danno non abbia provato il danno subito, viene meno anche la possibilità di esercitare l'azione di arricchimento.**

Tuttavia, tra arricchimento e responsabilità aquiliana non sempre il concorso si rivela soltanto apparente, lasciando sul campo solo l'azione di responsabilità come se l'azione di arricchimento, in ultima analisi, non fosse altro che un surrogato del risarcimento. **Come dimostra l'art. 125 c.p.i., o, *inter alia*, l'art. 937, ult. comma, c.c. il concorso può anche essere reale, né significa ammettere un doppione di tutela, bensì realizzare un cumulo, e quindi applicare i due rimedi nella misura in cui compete a ciascuno, in modo da assicurare una completezza di tutela alla parte che ne abbia diritto. L'elemento impeditivo della mancata prova del pregiudizio, infatti, fa pensare che le Sezioni unite concepiscano l'arricchimento come una sorta di surrogato del risarcimento e, più in generale, delle altre tutele predisposte dal nostro ordinamento. Del resto, precisamente in questi termini sembrano doversi interpretare le seguenti affermazioni contenute nella sentenza: «Con specifico riferimento ai *rapporti tra azione di arricchimento ed azioni risarcitorie* una prima significativa differenza si coglie quanto alla irrilevanza dell'elemento soggettivo ai fini dell'azione di arricchimento. Inoltre, si sottolinea come alla residuale tutela di cui all'art. 2041 c.c. sia estraneo il presupposto della lesione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico (che sostanzia il requisito dell'ingiustizia *ex art. 2043 c.c.*), ovvero l'inadempimento di una preesistente obbligazione (fonte della responsabilità contrattuale), essendo piuttosto rilevante che lo squilibrio patrimoniale di cui si chiede l'indennizzo non debba essere ingiusto, bensì ingiustificato. Tale considerazione si riflette poi anche sul piano dell'entità delle conseguenze pregiudizievoli, in quanto la tutela offerta all'impovertito dalla norma di carattere generale è limitata alla dimensione del “danno emergente”, ma nella (sola) misura corrispondente all'incremento patrimoniale verificatosi nella sfera giuridica del convenuto. È stato, perciò, rimarcato come quella contro l'arricchimento sia l'unica tutela praticabile in assenza della lesione di un diritto (danno ingiusto) ovvero al cospetto della lesione di un diritto, non accompagnata dall'elemento soggettivo (nonché in presenza di una lesione di un diritto, accompagnata dall'elemento soggettivo, dalla quale però non scaturisca un pregiudizio nei termini dell'art. 1223 c.c. ma solo un arricchimento). Se il rigetto della domanda risarcitoria è ascrivibile a ragioni che consentano di affermare la carenza del titolo posto a fondamento della relativa domanda (nel caso di carenza degli elementi costitutivi della fattispecie legale ovvero in presenza di elementi impeditivi), risulta quindi ammissibile la proposizione dell'azione di arricchimento, che mantiene in tal modo il suo carattere residuale. Allorché sia esclusa la fondatezza della domanda *ex art. 2043 c.c.*, perché la condotta dell'arricchito non si caratterizza per la presenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma (ovvero in caso di azione *ex art. 1337 c.c.*, perché non è dato riscontrare la violazione della regola della buona fede nella condotta del convenuto), resta esclusa la stessa sussistenza *ab origine* di un titolo fondante una domanda**

suscettibile di essere avanzata in via principale e con carattere assorbente della domanda ex art. 2041 c.c., di cui deve perciò affermarsi la proponibilità. Viceversa, resta **impregiudicata l'efficacia preclusiva derivante dalla regola della sussidiarietà ove il rigetto sia dipeso da prescrizione o decadenza ovvero nel caso in cui derivi dalla carenza di prova circa l'esistenza del danno ingiusto. La soluzione che distingue a seconda delle ragioni del rigetto della domanda risarcitoria si configura così idonea a salvaguardare le varie *rationes* che si reputa sorreggano la regola della residualità, in quanto accanto al rispetto del principio della certezza del diritto, è tutelata anche la regola di equità che sottende la previsione di cui all'art. 2041 c.c., riconoscendosi all'impovertito il ristoro per quelle situazioni che siano già ab origine prive di un rimedio riconosciuto dalla legge».**

Ora, la linea interpretativa, emergente nei passaggi appena riferiti della sentenza, che esclude in modo *tranchant* il concorso reale tra responsabilità e arricchimento contrasta con una serie di norme giuridiche, le quali, invece, ammettono il cumulo delle tutele. Evidentemente l'ordinamento giuridico riconosce che, così come il risarcimento del danno, anche l'arricchimento possa avere una sua specifica competenza. Talora, l'arricchimento senza giusta causa può comportare la restituzione di una somma inferiore al risarcimento del danno che pertanto s'aggiunge per completare la tutela; talaltra, come nel caso dell'art. 125, comma 1, c.p.i., è l'arricchimento, invece, ad essere proposto come una tutela integrativa di quella risarcitoria<sup>3</sup>.

Nondimeno, se si tralascia la questione dei rapporti tra tutela aquiliana e arricchimento, la sentenza delle Sezioni unite contiene un piccolo passo in avanti nella misura in cui elimina le rigidità più insopportabili della tesi della sussidiarietà c.d. in astratto. Accogliendo tale tesi nella sua versione più rigida, come dimostra lo stesso caso concreto da cui le Sezioni unite hanno preso le mosse, un accorto avvocato della difesa, di fronte ad una richiesta di arricchimento senza giusta causa, avrebbe potuto limitarsi a prospettare in via puramente astratta la possibilità di una concorrente azione al solo fine

<sup>3</sup> Nel caso concreto oggetto della vicenda giudiziale conclusasi con la decisione delle Sezioni unite l'idea che l'arricchimento possa essere rappresentato come il surrogato di un risarcimento per responsabilità precontrattuale lascia perplessi. La questione sembra proprio collocarsi sul piano restitutorio sia che non si reputi sussistente una responsabilità precontrattuale del comune sia che si pensi a una sorta di *condictio ob causam datam* (*condictio causa data causa non secuta*) in relazione al fatto che la società in questione aveva fatto delle opere confidando nel ripristino da parte del comune della natura edificabile del fondo. In sintesi, la controversia riguardava una società proprietaria di un terreno nel Comune di Tavagnacco, che al momento dell'acquisto aveva natura edificabile, e per il quale era stato presentato un piano di lottizzazione finalizzato al rilascio della concessione edilizia. Nelle more, essendo cambiata l'amministrazione comunale, questa aveva deciso di modificare il Piano di fabbricazione ed il regolamento edilizio, variando la destinazione urbanistica del terreno da residenziale ad agricolo, con conseguente perdita di valore. La società sosteneva di avere rinunciato a muovere osservazioni a questa variante a causa delle rassicurazioni fatte dal sindaco pro- tempore circa il futuro ripristino della natura edificabile del terreno, data la sua attitudine alla viabilità ed al collegamento con altre aree. Il Comune di Tavagnacco aveva in seguito adottato una variante al Piano di lottizzazione, al fine di consentire l'interramento di cavi ad alta tensione nel terreno, che era stato richiesto al Comune di Tavagnacco da quello di Udine. L'interramento dei cavi fu poi messo in opera dalla società proprietaria del fondo che sostiene in causa di averlo fatto in cambio del già promesso ripristino della natura edificabile del terreno. In ogni caso, la somma spesa per tale opera ammontava a circa 150 mila euro. Tuttavia, alla fine, nonostante le rassicurazioni del Comune, il terreno era rimasto agricolo. Di qui l'azione in giudizio della società immobiliare contro il Comune per far valere la responsabilità precontrattuale dell'ente (per lesione dell'affidamento circa il cambio di destinazione del fondo), e, in subordine, per far riconoscere l'arricchimento ingiustificato del Comune. L'effetto paradossale della tesi della sussidiarietà in astratto si era rivelato in pieno con la decisione della Corte d'Appello che, da un lato, aveva negato la responsabilità precontrattuale e, dall'altro, sulla base della regola di sussidiarietà, non aveva ammesso nemmeno l'azione di arricchimento. Il risultato, appunto paradossale, sarebbe stato quello di legittimare l'arricchimento del Comune che risparmiava così una spesa ingente per le suddette opere a scapito di chi quelle spese le aveva effettivamente sostenute senza che il Comune avesse manifestato alcuna contrarietà al riguardo.

**di chiudere la saracinesca all'azione di arricchimento intentata dalla controparte. In altre parole, con tale interpretazione si produceva, inopinatamente, un effetto pressoché sterilizzante dell'arricchimento senza causa. Invece, la Cassazione afferma ora** che, affinché la regola della sussidiarietà operi in senso preclusivo, bisogna che vi sia carenza *ab origine* del titolo giustificativo, a meno che, nel caso di un contratto, la nullità derivi **da contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico.**

Certo, tale proposizione risulta generica e potrebbe persino trarre in inganno. Perciò, per razionalizzarla e precisarla occorre immaginare ipotesi in cui con **l'arricchimento si faccia valere in sostanza una pretesa a una prestazione non ricevuta** derivante da un contratto nullo, non la pretesa alla restituzione di prestazioni indebite, ossia non dovute. Non si dovrebbe dubitare, ad esempio, che una prestazione di *facere* resa in base a un contratto nullo possa quantomeno generare sul piano restitutorio **un'azione di arricchimento**, salvo non si aderisca addirittura alla tesi della restituzione **del valore sul modello dell'art. 2037 c.c.**

Inoltre, la proposizione in esame è inesatta per difetto, in quanto se il contratto fosse nullo per contrarietà al buon costume, la prestazione eseguita *ex art. 2035 c.c.* non soltanto non sarebbe ripetibile, ma, ove non fosse stata eseguita, nemmeno sarebbe **esigibile né sarebbe ammissibile un'azione di arricchimento per indennizzare** la controparte che abbia eseguito la sua.

Quanto poi al caso di un contratto nullo per contrarietà a norme imperative, bisognerebbe almeno distinguere a seconda che le norme siano poste a tutela di un interesse generale estraneo a entrambi i contraenti oppure siano poste a tutela di uno solo dei due. **Ad esempio, nell'ipotesi di un contratto di lavoro nullo, già l'art. 2126 c.c. ammette che l'eventuale effettuazione della prestazione lavorativa debba essere retribuita. Né si vede per quale ragione si debba escludere un'azione di arricchimento a favore del lavoratore che, nel caso di una clausola anticoncorrenziale invalida *ex art. 2125 c.c.*, si astenesse dall'effettuare lavori in concorrenza, confidando erroneamente sulla validità della clausola medesima. In questi casi, l'arricchimento potrebbe operare almeno come fondamento di un'eccezione di compensazione nei confronti del credito alla restituzione del corrispettivo rispetto a quanto il datore di lavoro si sia arricchito per l'esecuzione di fatto della prestazione di *non facere* da parte del lavoratore.** Del resto, se non si tenesse conto di ciò, il diritto in capo al lavoratore di far valere la nullità della clausola verrebbe pregiudicato proprio per il fatto che egli dovrebbe restituire interamente le somme riscosse. Certo, nelle ipotesi di nullità della clausola dovuta alla previsione di un corrispettivo sproporzionato per difetto (ipotesi queste di nullità non testualmente previste, ma riconosciute dalla giurisprudenza: v., ad esempio, Cass., 1° marzo 2021, n. 5540), **l'arricchimento potrebbe essere superiore alla somma dovuta in restituzione dal lavoratore, ma ciò sarebbe coerente proprio con la logica di elevare a ragione di nullità l'inadeguatezza del corrispettivo. Invero, il rispolvero in questi casi della teoria del giusto prezzo introduce un controllo di equità che sembra collocarsi in una sorta di intersezione tra parte cosiddetta normativa e contenuto economico del contratto e non può che trovare giustificazione in un'idea di protezione della parte debole del contratto.** Solo questa idea, infatti, può giustificare la violazione del principio della *freedom of contract* relativo alla parte economica del contratto.

Per altro verso, la soluzione nella chiave della nullità, anziché in quella di una *reductio ad equitatem* del corrispettivo, dovrebbe almeno comportare una salvaguardia

sul piano restitutorio per ciò che della clausola è stato di fatto eseguito, secondo il principio ricavabile dallo stesso art. 2126 c.c.

**4.** Un ulteriore esempio giurisprudenziale di riduzionismo aquiliano si è manifestato anche in un'altra sentenza delle Sezioni unite, Cass., sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645, **che solo in quest'ottica ha saputo concepire la tutela derivante da occupazione illegittima di fondi altrui.** Infatti, la Cassazione, impigliata pure in questo caso sulla via della responsabilità aquiliana, non prende in considerazione, se non in modo ingiustificatamente sbrigativo, le peculiarità del profilo lesivo che caratterizza **l'occupazione di un fondo altrui. L'occupante non distrugge necessariamente una ricchezza, come accade normalmente nei casi di danno aquiliano, ma si appropria di una ricchezza che spetta ad altri: il valore d'uso del bene costituisce una prerogativa esclusiva del proprietario, il quale può decidere se disporre del bene concedendone il godimento a terzi oppure ritrarre direttamente i frutti naturali ricavabili dal bene medesimo. Pertanto, anche per quanto concerne l'elemento soggettivo, il criterio più appropriato – come dimostra la stessa disciplina dei rapporti tra possessore e proprietario – è quello tipico della restituzione, ossia la buona o mala fede (secondo la consapevolezza o meno dell'alienità del diritto violato). Le questioni della causalità e della colpa, invece, rimangono eventuali e secondarie, in quanto riferibili semmai alla causazione di perdite per l'eventuale danneggiamento del bene o di un lucro cessante. Ma già sul piano del danno risarcibile, la Cassazione è costretta dall'unilateralità del proprio punto di vista ad affannarsi a sbrogliare la matassa del danno *in re ipsa* che, secondo una sua sezione, il semplice fatto della occupazione illegittima configurerebbe, e così non riesce ad escogitare altro che un'ulteriore forzatura della responsabilità civile, il c.d. danno presunto (o normale). Ovviamente un danno o c'è o non c'è, e il danno presunto non può essere tale in funzione di una presunzione «giurisprudenziale» che si presenta come un inopinato surrogato delle presunzioni legali: queste ultime, per definizione, abbisognano della previsione legale. Se invece la Cassazione avesse preso in considerazione l'arricchimento, che già il codice civile applica in forma tipica nella disciplina dei rapporti fra proprietario e possessore (art. 1148 c.c.), nonché nelle ipotesi di godimento in cui il titolo è venuto meno successivamente (art. 1591 c.c.), avrebbe potuto ravvisare nell'occupazione del suolo senza autorizzazione una tipica lesione del diritto sotto il profilo del potere di disposizione, cioè un caratteristico caso di arricchimento senza giusta causa.**

Purtroppo, però, in luogo di inquadrare il problema in chiave restitutoria, ossia **nell'ottica dell'ingiustificato arricchimento, la Cassazione si ostina con la responsabilità civile, e lo fa nonostante faticosi a ravvisarne i principali elementi costitutivi, il danno e la colpevolezza; di qui la configurazione di un'azione di risarcimento del danno *sui generis* connotata da due presunzioni create dalla medesima sentenza: la prima è una presunzione relativa circa l'*an* e il *quantum* del danno; la seconda è una presunzione di colpevolezza che non sembra nemmeno ammettere la prova contraria.**

Il ricorso alla categoria del danno *in re ipsa* o di quella del danno giurisprudenzialmente presunto nasconde, in definitiva, la specificità del profilo lesivo **che caratterizza l'occupazione non autorizzata del fondo altrui, la quale mette capo a un'appropriazione di ricchezza da parte di chi ha utilizzato quel bene senza averne titolo. L'occupante si è arricchito (almeno in forma di risparmio) a spese del titolare, sicché non tanto di un danno da risarcire si tratta, giacché nessuna distruzione di ricchezza è necessariamente avvenuta, ma di un arricchimento che dev'essere restituito. Inoltre,**

seguendo tale via non si è costretti a escludere la tutela, come fa la Cassazione, qualora **l'occupante provi il non uso del proprietario, perché chi si è ingerito in una sfera giuridica** di altri senza esserne autorizzato non può giustificarsi adducendo la volontà del proprietario di non usare quel bene: a maggior ragione, si potrebbe replicare, proprio **perché il titolare non era disposto a concedere ad altri l'uso di quel bene, il terzo deve almeno restituire l'arricchimento per non aver negoziato il consenso** del proprietario<sup>4</sup>.

Tale prospettiva rimediabile consente altresì di evitare questioni di colpevolezza, giacché si tratta del fatto oggettivo dello spostamento di ricchezza tra un soggetto che ha goduto del bene senza titolo e il titolare del potere esclusivo sul bene. Non è una questione di colpa o di dolo quali criteri di soggettivazione del nesso di causalità tra comportamento e danno ai fini di un giudizio di responsabilità, ma semmai di buona o **malafede quali criteri discretivi che, come nel possesso, distinguono l'occupazione** di chi lede consapevolmente il diritto altrui da quella di chi lo lede inconsapevolmente. Anzi, proprio la disciplina del possesso di buona fede avrebbe dovuto suggerire maggiore cautela, dal momento che sarebbe ben difficile considerare fatto illecito **un'occupazione meramente colposa del fondo altrui. Se il possessore di buona fede, secondo l'art. 1148 c.c.**, fa suoi i frutti, come lo si può rimproverare di un illecito?

Si può, pertanto, considerare sbrigativa la frase con cui le Sezioni unite liquidano **l'ipotesi di inquadramento del fatto nei termini dell'arricchimento ingiustificato: «È appena il caso di aggiungere che estraneo all'occupazione sine titulo è anche il paradigma dell'arricchimento senza causa (art. 2041), nel quale l'assenza di giusta causa dello spostamento patrimoniale non riveste il carattere dell'antigiuridicità, mentre la diminuzione patrimoniale che qui si fa valere corrisponde a un danno per la presenza di un fatto illecito».**

**La frase è tanto breve quanto poco comprensibile, chiusa com'è in una** argomentazione circolare; inoltre contrasta con una serie di altri passaggi della stessa sentenza che, invece, indirizzerebbero verso la tutela restitutoria. Ne è un esempio, tra gli altri, **la distinzione, sottolineata a un certo punto, fra l'azione lesiva, che attinge il contenuto del diritto di proprietà, e l'azione lesiva che cade direttamente sulla cosa: «Quando l'azione lesiva attinge invece il contenuto del diritto di proprietà (“il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo”), ciò che viene in primo luogo in rilievo è la violazione dell'ordine giuridico. L'ordinamento appresta lo strumento di ripristino dell'ordine formale violato, ossia la tutela reale di reintegrazione del diritto lesso.** Questa tutela può eventualmente concorrere con la misura restitutoria del bene, di cui è pure espressione la fattispecie di cui all'art. 1148 c.c., la quale disciplina con riferimento ai frutti naturali separati e ai frutti civili maturati le conseguenze della restituzione della cosa da parte del possessore (nella specie di mala fede o comunque nello stato soggettivo di cui all'art. 1147 c.c., comma 2) convenuto dal proprietario in sede di rivendicazione. Sia la cosa (art. 810 c.c.), che i frutti (art. 820 c.c.), appartengono alla disciplina dei beni e perciò restano nell'alveo dell'azione di rivendicazione sotto il profilo degli effetti restitutori».

<sup>4</sup> Le Sezioni Unite parlano di un danno presunto o normale (nel senso che se ne *presume l'esistenza* fondamentalmente in base a una valutazione in termini di *id quod plerumque accidit*). In caso di occupazione illegittima da parte di un terzo, normalmente vi sarebbe un danno, perché presumibilmente il **proprietario l'avrebbe usato per sé o per trarne profitto, salvo il solo limite del non uso, che configurerebbe una ipotesi anormale di disinteresse del proprietario nei confronti del bene.** Solo in tale ipotesi la normalità che giustifica la presunzione di danno verrebbe meno e quindi non ci dovrebbe essere risarcimento.

In sintesi, la Cassazione riconosce la natura restitutoria della tutela contemplata nell'art. 1148 c.c., ma guarda alla norma in modo settoriale, precludendosi così la possibilità di coglierne il collegamento sistematico col principio generale di cui all'art. 2041 c.c., con riguardo al quale l'art. 1148 c.c. fornisce un criterio per comprendere il carattere ingiustificato di una eventuale appropriazione del valore d'uso da parte di chi occupi illegittimamente il bene. Salvo il caso della buona fede, chi possiede il bene senza titolo non solo deve restituire al titolare i frutti percetti, ma pure i c.d. frutti percipiendi, né vi è alcuna indicazione normativa che gli permetta di trattenerli provando che il **proprietario della cosa non l'avrebbe mai usata**: l'art. 1148 c.c. non attribuisce alcun rilievo a un eventuale non uso da parte del proprietario quale ragione di esclusione della restituzione. Avendo natura restitutoria, la norma reagisce semplicemente al fatto oggettivo dello spostamento di ricchezza. Se dunque il possessore è di mala fede deve restituire i frutti percipiendi tra i quali può ben includersi quanto avrebbe ottenuto **dando in locazione la cosa ad altri**. Ciò implica che l'occupante, su cui incombe l'onere di percepire frutti (c.d. percipiendi) per poterli restituire, non può esonerarsi dal restituire **il valore del godimento della cosa, ove l'abbia goduta direttamente (senza a sua volta locarla a terzi)**: di tale valore egli, infatti, si arricchisce almeno nei termini del risparmio del canone di locazione che avrebbe dovuto pagare negoziando col proprietario l'uso della cosa.

**Affermare che la restituzione di tali poste sia di competenza dell'arricchimento**, non significa però escludere una possibile rilevanza del fatto anche nei termini della responsabilità, ben inteso ove ne ricorrano i presupposti, ossia senza forzature. Le due **tutele non sono alternative l'una rispetto all'altra, ma, proprio perché presuppongono** tipi di pregiudizio diversi, possono tra loro concorrere, ciascuna per i profili che le sono propri.

**Il risarcimento del danno, insomma, non è l'unica e monopolizzante tutela** apprestata dal nostro diritto civile, il quale invece conosce anche una funzione specifica **dell'arricchimento operante, secondo i casi, in concorso oppure non col risarcimento**. Per contro, il postulato cui sembra ispirarsi la nostra giurisprudenza nelle ultime pronunce **esaminate, che riconduce senza residui il pregiudizio tutelato dall'art. 2041 c.c. al danno dell'art. 2043 c.c., tende a impoverire l'armamentario delle tutele civili** disponibili. Forse lo stesso rimediale, che nella dottrina recente spesso viene promosso non senza **qualche scivolata nell'arbitrio, potrebbe evolversi in una cultura più ariosa dei rimedi (o, più laicamente, delle tutele)**, in grado di superare la monocromia aquiliana per restituire **i colori al quadro d'insieme**. In tal modo, si può riconoscere come giusto rimedio non quello più corrivo e magari scelto per una soggettiva valutazione di giustizia, ma quello dogmaticamente più appropriato alla fattispecie di volta in volta in considerazione, secondo il principio interpretativo per cui la *regula iuris* si trae *ex iure quod est*, ossia **sulla base di una ricostruzione sistematica dell'istituto in funzione del problema che si deve risolvere giuridicamente**.

# Le nullità: fattispecie, rilievo officioso e impugnazioni \*

di FRANCESCO PAOLO PANARIELLO

Consigliere della Corte di Cassazione

## ABSTRACT

Il principio del rilievo d'ufficio della nullità negoziale, posto a presidio di interessi pubblici o superindividuali, soffre alcuni limiti dovuti al necessario bilanciamento con altri principi di pari rilevanza, di natura sostanziale e processuale. Nel diritto del lavoro il bilanciamento si complica sia per l'esigenza di tutelare la parte debole del rapporto, sia per tener conto di nuovi istituti nel sistema delle impugnazioni degli atti datoriali – come la decadenza – tradizionalmente sconosciuti ed estranei alla nullità, quand'anche "di protezione". Infine è sempre attuale il problema della configurabilità e, prima ancora, dell'ammissibilità di una nullità solo "virtuale" di protezione.

*The principle of ex officio nullity of contracts, established to protect public or super-individual interests, suffers from certain limitations due to the necessary balancing with other equally relevant principles, both substantive and procedural. In labor law, this balancing is complicated both by the need to protect the weaker part in the relationship and by taking into account new provisions in the system of challenging employer acts – such as the decadence – traditionally unknown and unrelated to nullity, even "protective" nullity. Finally, the question of the applicability and, even more so, the admissibility of a merely "virtual" protective nullity remains relevant.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa; 2. Il rilievo d'ufficio della nullità negoziale ed i suoi limiti; 3. L'intervento nomofilattico del 2014; 4. La nullità "di protezione"; 5. La nullità nel diritto del lavoro e la sua compatibilità con la decadenza; 6. (segue) La specialità della nullità lavoristica risiede nella decadenza dall'impugnazione dell'atto nullo?; 7. Il licenziamento disciplinare degli autoferrotranvieri ed il suo procedimento: la nullità "di protezione" come tertium genus?

**1.** Nel 1959 Salvatore Satta, nella prefazione al suo "Commentario al codice di procedura civile", scriveva: «... i giudici molte volte sono fatti anch'essi senza la consapevolezza del loro scopo. Sono uomini colti ... come i giuristi ...». Poi evidenziava «... la mancanza di schiettezza, di immediatezza del giudizio, in molte sentenze». Quindi concludeva: «Non è meraviglia che sia così, perché così è gran parte della scienza: ma

\* Lo scritto costituisce la riproduzione, con un essenziale apparato di note, dell'intervento programmato svolto in occasione del convegno "I rimedi nel diritto del lavoro e nel diritto civile. Principi, fattispecie, regole, tutele nel dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza", tenutosi in Lucca – Convento di San Cerbone, nei giorni 7, 8 e 9 novembre 2025. Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 30.12.2025.

certo nei giudizi il fatto diventa più grave, perché dà luogo a una giustizia formalistica, a una deviazione dal fine, che costituisce la vera piaga dei nostri processi, contro la quale **non valgono riforme legislative [...]**<sup>1</sup>.

Queste riflessioni, ancora attuali, dovrebbero indurre il giudice – civile e del lavoro – ad una particolare attenzione al proprio ruolo e allo scopo istituzionale assegnato **dall’ordinamento alla funzione giurisdizionale: rispondere al bisogno e alla domanda di giustizia intesa in termini di tutela, ma nell’ottica propria del processo e delle sue regole, sia pure inteso come “servizio pubblico essenziale” perché volto ad assicurare anche la pace sociale.**

**Tale “servizio” richiede la rigorosa interpretazione giudiziale che** – come precisato dalle sezioni unite della Corte di Cassazione in una nota sentenza sulla portata e sugli effetti della *prospective overruling*<sup>2</sup> – pur essendo uno «strumento percettivo e recettivo, non correttivo e/o sostitutivo della *voluntas legis*»<sup>3</sup>, «consente alla **disposizione legislativa di divenire “norma” e di assumere il significato attribuito dall’interprete tra i diversi e plausibili significati traibili dal testo, secondo le variabili dello spazio e del tempo nel quale il momento esegetico si realizza ... la “norma” non è il presupposto o l’oggetto ma il risultato dell’interpretazione, che si alimenta di tecniche discorsive di tipo argomentativo e persuasivo ispirate al principio di ragionevolezza**».

**In questa prospettiva esegetica “dinamica”, l’integrazione dei sistemi giuridici nazionali e sovranazionali e prima ancora l’incidenza che comunemente si riconosce alla Costituzione sull’intero ordinamento nazionale impongono di coniugare quella rigorosa nozione con la legittimità (e dunque l’ammissibilità e la doverosità) sia dell’interpretazione costituzionalmente conforme, sia di quella comunitariamente (o eurounitariamente) conforme, laddove possibili. Qualora impossibili, restano salve – rispettivamente – la rilevazione anche d’ufficio della questione di legittimità costituzionale ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea in caso di dubbio interpretativo. *Last but not least*, è possibile la “disapplicazione” della norma interna in contrasto con il diritto comunitario immediatamente applicabile.**

**Tra i principi costituzionali da tenere in considerazione vi è quello del “giusto” processo (art. 111, comma 1, Cost.), di cui una connotazione essenziale ed imprescindibile è quella di assicurare l’effettività della tutela giurisdizionale, ma pur sempre secondo le regole processuali proprie di ciascun ordinamento nazionale.**

**2. Il potere del giudice di rilevare d’ufficio la nullità dei negozi giuridici, previsto espressamente dall’art. 1421 c.c., fu salutata come una vera conquista del codice civile del 1942. In quello del 1865 questa regola non era stata positivizzata, sebbene creata dalla giurisprudenza a proposito del contratto illecito<sup>4</sup>. Già in quelle pronunzie si era avvertita, con particolare forza, l’esigenza di evitare che potesse essere strumentalizzata la tutela giurisdizionale per realizzare finalità riprovate dall’ordinamento. Il rilievo officioso della nullità era stato considerato lo strumento più idoneo a soddisfare quella esigenza.**

<sup>1</sup> S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile. Libro Primo. Disposizioni generali*, XIII, Vallardi, 1959.

<sup>2</sup> Cass., sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, in *Foro it.*, 2019, I, 1639.

<sup>3</sup> Principio già affermato da Cass., 14 giugno 2016, n. 12144, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1253, con nota di PELLEGRINELLI, *Chi sceglie l’arbitrato non può lamentarsi se la disciplina della responsabilità degli arbitri è inferiore rispetto a quella del magistrato*.

<sup>4</sup> Cass., 15 marzo 1929, in *Giur. it.*, 1929, I, 554; Cass., 21 gennaio 1928, *ivi*, 1928, I, 644.

Secondo la tesi tradizionale la nullità, quale forma più grave dell'invalidità negoziale, esprime un vero e proprio giudizio di disvalore dell'ordinamento, posto a tutela di un interesse pubblico o comunque superindividuale, e, quindi, indisponibile dall'autonomia privata. In quest'ottica, l'espressa previsione codicistica introdotta nel 1942 ha la precipua finalità di impedire, attraverso il generalizzato potere giudiziale di rilievo officioso, di pervenire in sede processuale all'inaccettabile risultato di ricollegare al contratto o al negozio giuridico nullo un qualche effetto.

In sede giurisprudenziale, tuttavia, questo potere generale viene temperato con diversi principi del processo civile<sup>5</sup>.

In primo luogo, è necessario che una qualche azione sia proposta da un soggetto privato, per far sì che, nel processo che ne scaturirà, il giudice possa procedere al rilievo officioso di una nullità. Non esiste un meccanismo generale che legittimi, ad esempio, in via generale il Pubblico Ministero a promuovere un giudizio con lo scopo di far emergere una nullità contrattuale a tutela dell'interesse generale. Una tale legittimazione generale è invece prevista in altri ordinamenti, come quello francese<sup>6</sup>. Nel nostro, una legittimazione attiva anche del P.M. è prevista solo in casi tassativi<sup>7</sup>.

In secondo luogo il giudice non potrà andare liberamente alla ricerca di una nullità da rilevare, ma sarà necessario che essa emerga dagli atti di causa o si evinca dai *probata partium*, valendo pur sempre l'antico brocardo *quod non est in actis non est de hoc mundo*. Dunque il rilievo officioso è necessariamente mediato dall'attività allegatoria e probatoria delle parti, le quali, sotto questo profilo, mantengono margini di disponibilità che si riflettono sul rilievo della nullità.

Vi è poi il principio di intangibilità del giudicato. Se la sussistenza di una nullità è stata esclusa dalla sentenza di primo grado e se, sul punto, non è stata proposta impugnazione, allora non sarà più possibile procedere ad un rilievo *ex officio* della nullità, in sede di giudizio d'appello o di cassazione. L'esercizio di tale potere, infatti, risulterà precluso dal giudicato interno formatosi sulla questione. Ancora, il rilievo officioso può considerarsi ammissibile solo qualora la questione della nullità sia rilevante ai fini della decisione del caso concreto, in omaggio ad un principio di economia processuale<sup>8</sup>.

Molto più problematico si rivela, poi, il coordinamento fra il principio di rilevabilità officiosa delle nullità, il principio dispositivo o della domanda e quello della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato. La questione è tuttora oggetto di un significativo contrasto in sede giurisprudenziale.

**Ad esempio si è ritenuto che il giudice non possa pronunciare d'ufficio l'estensione della nullità della singola clausola all'intero contratto, anche quando ne ricorrano i**

<sup>5</sup> Sul tema in generale v. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 295 ss.; BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 861 ss.

<sup>6</sup> Ad esempio l'art. 423 del NCPC francese. Per ulteriori riferimenti v. PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 761 ss., spec. 763, nt. 59.

<sup>7</sup> Ad esempio l'art. 122 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale) prevede che anche il P.M. possa promuovere azione di nullità (oltre che di decadenza) di un titolo di proprietà industriale; analoga legittimazione è prevista dal combinato disposto degli artt. 68 e 117, ult. co., c.c. in tema di nullità del matrimonio contratto dal coniuge di persona della quale sia stata dichiarata la morte presunta qualora la persona ritorni o ne sia accertata l'esistenza in vita.

<sup>8</sup> CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 675, ed ivi riferimenti giurisprudenziali.

presupposti, in mancanza di un'istanza della parte interessata, avendo tale estensione carattere eccezionale rispetto al principio generale di conservazione degli atti giuridici<sup>9</sup>.

In senso parzialmente diverso, nella nota sentenza a sezioni unite del 2014<sup>10</sup>, una volta precisata la distinzione – concettuale e processuale – fra le due attività giudiziali del “rilievo”, da un lato, e della “dichiarazione”, dall'altro, della nullità, la Corte di legittimità ha precisato e ribadito che il potere officioso è soltanto il primo. Ha infatti affermato che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale, ma, qualora le parti, **all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria domanda, non potendo inammissibilmente sovrapporsi** alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo.

**3.** Nella sentenza da ultimo ricordata, a distanza di meno di due anni dal precedente delle stesse sezioni unite del 2012<sup>11</sup>, la Corte di Cassazione, con dovizia di argomenti, non tutti invero dotati dello stesso grado di persuasività, ha tentato di porre alcuni punti fermi, che possono essere così riassunti:

1) il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale; qualora le parti, **all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa, non potendo inammissibilmente sovrapporsi** alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo;

<sup>9</sup> Cass., 13 giugno 2008, n. 16017, in *Contratti*, 2009, 133, con nota critica di Tisci, *Nullità parziale e pronuncia ex officio*. Questa pronuncia della S.C. è così massimata: «**Mentre l'effetto estensivo della nullità della singola clausola o del singolo patto all'intero contratto, avendo carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione, non può essere dichiarato d'ufficio dal giudice con la conseguenza che incombe alla parte che assuma l'estensione l'onere di provare l'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dal patto inficiato da nullità, non è vero il contrario, poiché mentre nel primo caso il giudice che pronuncia la nullità dell'intero contratto senza essere stato investito della relativa domanda viola il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, nel secondo caso egli pronuncia pur sempre nei limiti della domanda della parte, accogliendola solo parzialmente**». La tesi secondo cui la nullità parziale sarebbe la regola generale, in quanto espressione del principio di conservazione del negozio giuridico, e quella totale l'eccezione è sostenuta da tempo in dottrina: CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 103; *contra* ROPPO, *I poteri del giudice ex art. 1421 cod. civ. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, I, 1102. Sul tema, più di recente, v. ALPA, *Clausole vessatorie e nullità del contratto. Il monologo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Contr. e impr.*, 2024, 565 ss.

In giurisprudenza è consolidato l'orientamento secondo cui la nullità parziale costituisce la regola generale in quanto espressione del principio *utile per inutile non vitiatur*: Cass., 21 maggio 2007, n. 11673, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 5; Cass., 16 dicembre 2005, n. 27732, *ivi*, 2005, 12; Cass., 27 gennaio 2003, n. 1189, *ivi*, 2003, 186.

<sup>10</sup> Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, 862, con note di ADORNO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*; PALMIERI e PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: “quid iuris”?*; MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*; PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*; in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1560, con nota di GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*; nello stesso senso Cass., 18 giugno 2018, n. 16051.

<sup>11</sup> Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giur. it.*, II, 2013, 299, con nota di RIZZUTI, *Il problema dei limiti alla rilevabilità officiosa delle nullità*; in *Danno e Resp.*, 2013, 273, con nota di LAGHEZZA, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità del contratto: la svolta delle Sezioni unite*; in *Contratti*, 2012, 11, 869, con nota di PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: “eppur si muove”?*; in *Giur. it.*, 2013, 907, con nota di D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenere la risoluzione. Il punto di vista del processual-civilista*.

2) il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità parziale del contratto deve rilevarne di ufficio la nullità totale, e, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo attribuire efficacia, neppure parziale (fatto salvo il diverso fenomeno della conversione sostanziale *ex art. 1424 c.c.*), ad un negozio radicalmente nullo;

3) i poteri officiosi di rilevazione di una nullità negoziale non possono estendersi alla rilevazione di una possibile conversione del contratto, ostandovi l'art. 1424 c.c. – secondo il quale il contratto nullo “può”, non “deve”, produrre gli effetti di un contratto diverso – atteso che, altrimenti, si determinerebbe un'inammissibile rilevazione di una diversa efficacia, sia pur ridotta, di quel negozio giuridico;

4) il rilievo *ex officio* di una nullità negoziale – sotto qualsiasi profilo ed anche ove sia configurabile una nullità speciale o “di protezione” – deve ritenersi consentito, sempreché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata “ragione più liquida”, in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione); la “rilevazione” *ex officio* delle nullità negoziali (sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte, ed altresì per le ipotesi di nullità speciali o “di protezione”) è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata “ragione più liquida”, e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la “dichiarazione” di nullità, invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa (salvo per le nullità speciali, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia di giudicato in assenza di sua impugnazione;

5) la rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette “di protezione”, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle prime, tutelando interessi e valori fondamentali – quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost) – che trascendono quelli del singolo;

6) il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare di ufficio l'esistenza di una causa di nullità diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, sicché è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio;

7) nel giudizio di appello ed in quello di cassazione il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo.

Con riguardo a quest'ultimo principio la successiva giurisprudenza di legittimità ha seguito lo stesso *iter* argomentativo<sup>12</sup>. Ma resta fermo che nel conflitto con il

<sup>12</sup> Cass., ord. 5 aprile 2017, n. 8841, in *DeJure*: «Ove l'erede convenuto per l'adempimento di un legato spieghi, in via riconvenzionale, domanda di annullamento del testamento per falsità della data e riproponga, in appello, la contestazione circa la validità del titolo, così impedendo che su tale questione si formi il giudicato, il giudice del gravame può rilevare, d'ufficio, l'eventuale esistenza di cause di nullità del testamento medesimo» (nella specie, per difetto di autografia); Cass., ord. 19 luglio 2018, n. 19251, in *DeJure*: «Il potere di rilievo officioso della nullità del contratto spetta anche al giudice investito del gravame relativo ad una controversia sul riconoscimento di una pretesa che supponga la validità ed efficacia del rapporto contrattuale oggetto di allegazione – e che sia stata decisa dal giudice di primo grado senza che questi abbia prospettato ed esaminato tali validità ed efficacia, né le parti ne abbiano discusso – trattandosi

contrapposto principio di intangibilità del giudicato, quest'ultimo è destinato a prevalere. Pertanto, qualora il giudice di primo grado, o di appello, abbia sia pure implicitamente ma univocamente statuito sulla validità del contratto o del negozio giuridico e questo capo non sia stato impugnato dalla parte sul punto soccombente, il giudicato c.d. interno in tal modo formatosi impedisce al giudice della successiva impugnazione sia di rilevare sia di dichiarare la nullità<sup>13</sup>.

**4. La nullità “di protezione” trova un positivo riscontro normativo nell’art. 36 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), rubricato “Nullità di protezione”, che al co. 1 sanziona con la nullità le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 del medesimo corpus normativo. Poi, al comma 3 prevede un particolare regime: la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice, ma pur sempre e solo a vantaggio del consumatore.**

Questo è certamente il *proprium* della tutela del consumatore: tale qualificazione giuridica della nullità come “di protezione” è giustificata dal fatto di doverla distinguere, come *species*, dal più ampio *genus* delle nullità negoziali, in quanto posta in via immediata a tutela del singolo contraente, ma pur sempre per soddisfare (in via mediata ma necessaria) interessi e garantire valori fondamentali dell’ordinamento, che trascendono quelli del singolo<sup>14</sup>.

La Corte di Giustizia dell’Unione europea, ricalcando la distinzione concettuale e processuale, utilizzata dalla nostra Corte di legittimità, fra “rilievo” e “dichiarazione” di nullità, ha affermato che, per quanto il giudice sia autorizzato a rilevare anche d’ufficio l’abusività di clausole contrattuali nell’interesse del consumatore, ove quest’ultimo, dopo essere stato informato dal giudice (c.d. interpellato), scelga consapevolmente di accettare

di questione afferente ai fatti costitutivi della domanda ed integrante, perciò, un’eccezione in senso lato, rilevabile d’ufficio anche in appello, ex art. 345 c.p.c.»; Cass., ord. 17 ottobre 2019, n. 26495, in *DeJure*: «Il giudice innanzi al quale sia proposta una domanda di nullità contrattuale deve rilevare d’ufficio l’esistenza di una causa di nullità diversa da quella prospettata, che sia desumibile dai fatti dedotti in giudizio ed abbia carattere assorbente, con l’unico limite di dovere instaurare il contraddittorio prima di statuire sul punto. Tale rilievo è doveroso anche in grado di appello, perché si tratta di una questione che attiene ai fatti costitutivi della pretesa azionata ed integra un’eccezione in senso lato, rilevabile d’ufficio ex art. 345 c.p.c.» (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di appello, che non aveva rilevato d’ufficio la nullità del contratto di vitalizio alimentare per difetto di causa, in particolare per difetto di alea, in ragione della grave patologia che affliggeva il vitaliziato e che lasciava presumere l’imminente suo decesso, in un giudizio in cui il medesimo contratto era stato impugnato per altre ragioni); Cass., ord. 15 settembre 2020, n. 19161, in *DeJure*: «Il giudice di appello è tenuto a procedere al rilievo officioso di una nullità contrattuale nonostante sia mancata la rilevazione in primo grado e l’eccezione di nullità sia stata sollevata in sede di gravame, venendo in rilievo un’eccezione in senso lato, come tale proponibile in appello a norma dell’art. 345, comma 2, c.p.c.» (nella specie, eccepita in primo grado da parte del risparmiatore la nullità di un contratto di investimento per omessa indicazione della facoltà di recesso, il giudice dell’impugnazione aveva ritenuto tale eccezione, pure riproposta in appello, tardiva in quanto formulata per la prima volta solo in comparsa conclusionale).

<sup>13</sup> Cass., sez. un., 12 maggio 2017, n. 11799, in *Judicium*, 2017, 101 ss., con nota di LOLLI, *I confini tra l’appello incidentale ex art. 343 c.p.c. e la mera riproposizione prevista dall’art. 346 c.p.c.* La pronunzia è così massimata: «In tema di impugnazioni, qualora un’eccezione di merito sia stata respinta in primo grado, in modo espresso o attraverso un’enunciazione indiretta che ne sottenda, chiaramente ed inequivocamente, la valutazione di infondatezza, la devoluzione al giudice d’appello della sua cognizione, da parte del convenuto rimasto vittorioso quanto all’esito finale della lite, esige la proposizione del gravame incidentale, non essendone, altrimenti, possibile il rilievo officioso ex art. 345, co. 2, c.p.c. (per il giudicato interno formatosi ai sensi dell’art. 329, co. 2, c.p.c.), né sufficiente la mera riproposizione, utilizzabile, invece, e da effettuarsi in modo espresso, ove quella eccezione non sia stata oggetto di alcun esame, diretto o indiretto, ad opera del giudice di prime cure, chiarendosi, altresì, che, in tal caso, la mancanza di detta riproposizione rende irrilevante in appello l’eccezione, se il potere di sua rilevazione è riservato solo alla parte, mentre, se compete anche al giudice, non ne impedisce a quest’ultimo l’esercizio ex art. 345, comma 2, c.p.c.»; nello stesso senso, più di recente, Cass., ord. 27 settembre 2024, n. 25876 in *DeJure*.

<sup>14</sup> Cass., ord. 22 giugno 2022, n. 20170, in *DeJure*.

l'efficacia delle clausole di cui sia stata accertata l'abusività ovvero, dopo essere stato informato dal giudice dei pregiudizi che potrebbero derivare dall'estensione dell'invalidità delle clausole abusive all'intero contratto, scelga all'opposto di chiedere comunque l'invalidazione, il giudice interno non può, contro la volontà del consumatore, evitare la dichiarazione rispettivamente di validità o di invalidità del contratto, al fine di evitare effetti che egli ritiene pregiudizievoli per lo stesso consumatore<sup>15</sup>. Dunque sul piano del diritto dell'Unione la tutela del contraente debole passa pur sempre attraverso il riconoscimento della sua facoltà di scelta – in sede giudiziale – fra la caducazione dell'intero contratto oppure la sua conservazione ad onta dell'accertata abusività della clausola. In dottrina si è parlato, al riguardo, di “relativizzazione” della nullità negoziale<sup>16</sup>, idonea ad alterare il meccanismo previsto dall'art. 1419, co. 1, c.c.: l'accertamento necessario per la trasformazione della nullità parziale in nullità totale ha ad oggetto non più la volontà di entrambi i contraenti, ma solo quella del consumatore, per di più ricostruita non in senso ipotetico al momento della conclusione del contratto (*ex ante*), bensì verificata in concreto *ex post* al momento in cui il giudice “rilevi”, anche d'ufficio, la nullità della clausola.

**5.** Ai sensi dell'art. 1421 c.c., la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma “salvo diverse disposizioni di legge”.

Va escluso che tale clausola di riserva si riferisca solo alla legittimazione ad agire, che, normalmente assoluta, in certi casi potrebbe essere dal legislatore ristretta a determinati soggetti (c.d. nullità relativa). Il senso logico della norma è tale da rendere quella clausola riferibile anche al rilievo officioso da parte del giudice.

Pur così intesa, questa riserva si presta però a diverse interpretazioni.

Potrebbe essere rivolta a specifiche norme primarie che espressamente escludano il rilievo officioso del giudice, oppure ad un intero *corpus* normativo connotato in termini di autonomia o di specialità, tale da renderlo incompatibile con il predetto rilievo d'ufficio.

Orbene, nel sistema generale della nullità il decorso del termine non è in grado di produrre alcuna sanatoria. Tanto lo si evince dall'art. 1422 c.c., che appunto esclude qualunque prescrizione dell'azione (salvi ovviamente gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione conseguenti alla declaratoria della nullità). E, proprio in considerazione della gravità del vizio che dà luogo alla nullità, tradizionalmente si esclude che la relativa azione possa soffrire di limitazioni temporali, ad esempio mediante un termine di decadenza. Sulla base di questo insegnamento viene interpretato l'art. 2113 c.c.: la “non validità” ivi prevista di rinunzie e transazioni è intesa come annullabilità proprio in conseguenza della previsione del termine di decadenza di

<sup>15</sup> C. Giust., 3 ottobre 2019, C-260/18, *D. contro Raiffeisen Bank International AG*, punto 68 della motivazione.

<sup>16</sup> LAMICELA, *Valutazione di abusività ed effetti della nullità di protezione nei contratti del consumatore: la strategia della deterrenza e l'effettività delle tutele*, in *Juscivile*, 2020, 1532 ss., spec. 1556 ss. Secondo l'A., il consumatore «deterrebbe sia la facoltà di confermare o meno il contratto privato delle clausole abusive con eventuale integrazione mediante il ricorso al diritto dispositivo, sia la facoltà di decretarne la caducazione totale, ove l'eliminazione della clausola abusiva, insostituibile mediante contenuti eteronomi e non accettata *ex post* dal consumatore, non consenta la sopravvivenza del contratto per il resto. Si inscenerebbe così un confronto a più voci, di cui il giudice può decretare l'inizio ma non un epilogo equitativo; [...]» (*ivi*, 1557).

sei mesi per la relativa impugnazione dell'atto unilaterale abdicativo o del contratto transattivo, decadenza ritenuta incompatibile con la nullità<sup>17</sup>.

A partire dalla l. 24 novembre 2010, n. 183 (c.d. “collegato lavoro”), questo tradizionale insegnamento viene messo seriamente in discussione<sup>18</sup>.

Per soddisfare un'esigenza di certezza dei rapporti giuridici di lavoro<sup>19</sup>, il legislatore ha introdotto un termine di decadenza sia per l'azione volta alla declaratoria di nullità del termine finale apposto al contratto di lavoro subordinato, sia per l'impugnazione del licenziamento (oltre che di altri atti datoriali di gestione del rapporto di lavoro) volta a farne valere non solo l'annullabilità, ma anche la nullità. A tale estensione resta sottratto soltanto il licenziamento nullo per mancanza di forma scritta *ad substantiam*, ma solo perché questa è necessaria per individuare il *dies a quo* del termine di decadenza<sup>20</sup>.

La Corte costituzionale sembra aver avallato l'idea secondo cui questo nuovo complesso normativo realizza un legittimo bilanciamento tra valori e principi naturalmente contrastanti<sup>21</sup>. Del resto, l'effetto deflattivo perseguito dal legislatore con la decadenza risponde anche all'interesse, di rango costituzionale, ad un sistema processuale più efficiente e, perciò, “giusto” nel senso di cui all'art. 111 Cost.

**6.** La Corte di Cassazione, partendo da questa peculiarità del regime della decadenza applicata anche ad azioni giudiziali volte a far valere nullità negoziali del diritto del lavoro, ha affermato che si è al cospetto di un regime speciale, nel quale l'elemento specializzante sarebbe – appunto – rappresentato dalla previsione di un termine di decadenza<sup>22</sup>.

Tale termine è altrimenti estraneo al tradizionale giudizio di disvalore assoluto espresso dal legislatore rispetto a vizi invalidanti talmente gravi, da comportare la nullità dell'atto negoziale e rispetto ai quali l'interesse prevalente (*rectius* dominante) sarebbe alla loro rimozione (perciò senza termini di decadenza né di prescrizione) e non al consolidamento del rapporto che – di fatto – ne sia derivato.

Invece, la decadenza viene utilizzata dal legislatore come mezzo di contemperamento di opposti interessi: qualora impedita, torna in tutto il suo vigore l'interesse generale alla rimozione dell'atto negoziale nullo; qualora non impedita,

<sup>17</sup> La dottrina prevalente colloca l'invalidità prevista dall'art. 2113 c.c. nella categoria dell'annullabilità. In tal senso SANTORO-PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del lavoratore*, in *Saggi di diritto civile*, II, Jovene, 1961, 1127; PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1950, 64 ss.; SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato diritto del lavoro* diretto da Riva Sanseverino e Mazzoni, II, Cedam, 1971, 757; CESTER, voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 987; PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, 1990, 29. Altri Autori ritengono invece che l'invalidità richiamata dall'art. 2113 c.c. sia un'invalidità speciale: BUONCRISTIANO, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XV, tomo I, Utet, 1986, 589; ARANGUREN, *La tutela dei diritti del lavoratore*, Cedam, 1981, 44; DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro secondo l'art. 2113 c.c.*, Giappichelli, 2011, 161; NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2009, 329.

<sup>18</sup> POTATURO DONATI, *Decadenza e posizione del lavoratore*, E.S.I., 2018; VIANELLO, *Impugnazione del licenziamento e decadenza*, Cedam, 2018.

<sup>19</sup> BOGHETICH, *Tutela dei diritti del lavoratore e nuovi termini di decadenza*, ADL, 2011, 68 ss.

<sup>20</sup> Cass., 9 novembre 2015, n. 22825; Cass., ord. 12 ottobre 2018, n. 25561; Cass., ord. 11 gennaio 2019, n. 523, tutte in *DeJure*.

<sup>21</sup> C. Cost., 4 giugno 2014, n. 155, in *Giust. civ.*, 2014, 2497.

<sup>22</sup> Cass., 24 marzo 2017, n. 7687, in *Lav. giur.*, 2018, 67, con nota di COSATTINI, *Nullità del licenziamento: sulla rilevanza d'ufficio la Sezione Lavoro smentisce le Sezioni Unite*; nello stesso senso Cass., 02 ottobre 2018, n. 23869; Cass., 05 aprile 2019, n. 9675, entrambe in *DeJure*.

prevale l'interesse al consolidamento del rapporto nei termini derivanti dall'atto pur se nullo.

Si tratta di una possibile scelta di politica del diritto, come confermato dall'analoga previsione – addirittura di portata generale – contenuta nel codice del processo amministrativo. L'art. 31, co. 4, c.p.a. testualmente prevede l'azione di nullità (in termini di azione di accertamento), ma la sottopone al termine di decadenza di 180 giorni, all'evidente scopo di dare certezza giuridica ai rapporti fra privati e pubblica amministrazione.

La “specialità” del regime delle nullità negoziali nel diritto del lavoro – laddove connotato dal termine di decadenza – è stato quindi l'argomento principe adoperato dalla Corte di Cassazione per negare la sua compatibilità con il regime generale della nullità e soprattutto con la regola del rilievo d'ufficio e, quindi, con il potere-dovere del giudice di rilevare una causa di nullità pur diversa da quella fatta valere dal ricorrente<sup>23</sup>.

D'altronde, se si ammettesse questo potere officioso, verrebbe inevitabilmente frustrata la funzione della decadenza, che risulterebbe in tal modo elusa proprio dalla dichiarazione della nullità per un vizio diverso da quello fatto tempestivamente valere dall'interessato. La decadenza, infatti, implica l'impossibilità per l'interessato di far valere vizi – anche di nullità – non tempestivamente prospettati con l'atto introduttivo del giudizio.

A questo argomento è tuttavia possibile replicare che anche – e soprattutto – per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento è previsto un termine di decadenza, ma ciò non implica la necessità per l'interessato di indicare, nell'impugnazione, quale sia la ragione invalidante ritenuta sussistente. In definitiva, la decadenza, in tema di licenziamento, implica solo l'attivazione dell'interessato mediante uno specifico atto di impugnazione, a prescindere dal suo contenuto. Questo atto sarebbe richiesto dal legislatore solo per manifestare alla controparte datoriale il proprio persistente interesse all'accertamento dell'invalidità del licenziamento, risultando per ciò solo soddisfatta l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, che è la *ratio* di ogni previsione di decadenza. Quali siano, poi, i vizi da cui quel licenziamento risulti affetto è questione di merito, per la quale tornerebbe ad operare il principio generale del rilievo officioso.

Rispetto alla decadenza, più debole appare l'ulteriore argomento<sup>24</sup> fondato sul rigido sistema delle preclusioni previsto per il rito del lavoro dagli artt. 414 e 416 c.p.c., se non altro perché anche nel rito civile ordinario esistono preclusioni allegatorie (art. 171 ter c.p.c.) e vige il divieto di domanda nuova in appello (art. 345 c.p.c.). Ciononostante, nella pronuncia del 2014 le Sezioni Unite hanno ritenuto questi profili inidonei ad impedire il rilievo officioso della nullità anche in grado di appello e in relazione ad un vizio diverso da quello prospettato dall'attore in primo grado (ferma restando la salvezza dell'eventuale giudicato interno).

7. Nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione è assolutamente prevalente l'indirizzo secondo cui il licenziamento disciplinare intimato senza la preventiva osservanza delle garanzie procedurali stabilite dall'art. 7 della l. 20 maggio 1970, n. 300, non è viziato da nullità, ma è soltanto ingiustificato, nel senso che il comportamento addebitato al dipendente ma non fatto valere attraverso il suddetto

<sup>23</sup> Cass., 24 marzo 2017, n. 7687, cit.

<sup>24</sup> Pure utilizzato dalla Corte di Cassazione cit. alla nota 22.

procedimento – **quand’anche effettivamente sussistente e rispondente alla nozione di giusta causa o giustificato motivo** – non può essere addotto dal datore di lavoro per **sottrarsi all’operatività della tutela apprestata al lavoratore per il licenziamento illegittimo e non nullo**<sup>25</sup>. In tal caso il vizio formale del mancato rispetto delle garanzie **procedimentali è equiparato al vizio sostanziale dell’assenza di giusta causa o giustificato motivo**<sup>26</sup>. È infatti ritenuta irragionevole una tutela “più forte” in presenza di un vizio meno grave (violazione della regola procedimentale in presenza di fatti che integrerebbero effettivamente giusta causa o giustificato motivo) rispetto ad una tutela “meno forte” in presenza di un vizio più grave (l’insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo).

In questa prospettiva, nella giurisprudenza di legittimità è quindi consolidato il principio secondo cui il radicale difetto di contestazione disciplinare determina **l’inesistenza dell’intero procedimento, con la conseguente impossibilità di ritenere sussistente il fatto punito con il licenziamento**. Ne consegue che nel sistema di tutela **approntato dall’art. 18, l. n. 300/1970, come novellato dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, si applica la tutela reintegratoria attenuata di cui al comma 4<sup>27</sup> e non quella indennitaria debole di cui al comma 6 dello stesso articolo**.

È noto che, poi, il legislatore (art. 4, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23) è andato in una diversa direzione, approntando per la violazione delle garanzie procedimentali di cui **all’art. 7, l. n. 300/1970 una tutela neppure obbligatoria (alternativa fra riassunzione e indennità), ma solo indennitaria**<sup>28</sup>.

**Per gli autoferrotranvieri, invece, la più volte affermata “specialità” del rapporto di lavoro – tradizionalmente collocato a metà fra il lavoro subordinato privato e l’impiego pubblico – ha giustificato e giustifica ancora oggi conclusioni diverse.**

**In particolare, l’intervento del Consiglio di disciplina previsto dall’art. 53 dell’all. A) al r.d. n. 148/1931 su istanza del lavoratore è considerata regola inderogabile, la cui violazione dà luogo a nullità “di protezione”. L’argomento principale è che, per gli autoferrotranvieri, il sistema di cui al r.d. cit. è più “garantista”, in quanto prevede – su istanza del lavoratore – l’intervento di un organo terzo, diverso dal datore di lavoro e a composizione collegiale e paritetica. Ne consegue che al datore di lavoro compete solo “l’opinamento della destituzione”, mentre il provvedimento espulsivo finale è di competenza del predetto Consiglio di disciplina.**

Da tale qualificazione giuridica del vizio sono fatte discendere due conseguenze: a) sul piano sostanziale, la tutela riconosciuta è quella c.d. reale forte, ossia in termini di reintegrazione e di pagamento di tutte le retribuzioni dal licenziamento fino **all’effettiva reintegra**; b) sul piano processuale la nullità torna ad essere rilevabile anche d’ufficio ed anche in appello e pure se il lavoratore non abbia fatto valere quel vizio con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, purché la circostanza – **ossia l’omessa**

<sup>25</sup> Cass., 05 ottobre 2006, n. 21412, in *DeJure*.

<sup>26</sup> Cass., 11 gennaio 2011, n. 459, in *DeJure*.

<sup>27</sup> Cass., 24 febbraio 2020, n. 4879, in *Giur. It.*, 2020, 1154, con nota di MOCELLA, *Immutabilità della contestazione disciplinare dopo le riforme della disciplina dei licenziamenti*; Cass., 14 dicembre 2016, n. 25745, in *DeJure*.

<sup>28</sup> È pur sempre fatto salvo il caso in cui “il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l’applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3” del d.lgs. n. 23 cit., ossia delle tutele per il licenziamento nullo (per ragioni diverse dalla violazione del procedimento disciplinare) o illegittimo perché privo di giusta causa o di giustificato motivo.

investitura del Consiglio di disciplina, pure richiesta dal lavoratore – sia stata ritualmente acquisita al giudizio<sup>29</sup>.

**In queste pronunzie si è affermato che il vizio è quello della nullità “di protezione”, volendo significare che la norma violata è posta a tutela (“a protezione”) del contraente debole del rapporto di lavoro. Ma intesa in tal modo – sulla falsa riga dell’impostazione tipica della disciplina dei contratti del consumatore – si corre il rischio di considerare in chiave “di protezione” tutte le regole giuridiche dell’ordinamento giuslavoristico, poste a tutela del lavoratore, in quanto senza dubbio ispirate all’esigenza di rafforzarne la posizione altrimenti “debole”. Quindi si finirebbe per qualificare tutte le violazioni di quelle regole giuridiche come vizi che determinano nullità “di protezione”. Questa conseguenza – in termini così generalizzati – è certamente da respingere, perché smentita dalle discipline di volta in volta introdotte dal legislatore per questo o quel profilo del rapporto di lavoro subordinato, ispirate a variabili scelte di politica del diritto. Si tratta, infatti, di discipline connotate talora dalla mera inefficacia o inopponibilità dell’atto negoziale al lavoratore (ad esempio un trasferimento d’azienda o di ramo d’azienda non conforme ai requisiti previsti dall’art. 2112 c.c.), talaltra dall’annullabilità (ad esempio in tema di rinunzie e transazioni a diritti “indisponibili” del lavoratore subordinato ex art. 2113 c.c. o di licenziamento disciplinare o per giustificato motivo per il quale risulti insussistente il fatto), altre volte ancora dalla mera illegittimità dell’atto che dà luogo a conseguenze solo indennitarie (ad esempio in tema di licenziamento individuale in violazione di regole procedurali).**

Ad impedire una generalizzata interpretazione delle norme di tutela del lavoratore subordinato in chiave “di protezione” sta il rilievo per cui la nullità “di protezione”, quale nuova forma di invalidità negoziale, deve ritenersi sempre testuale e mai virtuale. Essa, infatti, è posta in via immediata a tutela dell’interesse di uno dei contraenti e in via mediata – ma pur sempre necessaria – per soddisfare interessi o valori di rango superindividuale<sup>30</sup>. Ne consegue che, al fine di rendere giuridicamente rilevante il collegamento necessario fra l’interesse del singolo contraente e quello superindividuale, è richiesta una norma (come appunto l’art. 36 del Codice del consumo), che lo qualifichi sul piano giuridico e, in tal modo, lo renda rilevante proprio ai fini dell’invalidazione dell’atto<sup>31</sup>. Invece, seguendo l’iter argomentativo ed interpretativo delle norme procedurali a tutela del lavoratore subordinato in termini “di protezione”, pur senza una norma *ad hoc*, si finisce per configurare inammissibilmente una nullità virtuale, che

<sup>29</sup> Cass., 28 agosto 2015, n. 17286; Cass., 31 maggio 2017, n. 13804; Cass., ord. 06 marzo 2023, n. 6555; Cass., 10 gennaio 2025, n. 604, tutte in *DeJure*.

<sup>30</sup> In questi termini è ricostruita la “nullità di protezione” da GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, 2008; POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1021 ss.; PRISCO, *Le nullità di protezione: indisponibilità dell’interesse e adeguatezza del rimedio*, E.S.I., 2012. Nello stesso senso, in giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., secondo cui «La riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità – lungi dal risultare uno sterile esercizio teorico – consente di riaffermare a più forte ragione l’esigenza di conferire al rilievo d’ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell’organizzazione sociale [...] il mantenimento dell’unità funzionale della categoria e la conferma della sua *ratio* super-individuale determinano ricadute non marginali sulle successive scelte dell’interprete quanto agli effetti della rilevazione *ex officio iudicis* [...]» (p. 24 della motivazione). Le Sezioni Unite, aderendo alla giurisprudenza della Corte G.U.E., riconoscono quindi al giudice il potere di rilevare d’ufficio anche le nullità di protezione, con l’unico limite di riservare tale rilievo al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l’azione di nullità.

<sup>31</sup> In tale prospettiva si collocano l’art. 23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di contratti finanziari e l’art. 6 della l. 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura.

nel nostro ordinamento è consentita solo nei limiti dettati dall'art. 1418 c.c., ossia quando vi sia un contrasto diretto e immediato fra l'atto (o una sua clausola) ed una norma imperativa, per definizione posta a tutela immediata e diretta di interessi superindividuali, oppure un principio di ordine pubblico o, infine, una regola di buon costume<sup>32</sup>.

Infine, è molto diffusa la ricostruzione generale della categoria della nullità “di protezione” come connotata dalla *ratio* della “reintegrazione di una preesistente condizione di squilibrio strutturale che permea le fattispecie contrattuali”<sup>33</sup>. Dunque la funzione di questa *species* di nullità sarebbe propriamente quella di un “riequilibrio contrattuale”, per la quale è pressante l'esigenza di «evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla *ratio* riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto»<sup>34</sup>.

Al cospetto di questo profilo funzionale così peculiarmente connotato, resta ancora tutta da esplorare la sua applicabilità – entro i limiti di compatibilità – a negozi giuridici unilaterali (come il licenziamento), che si collocano nell'ambito di un rapporto giuridico bilaterale (come quello di lavoro subordinato) quali forme di esercizio di “poteri privati” a destinatario determinato. Per la formazione (del contenuto) di tali atti unilaterali, infatti, nessun ruolo è svolto dal destinatario, che è e rimane in una situazione di mera soggezione, salva la facoltà di impugnare l'atto per farne valere ragioni di illiceità o di illegittimità (in termini di invalidità o di inefficacia o di tutela meramente “indennitario-risarcitoria”)<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Sulla problematica configurabilità ed ammissibilità di una nullità solo virtuale “di protezione” v. in senso critico D'AMICO, *Nullità virtuale. Nullità di protezione. (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732 ss.; PAGLIANTINI, *Nullità virtuale di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 1040 ss.; GENTILI, *La “nullità di protezione”*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77 ss.; PISANI MASSAMORMILE, *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 31 ss.

<sup>33</sup> Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 835 ss., con nota di GRECO, *La nullità “selettiva” e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico, in esito alla pronuncia delle Sezioni Unite*; in *Danno resp.*, 2020, 709 ss., con nota di RUGGIERO, *Nullità selettive o regime restitutorio unilaterale? Le Sezioni Unite fanno chiarezza e delineano uno statuto normativo unitario per le nullità di protezione*; in *Contratti*, 2020, 11 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*; in *Soc.*, 2020, 844 ss., con nota di COSTANZA, *Nullità selettiva. Metamorfosi della nullità*; in *Foro it.*, 2020, I, 948 ss., con nota di PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 32 ss., con nota di DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 TUF fra uso selettivo e buona fede del cliente*; in *Giur. comm.*, 2021, II, 806 ss., con nota di PAMPHILIS, *Azione “selettiva” di nullità e obbligo di lealtà dell'investitore: il criterio ordinante della buona fede nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*. Su tale importante arresto nomofilattico v. pure le considerazioni di RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Quest. giust.*, 2020, 120ss., e quelle, talora critiche, di DOLMETTA, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva, ibidem, il quale dissente dall'impostazione di fondo del “riequilibrio endocontrattuale”*; Tucci, *Nullità di protezione e buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, 142 ss.

<sup>34</sup> Così Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.

<sup>35</sup> Sulla problematica utilizzabilità delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro v. SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2016, 65 ss., ma già Ib., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche* a cura di Santoro-Passarelli, Giappichelli, 1992; MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, 1994; MAGNANI, *Diritto del lavoro e diritto civile tra norme imperative e autonomia contrattuale. One size fits all?*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2023, 120 ss. In una prospettiva speculare v. il fondamentale saggio di MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, 5 ss.

# La Verwirkung nel diritto del lavoro tra suggestioni dogmatiche e incoerenze sistematiche \*

di ELISA STRACQUALURSI  
Assegnista di ricerca  
Università degli Studi di Pisa

## ABSTRACT

Il contributo esamina l'utilizzo della Verwirkung nella giurisprudenza lavoristica italiana, ripercorrendone l'ingresso attraverso le pronunce della Corte di cassazione in materia di tempestività della contestazione disciplinare e la progressiva eclissi, accelerata dall'intervento delle Sezioni Unite del 2017: la logica dell'affidamento sottesa all'istituto tedesco non riesce, invero, a giustificare un rimedio ablativo nel sistema italiano, potendo al più aprire alla tutela risarcitoria o integrare i presupposti per i rimedi propri della disciplina dei licenziamenti.

*This article examines the use of Verwirkung in Italian labour case law, tracing its introduction through the Court of Cassation's decisions on the timeliness of disciplinary charges, and its subsequent disappearance, which was accelerated by the Supreme Court's intervention in 2017. The reliance-based logic underlying the German doctrine cannot justify an extinctive remedy within the Italian legal system and can only, at most, support claims for damages or meet the conditions for the specific remedies provided by labour legislation.*

**SOMMARIO:** Sommario: 1. Introduzione; 2. La Verwirkung nell'ordinamento tedesco: struttura e fondamento; 3. Il timido ingresso della Verwirkung nell'ordinamento italiano: la giurisprudenza lavoristica come terreno elettivo; 4. L'apparente eclissi della Verwirkung nella giurisprudenza; 5. Il fondamento dell'istituto e i limiti della sua applicazione: quale affidamento merita tutela?; 6. Differenziazione rimediale e coerenza sistematica: sanzioni conservative e licenziamento; 7. Conclusioni: verso una specificità rimediale sistematicamente fondata.

\* Lo scritto costituisce la riproduzione, con un essenziale apparato di note, dell'intervento programmato svolto in occasione del convegno "I rimedi nel diritto del lavoro e nel diritto civile. Principi, fattispecie, regole, tutele nel dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza", tenutosi in Lucca – Convento di San Cerbone, nei giorni 7, 8 e 9 novembre 2025. Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 29.12.2025.

**1.** Tradizionalmente, l'indagine giuridica si è concentrata sull'abuso della posizione del lavoratore che sfrutta le prerogative che l'ordinamento gli attribuisce<sup>1</sup>; ben più rarefatta è, invece, la giurisprudenza che applica la medesima categoria alle condotte del datore di lavoro<sup>2</sup>.

Il dato statistico non è però, di per sé, sufficiente a escludere la rilevanza dell'istituto in relazione al comportamento del datore di lavoro. L'abuso del diritto è, infatti, nozione ampia<sup>3</sup>, capace di abbracciare fattispecie assai eterogenee, e perciò a essa si affiancano – spesso sovrapponendosi – figure di elaborazione giurisprudenziale e dogmatica che ne condividono la *ratio* di fondo<sup>4</sup>. Tra queste, particolare rilievo assumono il divieto di *venire contra factum proprium*<sup>5</sup>, la tutela dell'affidamento e la clausola generale di correttezza e buona fede<sup>6</sup>, a cui la giurisprudenza lavoristica ha frequentemente fatto riferimento, anche congiuntamente, per censurare condotte datoriali che, pur non qualificate espressamente come abusive, presentano i tratti strutturali propri dell'abuso<sup>7</sup>. In questo quadro si iscrive anche il richiamo all'istituto di

<sup>1</sup> Da ultimo, NUNIN, *Fruizione del congedo parentale e abuso del diritto*, in *Fam. dir.*, 2026, 142 ss.; GRECO, *Permessi assistenza familiare disabile - Ancora sull'abuso del diritto nell'utilizzo dei permessi per l'assistenza a un familiare disabile*, in *Giur. it.*, 2025, 1106 ss.; COLOSIMO, *Sull'abuso del diritto. Riflessioni a margine della recente giurisprudenza sul rapporto di lavoro*, in CHIAROMONTE e VALLAURI (a cura di) *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, III, Firenze University Press, 2024, 290 ss.; DI SALVATORE, *L'abuso del diritto da parte del lavoratore nella recente giurisprudenza: note critiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 103 ss.; TIMELLINI, *Qui iure suo "abutitur"... nei rapporti di lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2020, 820 ss.; DE MOZZI, *Permessi ex L. n. 104/1992 e ordinarie incombenze di vita dell'assistito*, in *Lav. nella giur.*, 2019, 354 ss. V. anche PERSIANI, *Risposta*, in *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, XII; PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, 161 ss.

<sup>2</sup> Da ultimo, Cass., sez. lav., ord., 14 marzo 2024, n. 6876, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026, che ha rilevato un comportamento antisindacale in un accordo con una RSU incompleta, ciò che avrebbe alterato la normalità delle relazioni sindacali, in assenza di ragioni di necessità o urgenza, in quanto il contratto integrativo precedente si era rinnovato ed era, perciò, efficace.

<sup>3</sup> SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, I, Treccani, 1988, 1 ss.; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. it., disc. priv. - Sez. civ.*, I, Utet, 1987, 2 ss. che definisce l'abuso come uno dei «correttivi più noti»; ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 1993, 76 ss., sull'abuso come «anticorpo» presente in molteplici ordinamenti; ma v. più di recente anche PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25 ss., che riconosce il carattere vago e comprensivo della figura, e SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile*, Utet, 2001, 373 ss.

<sup>4</sup> CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 639 ss.; v. anche NAVARRETTA e BUSNELLI, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in FURGIUELE (a cura di) *Diritto privato*, Cedam, 1997, 206 riconoscono nell'abuso una «concezione oggettiva e relazionale» di cui la buona fede è espressione, e propongono una prospettiva comparativa; così anche BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in FURGIUELE (a cura di) *Diritto privato*, III, Cedam, 1998, 13 ss.; GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 298 che descrive l'abuso come argomento che «reca con sé standard valutativi che consentono di raggiungere risultati altrimenti preclusi», e LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 2016, 38 ss.

<sup>5</sup> Cass., sez. lav., 23 giugno 2023, n. 18070; Cass., sez. lav., 19 aprile 2017, n. 9883; Cass., sez. lav., 17 dicembre 2008, n. 29480, tutte in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026. In dottrina, FESTI, *Il divieto di «venire contro il fatto proprio»*, Giuffrè, 2007, 41 ss. Per una rassegna delle teorie correlate al brocardo, COLANGELO, *Nota a Cass. 15 marzo 2004 n. 5240*, in *Foro it.*, 2004, I, 1397 ss.; MAFFEIS, *Forma ad substantiam, gestione di affari e divieto di venire contro il fatto proprio*, in *Giust. civ.*, 2005, 1943 ss.; ASTONE, *Venire contra factum proprium (divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati)*, Jovene, 2006, 74 ss.; SCARSO, *Venire contra factum proprium e responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 513 ss.

<sup>6</sup> BUSNELLI e NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., 171 ss.; PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 421 definisce l'abuso del diritto come «struttura dogmatica deputata a concretizzare la buona fede in funzione valutativa».

<sup>7</sup> Cass., sez. lav., ord., 1° giugno 2025, n. 14760, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026, secondo la quale in materia di licenziamento disciplinare, l'immediatezza della contestazione è espressione del generale

derivazione tedesca della *Verwirkung*: figura che dell'abuso del diritto rappresenta una specifica declinazione, caratterizzata dall'elemento temporale e dalla protezione dell'affidamento che il comportamento inerte del titolare del diritto ingenera nella controparte.

**2.** La figura della *Verwirkung* nasce in Germania, quale particolare declinazione dell'abuso del diritto<sup>8</sup>. Nella sua configurazione tradizionale, l'istituto – che si distingue sia dalla decadenza per condotta contraddittoria del titolare (*widersprüchlichen Verhaltens*<sup>9</sup>) sia dall'*Erwirkung*<sup>10</sup>, per cui il decorso del tempo determina, non l'estinzione, bensì la creazione di un diritto nuovo – trova oggi il proprio fondamento normativo nel § 242 BGB<sup>11</sup>, la clausola generale di buona fede, che a partire dagli anni Trenta del Novecento ha permesso ai giudici tedeschi di elaborare una prima serie consolidata di casi (*Fallgruppen*)<sup>12</sup>, al ricorrere di alcuni presupposti. Il primo è il decorso del tempo (*Zeitmoment*): pur non essendo di per sé sufficiente, esso è necessario e caratterizza l'istituto distinguendolo dagli altri rimedi fondati sulla condotta contraddittoria. La durata rilevante varia in funzione del tipo di pretesa e, in particolare, del termine di prescrizione applicabile: periodi molto brevi – fino a circa quattro anni – ne escludono persino l'operatività, salvo circostanze del tutto eccezionali; perciò, la riforma del 2002 ha radicalmente inciso sulla frequenza di utilizzo del rimedio: siccome la prescrizione decorre (non dal momento in cui sorge la pretesa, come prevedeva la precedente formulazione del § 198, bensì) dalla conoscenza o conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza, da parte del creditore «delle circostanze sulle quali la pretesa si

dovere di correttezza e buona fede. Tuttavia, può essere compatibile con un intervallo di tempo più o meno lungo, in ragione della complessità di accertamento della condotta del dipendente e dell'articolata organizzazione aziendale; in termini simili, Cass., sez. lav., 23 giugno 2023, n. 18070, cit.; Cass., sez. lav., 9 febbraio 2023, n. 4060, in *One Legale* ultimo accesso l'11.04.2026; Cass., sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30985, in *Corr. giur.*, 2018, 594 ss.; Cass., sez. lav., 19 aprile 2017, n. 9883, in *One Legale* ultimo accesso l'11.04.2026.

<sup>8</sup> Sul fondamento normativo della *Verwirkung* nel § 242 BGB e sulla sua riconducibilità all'abuso del diritto, v. FINAZZI, *Correttezza e buona fede*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da Garofalo, Cedam, 2018, 1785 ss.; PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 203 ss.

<sup>9</sup> Le applicazioni più frequenti fanno riferimento alle ipotesi di nullità per carenza di forma: COING, *Form und Billigkeit im modernen Privatrecht*, in *Deutscher Notartag*, Bundesnotarkammer, 1965; BÖHM, *Das Abgehen van rechtsgeschäftlichen Formgeboten*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1979, 448.

<sup>10</sup> Per un'analisi dettagliata della figura, si rinvia a MEDICUS, in *Allgemeiner Teil des BGB*, BeckOK, 2006, § 242, par. 144-145; v. anche SCHMIDT, in *Staudinger § 242*, par. 578; SCHUBERT, in *MünchKomm § 242*, par. 543; CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1997, 387 ss. La figura assomiglia più che altro all'apparenza e ha una sua autonomia rispetto alla *Verwirkung*, dal momento che rileva solo quando si discorra (più che del risvolto positivo della perdita) della creazione di un nuovo diritto, dal quale scaturiscano per l'altra parte nuove responsabilità.

<sup>11</sup> Va precisato che, se in origine parte della dottrina tedesca riconduceva la *Verwirkung* a un *illoyale Verspätung* – un ritardo dolosamente voluto dal titolare allo scopo di trarne vantaggi indebiti – l'orientamento oggi prevalente riconduce gli effetti dell'istituto alla sola circostanza che il ritardo, oggettivamente considerato, abbia ingenerato un affidamento meritevole di tutela nella controparte. Per l'evoluzione dalla teoria soggettiva (ritardo doloso) alla concezione oggettiva incentrata sull'affidamento, v. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C.H. Beck, 1971, 266 ss.; SCHUBERT, in *MünchKomm § 242*, par. 400.

<sup>12</sup> Sull'elaborazione della prima serie di *Fallgruppen* intorno al § 242 BGB a partire dagli anni Trenta, v. HAMBURGER, *Treu und Glauben im Verkehr*, Mannheim, 1930, 84 ss.; SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Elwert, 1934, 175 ss.; LEHMANN, *Zur Lehre von der Verwirkung*, in *Juristische Wochenschrift*, 1936, 2193 ss.

fonda» (§ 199, comma 1°)<sup>13</sup>, i termini sono stati ridotti e il ricorso alla *Verwirkung* è sembrato, perciò, persino «ridondante» e così è stato limitato a casi del tutto eccezionali<sup>14</sup>, vicini a ipotesi di rinuncia tacita. Il secondo presupposto è la sussistenza di circostanze tali da ingenerare nella controparte una fiducia qualificata (*Vertrauenstatbestand*)<sup>15</sup>: è necessario che l'affidatario abbia compiuto scelte finanziariamente impegnative, confidando nella continuità della situazione esistente. Infine, sul piano soggettivo, è necessario che l'affidante sia a conoscenza del proprio diritto (o non gli sia noto per negligenza<sup>16</sup>) e che si sia comportato in modo tale da ingenerare nell'altro la credenza che non l'avrebbe fatto valere<sup>17</sup>, mentre per quanto riguarda l'affidatario, la fiducia deve fondarsi sulla buona fede soggettiva ed è esclusa, perciò, se quest'ultimo abbia agito in modo disonesto, ad esempio causando intenzionalmente il ritardo nell'esercizio del diritto.

Quanto agli effetti prodotti dalla *Verwirkung*, l'istituto è stato oggetto di un acceso dibattito: secondo parte della dottrina, determina la perdita del diritto; secondo altra, ne inibisce soltanto l'esercizio<sup>18</sup>. L'unico punto di convergenza è che la tutela dell'affidamento mediante *Verwirkung* non può garantire rivendicazioni future<sup>19</sup>. È stato, tuttavia, osservato criticamente che l'istituto consente la tutela dell'*expectation interest* – l'interesse positivo<sup>20</sup> – senza che sia necessario accertare un comportamento fraudolento o malizioso del soggetto creatore di affidamento, il che ne accentua la portata

<sup>13</sup> Il sistema di prescrizioni adottato dalla riforma è definibile come un sistema «c.d. misto “soggettivo ed oggettivo”, nel senso, cioè, che, a seconda dell'oggetto della pretesa e della lunghezza del termine, la decorrenza di questo viene fondato o su elementi soggettivi (quali, la conoscenza o conoscibilità) od oggettivi (quali la nascita della pretesa)» (RINALDI, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 444 ss. e, in giurisprudenza, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 9 dicembre 2021, n. 2747, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026).

<sup>14</sup> Così JAUERNING, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 242, IX ed., C.H. Beck, 1999, par. 55.

<sup>15</sup> BGH NJW 2003, par. 824 e 2014, par. 1230.

<sup>16</sup> La giurisprudenza conosce situazioni eccezionali in cui, nonostante l'ignoranza della propria situazione giuridica non dipenda da colpa del titolare, la decadenza opera comunque: ciò si verifica quando il lasso di tempo trascorso sia molto lungo e la posizione di fiducia sia particolarmente meritevole di tutela: BGH NZA-RR 2003, par. 253; BGH NJW 1966, par. 645. In questi casi, secondo la giurisprudenza, la controparte presume che il titolare non eserciti il proprio diritto nonostante ne sia a conoscenza e ciò è sufficiente per attivare il rimedio.

<sup>17</sup> Il creditore non deve essere necessariamente rimasto inerte fin dall'inizio: potrebbe anche aver inizialmente rivendicato il proprio diritto e aver desistito a fronte dell'obiezione della controparte. In questo senso, SCHUBERT, in *MünchKomm* § 242, par. 400.

<sup>18</sup> Per il primo orientamento SCHMIDT, in *Staudinger* § 242, par. 562 ss.; TEICHMANN, in *Soergel* § 242, par. 343; così anche LOOSCHELDERS-OLZEN, in *Staudinger* 2019, § 242, par. 316. Per il secondo, SCHUBERT, in *MünchKomm* § 242, par. 388 ss., AUGUSTIN, in *Soergel* § 194 par. 17; SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung der Rechtsausübung*, Elwert, 1934, 17. Anche la giurisprudenza non è unanime: accanto a quelle decisioni che optano per l'estinzione del diritto, la giurisprudenza che si occupa di proprietà intellettuale ritiene che solo in relazione a specifiche violazioni in corso o già commesse si possa essere inibiti dal far valere i propri diritti (BeckRS 2012, par. 15773); anche nell'ambito del diritto tributario, la *Verwirkung* non pregiudica la validità della decisione amministrativa e non comporta la decadenza del diritto o della facoltà, ma solo quella della pretesa. Nella dottrina italiana, non manca chi (S. PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. it., disc. priv. – Sez. civ.*, I, Utet, 1999, 722) ritiene che la *Verwirkung* possa determinare tanto l'estinzione quanto la semplice limitazione del diritto e «la diversità degli effetti dipende dal diverso modo in cui può realizzarsi l'inattività del titolare e dall'affidamento generato nella controparte».

<sup>19</sup> GRÜNEBER-SUTSCHET, in *BeckOK*, § 242, par. 152.

<sup>20</sup> Il riferimento è a FULLER e PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*, in *Yale L. J.*, 1936, 52 ss.

potenzialmente espansiva, mentre, secondo le voci più caute della dottrina, sarebbe opportuna un'applicazione dell'istituto solo residuale ed eccezionale<sup>21</sup>.

**3.** Se la *Verwirkung* ha avuto una possibilità di ingresso nell'ordinamento italiano, questa si è aperta non attraverso il dibattito dottrinario civilistico<sup>22</sup>, ma per il tramite della giurisprudenza lavoristica e, più precisamente, attraverso alcune pronunce della Corte di cassazione in materia di tempestività della contestazione disciplinare e dell'irrogazione delle sanzioni.

Con lo sviluppo di questo filone giurisprudenziale, la Corte ha ripetutamente censurato il comportamento del datore di lavoro che, pur avendo avuto conoscenza dell'infrazione, abbia ommesso di reagire tempestivamente, procedendo alla contestazione o alla irrogazione della sanzione solo dopo un lasso di tempo considerevole. A fondamento di tali decisioni, i giudici di legittimità hanno richiamato un insieme composito di principi e clausole generali: non solo la correttezza e la buona fede, ma anche la tutela dell'affidamento, l'apparenza e la rinuncia. È in questo contesto che compare, con una certa frequenza, anche il riferimento alla *Verwirkung*, evocata quale figura capace di sintetizzare, sul piano della fattispecie e degli effetti, le conseguenze giuridiche della mancanza di tempestività di intervento<sup>23</sup>.

Ora, è di un qualche rilievo il fatto che tale riferimento si presenti raramente in forma autonoma e isolata. Al contrario, nelle pronunce, la *Verwirkung* viene richiamata soprattutto a fianco della rinuncia tacita e dell'apparenza, con un'argomentazione cumulativa che finisce per sfumare i confini tra i piani<sup>24</sup>. Emblematica, in questo senso, è l'affermazione – ricorrente in alcune sentenze – secondo cui «se di questo comportamento rilevi l'atteggiamento soggettivo di rinuncia tacita ovvero la valutazione

<sup>21</sup> In particolare, LARENZ, *Bemerkungen zur Haftung für "culpa in contrahendo"*, in *Festschrift für Ballerstedt*, Duncker & Humblot, 1975, 397; FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Springer, 1992, par. 15.

<sup>22</sup> La dottrina tende, ultimamente, a escludere l'ingresso di questo istituto nel nostro ordinamento: si vedano, a tal proposito, MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1171 ss.; ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1179 ss.; D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1164 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1186 ss.; BENEDETTI, *Interventismo giudiziario e contratto*, in *Pactum*, 2022, 349 ss. Al contrario, in passato, specie quando la giurisprudenza si era mostrata contraria alla *Verwirkung*, la dottrina aveva manifestato interesse verso l'istituto (ad esempio, ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 603 ss.).

<sup>23</sup> Cass., sez. lav., 19 aprile 2017, n. 9883; Cass., sez. lav., 8 aprile 2016, n. 6900, entrambe in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026; Cass., sez. lav., 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Dir. e pratica del lavoro*, 2015, 2697 ss.; Cass., sez. lav., 24 gennaio 2013, n. 1693, in *Dir. e pratica del lavoro*, 2013, 1648 ss.; Cass., sez. lav., 28 aprile 2009, n. 9924, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026; Cass., sez. lav., 17 dicembre 2009, n. 29480, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. lav., 17 settembre 2008, n. 23739, in *Lav. nella giur.*, 2009, 161 ss.; Cass., sez. un., 1° luglio 2008, n. 17927, in *Dir. ind.*, 2008, 852 ss.; Cass., sez. lav., 4 giugno 1998, n. 5500; Cass., sez. lav., 10 novembre 1997, n. 11095; Cass., sez. lav., 9 marzo 1995, n. 2762; Cass., sez. lav., 21 novembre 1986, n. 6866, tutte in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026; Cass., sez. lav., 23 novembre 1985, n. 5850, in *Orient. giur. lav.*, 1985, 1142 ss.

<sup>24</sup> Cass., sez. lav., 17 settembre 2008, n. 23739, cit., secondo cui l'incolpazione ritardata, se formulata a notevole distanza di tempo dal fatto addebitato, non solo si presenta pregiudizievole per un pieno esercizio del diritto di difesa, ma è idonea a fondare la presunzione di mancanza di concreto interesse del datore di lavoro all'esercizio del potere di recesso. Questa ragione giustificativa della regola di immediatezza della contestazione «è pressoché coincidente con quella che connette l'onere di tempestività al principio di buona fede oggettiva e più specificamente al dovere di non vanificare la consolidata aspettativa, generata nel lavoratore, di rinuncia all'esercizio del potere disciplinare». Similmente, Cass., sez. lav., 19 aprile 2017, n. 9883, cit.; Cass., sez. lav., 8 aprile 2016, n. 6900, cit.; Cass., sez. lav., 17 dicembre 2009, n. 29480, cit.; Cass., sez. lav., 28 aprile 2009, n. 9924, cit.

oggettiva di non conformità a correttezza, tutto ciò non importa ai fini del risultato finale di perdita della situazione di vantaggio»<sup>25</sup>. Il risultato pratico, vale a dire la perdita del diritto in capo al datore, viene così ancorato indifferentemente a fondamenti dogmatici tra loro eterogenei, come se la diversità dei presupposti fosse irrilevante, di fronte alla convergenza degli effetti.

**Tuttavia, il piano dell'abuso del diritto** – su cui si innesta la *Verwirkung* – e quello della rinuncia tacita rispondono a logiche diverse e producono conseguenze sistematiche non sovrapponibili<sup>26</sup>. Nella rinuncia, il diritto si estingue perché il suo titolare ha manifestato, anche con fatti concludenti, la volontà di dismettere la propria pretesa; **nell'abuso, invece, il diritto sopravvive ma il suo esercizio è paralizzato perché incompatibile con il comportamento precedentemente tenuto e con l'affidamento che ne è derivato**. Trattare le due figure come alternative equivalenti o fungibili oscura una distinzione che ha, peraltro, implicazioni non trascurabili anche sul piano rimediabile<sup>27</sup>, come si cercherà di argomentare nei paragrafi successivi.

**4.** Il ricorso – almeno testuale – alla *Verwirkung* nella giurisprudenza lavoristica di legittimità si è progressivamente rarefatto fino a scomparire. Il 2018<sup>28</sup> segna, **allo stato, l'ultimo anno in cui la Corte di cassazione vi ha fatto esplicito riferimento: un dato** che non è meramente stilistico, ma riflette – e in parte è determinato da – una più ampia evoluzione del quadro giurisprudenziale.

Sul versante civilistico, infatti, le altre sezioni della Corte di cassazione hanno **consolidato un orientamento decisamente ostile all'ingresso della *Verwirkung***

<sup>25</sup> Cass., sez. lav., 17 maggio 2018, n. 12108, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026, e prima Cass., 26 giugno 2008, n. 13549; Cass., 15 marzo 2003, n. 5240, entrambe in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. lav., 10 novembre 1997, n. 11095, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026.

<sup>26</sup> Ad avviare il discorso fu uno studio monografico degli anni Settanta (RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Pubblicazione dell'Istituto di Diritto Privato e Comparato dell'Università degli Studi di Miano, 1971), che aveva qualificato l'atto creatore di fiducia come atto tacito di rinuncia: questo, ad avviso di Ranieri, era lo strumento che l'ordinamento italiano aveva apprestato per paralizzare l'esercizio di un diritto contrastante con l'altrui affidamento: «valutando alla luce di un'analisi del diritto applicato la distanza tra le formule definitorie e le soluzioni concrete, si è voluto mostrare come certe soluzioni equitative trovino la loro legittimazione in modelli argomentativi, formalmente profondamente diversi, ma in realtà interscambiabili tra loro» (RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. it., disc. priv. – Sez. civ.*, VII, Utet, 1991, nt. 100). L'Autore non confondeva, perciò, rinuncia tacita e *Verwirkung*, ma ne rilevava semplicemente la comunanza di effetti; al contrario sul piano strutturale i due istituti rimanevano distinti. La differenza strutturale fu messa in evidenza anche in un'opera successiva, che però riconosceva anche alla *Verwirkung* un ruolo nel nostro ordinamento: mentre la rinuncia era collocata a pieno titolo nella disciplina delle obbligazioni, la *Verwirkung* accedeva più direttamente al piano del rapporto contrattuale, disciplinato dalla clausola di buona fede. Di conseguenza, per l'applicazione della *Verwirkung*, non occorre prendere in esame la volontà sottesa al comportamento, ma quest'ultimo nella sua manifestazione oggettiva, nelle circostanze del caso concreto (S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978, 58). Al contempo, non era neppure necessario che l'obbligo di coerenza si innestasse in un rapporto giuridico: le parti «si percepiscono tra di loro» (S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., 58), anche senza accordarsi con atti di volontà. In questa prospettiva, la tolleranza idonea a innescare la *Verwirkung* poteva essere integrata da una platea di comportamenti più estesa (e comunque potenzialmente diversa) rispetto a quelli in grado di integrare ipotesi di rinuncia tacita. Si svela, perciò, anche il motivo di inopportunità per cui i due istituti non dovrebbero coincidere. In effetti, inquadrare il problema in termini di rinuncia tacita pone il giudice di fronte ad un'alternativa secca: ritenere integrata una vera e propria rinuncia tacita (ed estinguere il diritto) o non ritenerla integrata. Di fronte alla scelta tra l'una e l'altra alternativa, non è difficile immaginare che l'interprete ceda a qualche estremismo, cercando di dilatare il significato di “comportamento inequivoco”, pur di dare tutela a situazioni che di fatto la richiedono.

<sup>27</sup> Sottolinea questo profilo MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, cit., 1171 ss.

<sup>28</sup> Cass., sez. lav., 17 maggio 2018, n. 12108, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026.

**nell'ordinamento italiano**<sup>29</sup>. A questo si aggiunge una ragione più strettamente interna al diritto del lavoro: nel 2017, le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono intervenute a definire le conseguenze della tardività del licenziamento disciplinare, stabilendo che la violazione derivante da una notevole e ingiustificata dilazione temporale è sanzionabile **ai sensi del quinto comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, con applicazione della tutela indennitaria forte, in luogo di effetti assimilabili a quelli propri della *Verwirkung*, quali la nullità dell'atto di licenziamento**<sup>30</sup>. La scelta delle Sezioni Unite ha così sottratto alla figura tedesca uno dei suoi principali terreni applicativi, ancorando la fattispecie a un regime sanzionatorio speciale e graduato.

**Va detto, tuttavia, che l'impostazione argomentativa, i presupposti e la logica precedenti continuano, almeno in parte, ad affiorare nelle motivazioni: tracce di quella logica si ritrovano in alcune pronunce più recenti, le quali, pur muovendosi nell'alveo segnato dalle Sezioni Unite, continuano a ragionare in termini di affidamento e tolleranza qualificata. Si tratta, però, sempre di *obiter* argomentativi<sup>31</sup>: tutte queste decisioni hanno, infatti, riconosciuto la sussistenza di una giustificazione per il ritardo, e non sono, perciò, mai approdate a una censura della condotta datoriale.**

Va poi precisato che, per le sanzioni disciplinari conservative – rimproveri, multe, sospensioni – quando la sanzione viene irrogata tardivamente e il ritardo non trova giustificazione in circostanze oggettive apprezzabili, i giudici tendono ad avallarne l'**invalidità**<sup>32</sup>. Il fondamento di tale decisione viene articolato attraverso il richiamo alla clausola generale di correttezza e buona fede, al divieto di *venire contra factum proprium*, **alla tutela dell'affidamento del lavoratore, tutti istituti che, come si è detto, condividono con la *Verwirkung* la medesima ratio.**

<sup>29</sup> L'orientamento contrario alla *Verwirkung* si consolida a partire dalla sentenza della Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, cit., che per prima ha negato in modo esplicito l'ingresso dell'istituto nell'ordinamento italiano; in senso conforme, Cass., 2 maggio 2006, n. 10127, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026. L'orientamento è stato ribadito con fermezza anche da Cass., ord., 26 aprile 2024, n. 11219, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1142 ss. – che si pone in consapevole discontinuità rispetto all'apertura operata da Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, in *Contr.*, 2022, 129 ss. – e, da ultimo, da Cass., 7 febbraio 2025, n. 3172, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026, che richiama la sentenza del 2024 come precedente da seguire, aggiungendo che il codice di rito già predispose strumenti sufficienti a presidiare la lealtà processuale (artt. 88 e 96 c.p.c.), senza necessità di attingere a istituti elaborati per il rapporto obbligatorio sostanziale.

<sup>30</sup> Cass., sez. un, 27 dicembre 2017, n. 30985, cit., e, più di recente, Cass., sez. lav., 23 giugno 2023, n. 18070, cit., distinguono il caso in cui le norme del contratto collettivo o la stessa legge prevedano dei termini per la contestazione dell'addebito disciplinare da quello in cui non vi sia alcuna disposizione che regoli i tempi del procedimento. Nel primo, la violazione dei tempi stabiliti è attratta, in quanto caratterizzata da contrarietà a norma di natura procedimentale, nell'alveo di applicazione del sesto comma dell'art. 18 stat. lav. che, nella sua nuova formulazione, è collegato alla violazione delle procedure di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970 e dell'art. 7 della legge n. 604 del 1966. Quando invece si fa riferimento alla nozione generale di tempestività della contestazione di addebito, trova applicazione l'art. 18 comma 5 della legge n. 300 del 1970, in ragione della violazione dei canoni di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. Secondo LUNARDON, *Il principio di immediatezza della contestazione disciplinare tra normativa lavoristica e clausole generali di correttezza e buona fede*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2018, 922 ss., «[i]n tal modo la Corte esce completamente dal tracciato dell'art. 18 [...]. Il problema è però un altro: quello dell'inserimento, nel contesto dell'art. 18 (che peraltro è fattispecie sanzionatoria e non regolativa, dunque è fattispecie che già presuppone l'assetto regolamentativo generale in tema di licenziamento individuale), di una nuova e trasversale fattispecie di condotte datoriali considerate illecite per violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. e attratte verso l'unica nozione aperta di ingiustificatezza».

<sup>31</sup> Cass., sez. lav., 20 giugno 2025, n. 23186, in *www.cortedicassazione.it*, afferma che il ritardo può essere vizio solo se ostacola la difesa effettiva, ma nel caso concreto «non si [era] prodotto, né [era] stato dedotto in termini concreti»; Cass., sez. lav, 3 gennaio 2024, n. 109, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026, in modo simile, enuncia il principio dell'affidamento ma poi valorizza la «ponderata e responsabile valutazione dei fatti» per giustificare il ritardo.

<sup>32</sup> Cass., sez. lav., 19 aprile 2017, n. 9883, cit.

Se lo stesso approccio era stato adottato, in passato, anche con riferimento alle sanzioni espulsive, come si è accennato, l'intervento delle Sezioni Unite del 2017 ha poi ridefinito il quadro per i licenziamenti, sottraendo alla logica dell'affidamento e della tolleranza qualificata la funzione di criterio determinante della risposta sanzionatoria<sup>33</sup>, e riconsegnandola a un regime indennitario tipizzato<sup>34</sup>. La logica sottesa alla decisione (poi ripresa e precisata da Cass. 18070 del 2023) distingue due ipotesi: quando il contratto collettivo o la legge prevedano termini per la contestazione dell'addebito, la loro violazione è attratta nell'alveo del comma 6 dell'art. 18 St. lav., quale violazione di natura procedimentale; quando invece non vi siano disposizioni che regolino i tempi del procedimento, l'intempestività della contestazione, quale violazione dei canoni di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., ricade nel comma 5, con conseguente applicazione della tutela indennitaria. In entrambi i casi, comunque, la tardività non produce l'invalidità della sanzione espulsiva.

Ne risulta uno scarto rimediabile tra le sanzioni conservative e quelle espulsive che non è giustificabile sul piano sistematico, e che costituisce il punto di partenza per le considerazioni critiche che seguiranno. Se, infatti, la logica sottostante è la medesima – **la tutela dell'affidamento del lavoratore di fronte a una condotta datoriale obiettivamente incompatibile con il tardivo esercizio del potere disciplinare** – non è chiaro perché si producano effetti invalidanti solo nel caso delle sanzioni conservative, mentre per il licenziamento l'effetto sia indennitario. Per sciogliere questo nodo, è utile tornare a interrogarsi sul fondamento e sulla funzione della *Verwirkung* nel contesto qui considerato.

**5. Cosa protegge la *Verwirkung*? La risposta, apparentemente ovvia, che l'istituto protegga l'affidamento, non è in realtà sufficiente: occorre, invece, indagare sul tipo di affidamento<sup>35</sup>, perché dalla risposta dipendono tanto la coerenza del ragionamento quanto la proporzionalità del rimedio.**

In astratto, si possono individuare tre diverse situazioni nelle quali il lavoratore potrebbe invocare una qualche forma di lesione del proprio affidamento di fronte alla tardiva irrogazione di una sanzione disciplinare.

<sup>33</sup> In passato, una parte della giurisprudenza riteneva che la non immediatezza nell'irrogazione determinasse una decadenza (Cass., sez. lav., 13 ottobre 2015, n. 20540, cit.; Cass., 16 Cass., sez. lav., 4 giugno 1998, n. 5500, cit., e Cass., sez. lav., 28 aprile 2009, n. 9924, cit.). In dottrina, MAZZOTTA, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 108 ss. (che considera l'uso tardivo del potere disciplinare come abuso, che comporta la tutela reintegratoria forte per nullità di diritto comune); DE MOZZI, *Violazione del principio di immediatezza nel licenziamento disciplinare*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2017, 1112 ss. (che ricostruisce criticamente gli orientamenti fondati su rinuncia tacita, *Verwirkung* e affidamento del lavoratore); CARUSO, *Licenziamento disciplinare*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2017, 512 ss. (che legge la prolungata inerzia datoriale come neutralizzazione dell'antigiuridicità del fatto).

<sup>34</sup> Questa impostazione ha suscitato alcuni rilievi critici in dottrina, tanto per l'incertezza del confine tra violazione sostanziale e formale, quanto per le disparità applicative che genera a seconda che i contratti collettivi prevedano o meno termini per la contestazione: sul punto, DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 32; CARUSO, *Licenziamento disciplinare*, cit., 517-519; LUNARDON, *Il principio di immediatezza della contestazione disciplinare tra normativa lavoristica e clausole generali di correttezza e buona fede*, cit., 922 ss.; MASTINU, *Le irregolarità procedurali tipiche e atipiche nella disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, 728 ss.; GAROFALO, *Le tutele applicabili al licenziamento disciplinare intempestivo: un dibattito mai sopito*, in *Lav. nella giur.*, 2022, 624 ss.

<sup>35</sup> Ci si permette di rinviare a STRACQUALURSI, *La tutela civile dell'affidamento*, Il Mulino, 2025, 76 ss.; ma sul punto già S. PATTI, *Profili giuridici della tolleranza*, cit., 58 ss.; SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Utet, 2005, 227; CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio*, Artt. 1144-1147, Giuffrè, 2019, 33 ss.

Nella prima, il datore di lavoro ha effettivamente e definitivamente rinunciato alla sanzione: il lavoratore confiderà, allora, nel fatto che l'ordinamento non consentirà l'esercizio di un diritto ormai dismesso. Nella seconda, le circostanze del caso concreto sono tali da consentire al lavoratore di ritenere ragionevolmente che il datore abbia inteso rinunciare al proprio diritto: in questo caso, il lavoratore confida nel fatto che il datore di lavoro non eserciterà il proprio diritto, nella convinzione che abbia rinunciato. Nella terza situazione, invece, non vi sono circostanze idonee a dimostrare una rinuncia, neppure per fatti concludenti: il lavoratore può però riporre fiducia nel fatto che il datore si comporterà correttamente nell'esercizio del proprio potere disciplinare, considerata la tolleranza manifestata fino a quel momento.

Ora, nelle prime due ipotesi il richiamo all'affidamento e, con esso, alla *Verwirkung* è in realtà superfluo. Se il datore ha rinunciato al diritto di irrogare la sanzione (o, in ragione dell'inequivoca condotta tenuta dal datore, si può ritenere che sia così<sup>36</sup>), quel diritto si è già estinto per effetto della rinuncia<sup>37</sup>: l'atto sanzionatorio successivo è invalido non perché abusivo, ma perché privo di base giuridica. Il problema si risolve, dunque, interamente sul piano negoziale, senza necessità di evocare la categoria dell'abuso.

È solo nella terza ipotesi che il richiamo all'affidamento acquista un significato autonomo e non riducibile alla rinuncia. L'affidamento che il lavoratore nutre in questa situazione non è correlato alla convinzione che una sanzione non verrà irrogata: al contrario, in assenza di circostanze univoche, questa resta una mera speranza, giuridicamente irrilevante. L'affidamento sottende, piuttosto, la fiducia ingenerata nella relazione che lega lavoratore e datore e in ragione della tolleranza che quest'ultimo ha mostrato nei confronti dell'altro: proprio in virtù di tale atteggiamento, mantenuto nel corso del tempo, il lavoratore si fida del proprio datore, ovvero che questi eserciterà il proprio potere in modo corretto e non arbitrario.

Se questo è l'interesse protetto, la risposta rimediale adeguata alla sua lesione non può essere l'estinzione del diritto. Un rimedio di tipo ablativo – quale è appunto la

<sup>36</sup> La teoria dell'apparenza si lega a quella della dichiarazione, secondo cui la volontà, essendo un «fatto psicologico meramente interno, è qualcosa di per sé inafferrabile e incontrollabile» (BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Utet, 1952, p. 52). È invece la dichiarazione a costituire l'essenza del contratto (o, in questo caso, dell'atto). La teoria precettiva, in modo simile, ritiene che la volontà possa avere rilevanza giuridica solo quando si traduce in un fatto sociale: l'attenzione si sposta, così, dal piano strutturale della fattispecie a quello degli interessi e della funzionalità del negozio (BARCELLONA, voce *Errore*, in *Enc. dir.*, XV, Giuffrè, 1961, 246 ss.; ID., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffrè, 1962, 89 ss.; PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, 1963, 160 ss.). Del resto, «il dilemma ha troppi punti di contatto con l'assetto generale degli scambi commerciali per essere sciolto sulla base di antichi dogmi e di astratte esigenze di giustizia» (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, I.1, Utet, 1986, 468). Perciò, una dichiarazione negoziale è considerata valida se è tale da suscitare una ragionevole convinzione di impegno per chi l'ha emessa (anche se la volontà non coincide perfettamente con la dichiarazione), in considerazione dell'ordinaria diligenza che l'affidatario (e non un qualsiasi terzo: v. PIETROBON, voce *Affidamento*, in *Enc. giur.*, I, Treccani, 1988, 5) doveva osservare nell'interpretare la dichiarazione stessa. In questi casi, prevale l'affidamento, e il rischio ricade sulla parte che ha sbagliato, anche senza colpa, nell'esprimere la sua volontà, piuttosto che sull'altra parte che non poteva prevedere tale discordanza (Cass., ord., 28 novembre 2019, n. 31078; Cass., ord., 18 giugno 2018, n. 16063, entrambe in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026; Cass., 30 luglio 2004, n. 14539, in *Corr. giur.*, 2005, 1099 ss., tutte facenti capo alla decisione di Cass., sez. un., 1° luglio 1997, n. 5900, in *Notariato*, 1997, 507 ss.; in dottrina, GIORDANO, *In tema di rilevanza dell'errore bilaterale nel contratto*, in *Giust. civ.*, 1952, 453 ss.; MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 105; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1962, 162; CARRESI, *Il contratto*, Giuffrè, 1987, 457; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Utet, 2016, 153-154).

<sup>37</sup> MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, cit., 1171 ss.

*Verwirkung* nella sua configurazione tipica – risulterebbe, infatti, del tutto **sproporzionato rispetto all'affidamento che si intende tutelare, dal momento che** finirebbe per soddisfare non già la fiducia nella correttezza del datore, ma la speranza – che però si è detto giuridicamente irrilevante – di non essere sanzionati.

**Il rischio, in altri termini, è quello di utilizzare la categoria dell'abuso del diritto in modo a sua volta abusivo<sup>38</sup>. La conferma dell'inopportunità di questo rimedio sta nel dato sistematico: la scelta delle sezioni unite della Corte di cassazione di escludere l'inefficacia del licenziamento in caso di irrogazione tardiva del licenziamento prova che il ritardo non comporta la perdita del diritto o dell'azione direttamente correlata, ma rileva sul solo piano della correttezza nell'esercizio, con effetti – perciò – meno dirompenti.**

**6.** Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente consentono di affrontare con maggiore precisione lo scarto tra il regime applicabile alle sanzioni conservative e quello proprio delle sanzioni espulsive.

Per quanto riguarda le prime, si è detto che la giurisprudenza tende ad avallarne **l'invalidità quando irrogate tardivamente e senza giustificazione (v. supra § 4)**. Se si esclude che tale invalidità possa fondarsi sulla *Verwirkung* – per le ragioni esposte nel § 5 – occorre chiedersi su quale diverso fondamento essa possa reggere. La risposta più convincente è che in questi casi operi, ove le circostanze lo consentano, la rinuncia tacita: **il datore che, pur a conoscenza dell'infrazione, abbia protratto la propria inerzia in modo tale da ingenerare nella controparte la ragionevole convinzione di aver dismesso la pretesa sanzionatoria, non esercita tardivamente un diritto ancora integro, ma tenta di esercitare un diritto già estinto. Il comportamento può allora definirsi contraddittorio, non nel senso generalmente associato all'abuso, alla lesione dell'affidamento o al divieto di venire contra factum proprium, ma in quello più preciso, che esso non tiene conto di una modificazione della situazione giuridica soggettiva in ragione del precedente agire negoziale.**

Quanto al regime sanzionatorio introdotto per i licenziamenti dalla legge Fornero<sup>39</sup> e poi dal Jobs Act<sup>40</sup>, **questi hanno tipizzato le conseguenze dell'illegittimità del**

<sup>38</sup> BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 541 ss.; FORTUNATO, *Sull'abuso del diritto e sull'“abuso dell'abuso”*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 321 ss.

<sup>39</sup> L'art. 1, comma 42, della legge 28 giugno 2012, n. 92 ha sostituito l'art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300, prevedendo la reintegrazione piena e il risarcimento integrale (non inferiore a cinque mensilità) per i licenziamenti discriminatori, nulli per violazione di legge o intimati in forma orale (comma 1); la **reintegrazione c.d. debole e un'indennità corrispondente a massimo dodici mensilità per i casi di licenziamenti ingiustificati per insussistenza del fatto o fatto punibile con sanzioni conservative (comma 4); la tutela indennitaria forte, tra dodici e ventiquattro mensilità, nei casi di licenziamento ingiustificato non altrimenti qualificato, ovvero per casi diversi da quelli indicati nel comma 4 (comma 5); la tutela indennitaria debole, tra sei e dodici mensilità, nei casi di licenziamento che presenta vizi formali o procedurali (quali la violazione dell'obbligo di motivazione ex art. 2, l. n. 604/1966, o della procedura ex art. 7 St. lav.)**.

<sup>40</sup> Rispetto alla legge Fornero (su cui v. nota precedente), la legge n. 183 del 2014 e il d.lgs 23 del 2015 hanno **previsto: una tutela reintegratoria forte analoga a quella prevista per chi è stato assunto prima dell'entrata in vigore del Jobs Act per i casi di nullità del licenziamento discriminatorio, orale o nullo (art. 2); una tutela reintegratoria debole analoga a quella per vecchi assunti, nei casi di licenziamento ingiustificato cd tipizzati per insussistenza fatto (art 3 comma 2); una tutela indennitaria forte da quattro a ventiquattro mensilità (calcolata in relazione all'anzianità del lavoratore e non rimessa alla valutazione discrezionale del giudice) nei casi di licenziamento ingiustificato non qualificato (art 3 comma 1); una tutela indennitaria debole da due a dodici mensilità (sempre calcolata in relazione all'anzianità del lavoratore) nei casi di licenziamento intimato con vizi di forma o procedura (art 4); infine, una tutela indennitaria per i nuovi assunti nelle piccole imprese da due a sei mensilità per i casi di licenziamento ingiustificato e da una a sei per vizi nella forma o nella procedura (art 9).**

licenziamento secondo una scala graduata e articolata. Perciò, consentire alla logica della *Verwirkung* di operare in tale ambito significherebbe sovrapporre un rimedio di elaborazione pretoria non previsto dal legislatore, con il rischio di storture negli equilibri voluti dal legislatore<sup>41</sup>. **Piuttosto, la violazione dell'affidamento** – inteso come fiducia **nell'altro che ha tardato nell'irrogazione della sanzione** – può dar luogo a rimedi risarcitori di diritto comune<sup>42</sup>.

Ciò non toglie che vi siano dei casi in cui il ritardo nella contestazione non è mero **vizio procedurale, ma sintomo rivelatore dell'insussistenza della giusta causa**. L'art. 2119 c.c. definisce la giusta causa come quella che non consente la prosecuzione, nemmeno provvisoria, del rapporto di lavoro<sup>43</sup>: se il datore, pur avendo avuto conoscenza del fatto, ha continuato a tollerare la prosecuzione del rapporto per un periodo considerevole senza addurre alcuna giustificazione, tale condotta contraddice in radice la nozione stessa di intollerabilità. In questi casi, allora, la tardività non è il presupposto di un **rimedio autonomo fondato sull'affidamento, ma – connotando uno dei rimedi d'area – è l'indice rivelatore dell'assenza del requisito sostanziale del recesso: il licenziamento è illegittimo non perché tardivo, ma perché privo di giusta causa, con le conseguenze sanzionatorie che ne derivano ai sensi della disciplina vigente**<sup>44</sup>.

Resta, infine, anche in materia di licenziamento, la possibilità di dimostrare che il comportamento datoriale protratto nel tempo abbia integrato una tacita rinuncia a porre quel determinato fatto a fondamento del recesso<sup>45</sup>. In questa ipotesi, il licenziamento è intimato, in sostanza, per un fatto insussistente, con le conseguenze sanzionatorie **previste dall'art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori e dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015**<sup>46</sup>.

Al di là di queste ipotesi residuali, ciò che resta, una volta depurato il ragionamento dalla logica della *Verwirkung*, è uno spazio per rimedi risarcitori di diritto comune, azionabili quando la condotta datoriale abbia cagionato al lavoratore affidatario un

<sup>41</sup> Sul punto si vedano le riflessioni di RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), 2015; A. PATTI, *Licenziamenti e loro effetti dalla Legge Fornero al Jobs act tra diritto del lavoro e diritto fallimentare*, in *Proc. conc. e crisi impr.*, 2016, 1169 ss.

<sup>42</sup> La giurisprudenza riconosce questa possibilità da tempo, sebbene soprattutto con riferimento ad affidamenti pretenzivi: v. per tutte da ultimo, Cass., sez. un., 25 settembre 2025, n. 26080, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2026, 41 ss. e, prima, Cass., sez. un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Corr. giur.*, 2020, 1025 ss..

<sup>43</sup> Sul concetto di recesso per giusta causa, v. di recente Cass., sez. lav., ord., 6 febbraio 2025, n. 2977, in *Lav. nella giur.*, 2025, 503 ss.; Cass., 22 agosto 2022, n. 12414, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), secondo cui «la giusta causa è una nozione di contenuto generico che deve essere specificato in sede interpretativa ed **adeguato alla realtà, articolato e mutevole nel tempo**». **In sostanza, «l'articolo 2119 cod. civ., nel rinviare ad una nozione etico-sociale di giusta causa, costituisce una norma elastica, alla pari di quelle norme che fanno riferimento alla nozione di buona fede o di buon costume; in tutti questi casi l'interprete, ed in particolare il giudice del merito, nell'esprimere il giudizio di valore necessario per integrare una norma elastica (che, per la sua stessa struttura, si limita ad esprimere un parametro generale) compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa, dando concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa, introdotta per consentire alla norma stessa di adeguarsi ai mutamenti del contesto storico-sociale»** (Cass., sez. lav., 14 luglio 2008, n. 19294, in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026).

<sup>44</sup> V. *supra* note 39 e 40.

<sup>45</sup> Cass., sez. lav., 31 gennaio 2017, n. 2513; Cass., sez. lav., 10 settembre 2013, n. 20719, entrambe in *One Legale*, ultimo accesso l'11.04.2026.

<sup>46</sup> Alcune voci in dottrina hanno prospettato, in casi estremi, anche la nullità civilistica del licenziamento: v. in particolare, MAZZOTTA, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit., 108 e TULLINI, *I vizi procedurali del licenziamento disciplinare: a proposito della regola dell'immediatezza*, in CARUSO (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale*, Università degli Studi di Catania, 2022, 81.

danno concreto e dimostrabile, a cui si aggiungono le tutele previste dalla disciplina dei licenziamenti nulli o illegittimi, ove ne ricorrano i presupposti. Si tratta di rimedi più **modesti, ma sistematicamente più coerenti: proporzionati all'affidamento** effettivamente leso, e rispettosi della distinzione tra la speranza di non essere licenziati, giuridicamente irrilevante, e la fiducia nella correttezza del comportamento datoriale, **che merita invece protezione, nei limiti e con gli strumenti previsti dall'ordinamento.**

7. La *Verwirkung* ha attraversato la giurisprudenza lavoristica italiana come una figura di transito: inizialmente utilizzata a supporto degli orientamenti che alla tardività del provvedimento disciplinare riconnettevano effetti estintivi del diritto, è progressivamente scomparsa dal lessico delle motivazioni senza che con essa **scomparissero i problemi. D'altro canto, gli istituti che ne hanno preso il posto sul piano** testuale, come il divieto di *venire contra factum proprium* e la clausola generale di correttezza e buona fede, ne condividono la logica di fondo, ma – essendo richiamati **senza una corretta analisi dell'affidamento** – non sono riusciti a rendere sistematicamente coerente il quadro.

Per altro verso, mutuata (anzi, trapiantata<sup>47</sup>) **acriticamente dall'ordinamento** tedesco, nemmeno la *Verwirkung* avrebbe potuto offrire una risposta rimediabile **sistematicamente coerente, né proporzionata all'interesse che intendeva tutelare, e non** può, perciò, stupire la crisi di rigetto di cui è stata vittima<sup>48</sup>.

Conviene, perciò, distinguere quei casi in cui le circostanze consentono di ravvisare una rinuncia tacita, e in cui quindi il diritto si è già estinto e il problema è risolto sul piano negoziale, da quelli in cui residua solo la fiducia nella correttezza del comportamento datoriale, per i quali il rimedio adeguato è quello risarcitorio: in questo modo, il quadro rimediabile diviene più prevedibile, perché intrinsecamente coerente.

La coerenza non impone, infatti, acritica uniformità nelle risposte, ma al contrario esige trattamenti diversi in presenza di presupposti normativi differenti. È questo, in fondo, il compito che Dworkin aveva assegnato al giudice Ercole<sup>49</sup>: non già trovare una **soluzione uguale per tutti i casi, ma ricercare nell'insieme del diritto vigente quella** omogeneità di principio che sola può rendere le decisioni giuridicamente solide e non arbitrarie. Vero è che il ricorso alla mitologia per incarnare questo ideale è, di per sé, **eloquente sulla difficoltà del compito...**

<sup>47</sup> Il riferimento più noto è a WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, 1974.

<sup>48</sup> Di recente, CAFFERA, MOMBERG, MORALES, *Legal Transplants: A Case Study of Private Law in Its Historical Context*, in SIEMS e YAP (a cura di), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge University Press, 2024, 453 ss.; GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in REIMANN e ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006; oltre che, tra gli scritti più noti, TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, in *Modern Law Review*, 1998, 11; LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, 111 ss.

<sup>49</sup> DWORCKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, 239 ss.

# Le restituzioni nei contratti di credito ai consumatori \*

di ELENA BARGELLI

Professoressa Ordinaria di Diritto Privato  
Università di Pisa

## ABSTRACT

Il saggio si concentra sul problema del regime delle restituzioni conseguenti alla nullità o all'inefficacia totale dei contratti di mutuo fra consumatori e professionisti. Analizza, in particolare, la disciplina di cui all'art. 125-bis comma 9 TUB – dettata in materia di credito al consumo - e la pronuncia della Corte di Giustizia (Millenium) riguardante la dichiarazione di abusività di una clausola di indicizzazione degli interessi alla valuta estera inserita in un contratto di mutuo immobiliare. Esse convergono nell'attribuire al consumatore tenuto a restituire il capitale la facoltà di chiedere la restituzione degli interessi convenzionali versati, senza però essere tenuto a pagare gli interessi legali sulla somma di cui ha avuto il godimento. Secondo l'autrice, nei contratti di credito conclusi fra professionisti e consumatori l'esenzione dal pagamento del valore di godimento del denaro messo a disposizione del mutuatario si giustifica allo scopo di incoraggiare i consumatori ad avvalersi del rimedio della nullità dove questa si fonda sulla violazione delle disposizioni nazionali di attuazione delle fonti europee. A tal fine è altresì necessario che la nullità del contratto sia imputabile al professionista, che sia radicata su ragioni di ordine pubblico economico e che svolga la funzione di dissuadere i professionisti dal contravvenire a regole di condotta fondamentali nei rapporti con i consumatori.

*This essay focuses on the restitution arising from invalid credit agreements between consumers and professionals. Specifically, it analyses Article 125-bis, paragraph 9 of the Banking Act (TUB) concerning consumer credit agreements, and the Court of Justice's ruling in the Millenium case concerning the unfairness of a clause that indexed interest to foreign currency in a mortgage contract. According to both provisions, consumers who have been required to repay the principal sum are entitled to request repayment of the contractual interest paid, but are not required to pay statutory interest on the sum they have received. According to the author, exemption from payment for the use of money made available to consumers applies wherever the nullity of such agreements is based on the violation of national provisions implementing European directives. Thus, this exemption is intended to encourage the consumer to invoke the nullity. For this to be the case, the professional must be responsible for violating the aforementioned provisions, the invalidity must be based on economic public policy, and it must deter professionals from contravening the fundamental rules of conduct when dealing with consumers.*

**SOMMARIO:** 1. L'inefficacia totale del mutuo e il problema delle restituzioni nel codice civile: impostazione del problema. 2. La nullità dei mutui ai consumatori nel codice civile e nel

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 31.12.2025.

Testo Unico Bancario: un inquadramento preliminare. 3. Segue. Le conseguenze della nullità totale nell'art. 125-bis TUB. 4. Le conseguenze della nullità totale fondata sull'abusività della clausola concernente l'oggetto principale del contratto. 5. Segue. Funzione dissuasiva della nullità e dell'asimmetria delle restituzioni nella disciplina delle clausole abusive. 6. Segue. La restituzione dei profitti e degli arricchimenti nel diritto italiano. 7. Asimmetria restitutoria e nullità totale dei contratti di finanziamento ai consumatori: verso la ricostruzione di una regola generale. 8. Le restituzioni conseguenti all'esercizio del recesso nel credito al consumo quando il consumatore non riceve tutte le condizioni e le informazioni previste ai sensi dell'articolo 125-bis, 1° comma al momento della conclusione del contratto (art. 125-ter TUB). 9. L'asimmetria delle restituzioni oltre il comparto del credito ai consumatori.

**1.** Non esistono, nel codice civile, disposizioni specifiche volte a regolare le obbligazioni restitutorie conseguenti all'inefficacia totale del contratto di mutuo. Pertanto, quando questo scenario si profila, l'interprete dovrà appellarsi alla disciplina generale di cui all'articolo 2033 c.c.: pertanto, dovrà essere considerato indebitato il pagamento tanto della somma capitale quanto degli interessi e delle altre spese connesse alla conclusione e all'esecuzione del contratto, con conseguente insorgere dell'obbligo di ripetizione immediata di tutte le somme *medio tempore* versate dalle parti. La stessa disposizione chiarisce che chi chiede la ripetizione ha diritto ai [frutti](#) e agli [interessi](#) dal giorno del pagamento solo se l'*accipiens* era in [mala fede](#), potendo altrimenti pretenderli dal giorno della domanda.

La possibilità che chi ha ricevuto indebitamente una somma di denaro possa goderne senza pagare neppure gli interessi legali prima della domanda giudiziale, purché ignaro del carattere non dovuto del pagamento, non contrasta, invero, con il principio dell'**arricchimento ingiustificato**. Infatti, se l'ordinamento consentisse a chi versa del denaro a qualcun altro senza esservi tenuto (e senza volerlo beneficiare) di pretendere il pagamento degli interessi legali fin dal momento del versamento, legittimerebbe l'**imposizione di un arricchimento a un soggetto inconsapevole di star indebitamente** godendo di tale somma. La ripetizione, in questo caso, deve limitarsi a quanto dato dal *solvens*; l'**eventuale arricchimento conseguito dall'*accipiens*** fino alla domanda giudiziale, invece, **non genera alcuna obbligazione restitutoria "secondaria" (collaterale, cioè, all'oggetto principale dell'indebitato): e ciò in quanto tale arricchimento viene reputato "non ingiustificato" dall'ordinamento**. A diversa conclusione deve giungersi quando chi riceve la somma sa della sua natura indebita, essendo in questa ipotesi ritenuto ingiustificato il vantaggio ottenuto dalla disponibilità di tale somma fino al momento della richiesta di restituzione.

La disciplina appena richiamata non distingue il caso in cui il pagamento avviene unilateralmente (per esempio, per errore del *solvens*) da quello in cui questo costituisce esecuzione di uno scambio consensuale, ancorché dichiarato nullo, inefficace o annullato. Nonostante l'astrattezza e la generalità della sua formulazione, tuttavia, essa pare giustificarsi pienamente solo nell'ipotesi dell'indebitato "unilaterale", ma non in quella dello scambio consensuale. In tale ultima ipotesi, infatti, non si pone l'esigenza di tutelare chi riceve la somma di denaro nei confronti di un arricchimento imposto: infatti, **sempréché il consenso non sia viziato o provenga da un incapace**, l'*accipiens* ha acconsentito allo scambio fra la dazione di una somma di denaro e il versamento di un corrispettivo periodico, che in tale ipotesi non forma oggetto di un'obbligazione restitutoria "secondaria", attenendo, piuttosto, all'oggetto stesso del contratto.

Tenuto conto della *ratio* appena illustrata, pare convincente proporre **un'interpretazione riduttiva della seconda proposizione dell'art. 2033 c.c., diretta a consentire a chi ha versato una somma di denaro in base a un accordo putativamente vincolante di poter chiedere la restituzione dell'arricchimento conseguito dall'altra parte:** la quale, pur potendo pretendere la ripetizione degli interessi versati, sarebbe comunque tenuta a versare il valore del godimento di tale somma (ovvero, gli interessi legali) durante il periodo in cui il contratto è stato bilateralmente eseguito<sup>1</sup>.

**Non vi è dubbio, d'altra parte, che l'immediata esigibilità dell'obbligo di restituzione della somma capitale possa, in sé, mettere in oggettiva difficoltà il debitore e disincentivarlo dal far valere un eventuale vizio che inficia l'efficacia del contratto,** in quanto lo mette nella condizione di dover reperire repentinamente la liquidità a tal fine necessaria<sup>2</sup>.

**Tenuto conto dell'esigenza di favorire il debitore che sia anche consumatore,** il Testo Unico Bancario (TUB), in caso di nullità della clausola relativa agli interessi, prevede svariati e specifici correttivi, diretti, a seconda dei casi, alla conservazione del contratto o alla rateizzazione della somma da restituire<sup>3</sup>. **D'altra parte, il carattere puntuale di tali regole e la frammentazione delle discipline delle varianti dei contratti di credito ai consumatori in una pluralità di fonti (il codice civile, il codice del consumo, il TUB) fanno sorgere il problema del regime restitutorio applicabile nell'ipotesi in cui la legge tace circa le conseguenze della nullità.** È questo il caso, per esempio, del contratto **di finanziamento dichiarato totalmente nullo in conseguenza dell'accertamento dell'abusività di una clausola senza la quale tale contratto "non può sussistere".**

Il contributo si concentrerà sulla disciplina della nullità del credito al consumo **prevista dall'art. 125-bis TUB** e la porrà a confronto con il regime restitutorio **conseguente alla dichiarazione di abusività di una clausola relativa all'oggetto principale** del contratto elaborato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Millenium*<sup>4</sup>, **con l'obiettivo di verificare il campo di applicazione di tali regole e saggiarne il valore sistematico.**

**2.** Le coordinate tracciate nel paragrafo precedente consentono di inquadrare le soluzioni offerte, rispettivamente, dal codice civile e dal TUB rispetto al mutuo contenente una clausola qualificata come usuraria e alle diverse ipotesi di nullità del credito immobiliare e al consumo.

**Nella prima ipotesi non sorge il problema dell'individuazione del regime restitutorio,** in quanto la legge tutela il cliente attraverso la conservazione del contratto **e l'elisione della clausola dichiarata nulla.** L'art. 1815 c.c. (introdotto dalla legge 7 marzo 1996, n. 108) si caratterizza ulteriormente per la mancata previsione della sostituzione

<sup>1</sup> Il ragionamento sintetizzato nel testo è più diffusamente sviluppato in BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, 2010, spec. 396 ss. e *passim*.

<sup>2</sup> Nei rapporti fra professionisti e consumatori, la preoccupazione è espressa dalla stessa Corte di Giustizia nella decisione C. giust., 31 marzo 2022, C-472/20, *Lombard Lizing*, para. 55 ss., là dove invita i giudici nazionali a escogitare misure tese a proteggere i consumatori dalle conseguenze della nullità totale.

<sup>3</sup> Cfr. *infra*, § 2.

<sup>4</sup> C. Giust., 15 giugno 2023, C-520/21 *Millenium*, in *Foro it.*, 2023, 357, con commenti di PALMIERI e PARDOLESI, *Invalidità post-vessatoria dei contratti dei consumatori, restituzioni risarcitorie e altre calamità*, ivi, 369 ss.; PAGLIANTINI, *Culpa in contrahendo da contratto nullo e retroversione del profitto al consumatore: uso alternativo del diritto o una storia semplice?*, ivi, 377 ss.; MACARIO, *L'evoluzione delle categorie (e della dogmatica) del diritto contrattuale e la giurisprudenza della Corte di giustizia*, 382 ss.; D'AMICO, *La tutela del consumatore alla prova dell'effettività*, 390 ss.; M. MAUGERI, *Post-caducazione da vessatorietà e post-vessatorietà: il caso Bank M.*, 407 ss.

automatica della previsione pattizia nulla con un tasso lecito: il mutuo è così trasformato da oneroso in gratuito, a dispetto dell'essenzialità della parte colpita da invalidità<sup>5</sup>. Quest'ultimo effetto della fattispecie dell'art. 1815 2° comma c.c. è da ritenersi certamente eccezionale e legato al forte disfavore dell'ordinamento verso il fenomeno dell'usura.

L'eccezionalità di tale regola si coglie confrontandola con la diversa soluzione della conservazione del contratto abbinata alla sostituzione automatica della clausola nulla con una previsione favorevole ai clienti: una soluzione, questa, che risponde a una linea di tendenza presente in vari luoghi del Testo Unico Bancario (TUB) e diretta a evitare che l'imposizione della nullità totale determinata dalla violazione di norme inderogabili poste a vantaggio dei clienti si ritorca a detrimento di chi accede a un servizio erogato da un istituto di credito.

Così, al mutuo immobiliare ai consumatori è applicabile in toto la disciplina dell'art. 117 TUB, che, ai commi 4°, 6°, 7°<sup>6</sup>, dispone la nullità parziale con sostituzione automatica della clausola nulla nell'ipotesi non sia indicato nel contratto il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi gli eventuali maggiori oneri in caso di mora, oppure siano previste clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati, ovvero tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati<sup>7</sup>.

La stessa disposizione si applica solo in parte – ovvero limitatamente al 6° comma - al credito al consumo (art. 125-bis 2° comma TUB<sup>8</sup>)<sup>9</sup>. Tale scelta è stata ribadita, di recente, in sede di recepimento della direttiva UE 2023/2225 attraverso il decreto legislativo 31 dicembre 2025, n. 212, il quale si è limitato ad aggiungere al 2° comma dell'art. 125-bis la seguente precisazione: “**Ai fini dell'applicazione dell'articolo 117, comma 6, si ha riguardo alla difformità tra le clausole contrattuali e i tassi, prezzi e condizioni forniti al consumatore ai sensi dell'articolo 124, comma 2**”.

<sup>5</sup> La norma – è stato chiarito – non ha applicazione in caso di c.d. usurarietà sopravvenuta: v. Cass. Sez. un., 19 ottobre 2017, n. 2467, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 304. Inoltre, se l'usurarietà colpisce i soli interessi moratori, saranno comunque dovuti quelli corrispettivi e il contratto resterà, pertanto, oneroso: v., per esempio, Trib. Bari sez. IV, 12 febbraio 2024, n. 709, App. Roma sez. III, 19 gennaio 2023, n.362, sulla scorta di Cass. 3 novembre 2023, n. 30581, tutte in *dejure.it*.

<sup>6</sup> La clausola nulla è sostituita dal “tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione”; o dagli “altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto (art. 117 7° comma TUB).

<sup>7</sup> Diversamente, il TUF, nel prevedere la nullità di ogni pattuizione che rinvii agli usi per la determinazione del compenso dovuto dal cliente e di ogni altro onere previsto a suo carico, aggiunge che nulla, in tali casi, è dovuto (art. 23, 2° comma).

<sup>8</sup> L'art. 125-bis TUB richiama, oltre al 6° comma dell'art. 117 TUB, anche i commi 2° e 3°. Secondo lo schema di decreto legislativo recante recepimento della direttiva (UE) 2023 /2225, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 2008/48/CE (321), al 2° comma è aggiunta la seguente proposizione: “**ai fini dell'applicazione dell'articolo 117, comma 6, si ha riguardo alla difformità tra le clausole contrattuali e i tassi, prezzi e condizioni forniti**

**al consumatore ai sensi dell'articolo 124, comma 2**”.

<sup>9</sup> Occorre ricordare che sia il credito al consumo (art. 121 TUB) sia il credito immobiliare ai consumatori (art. 120-quinquies TUB) includono operazioni di finanziamento non necessariamente coincidenti con i mutui, abbracciando ogni concessione di un credito “sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria”.

Per il credito al consumo, la disciplina dell'art. 117 è integrata dall'art. 125-bis TUB, in cui commi 6° e 7° confermano il meccanismo della nullità parziale e della sostituzione delle clausole che prevedono costi a carico del consumatore non inclusi o inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta (contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera e)); parallelamente, essi rideterminano il TAEG nella misura del tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto.

Nondimeno, vi sono ipotesi nelle quali, anche dentro la disciplina del TUB, la nullità totale del contratto di credito è inevitabile. Ciò si verifica allorché il mutuo immobiliare e il credito al consumo siano privi della forma scritta (art. 117 3° comma TUB), oppure il credito ai consumatori sia manchevole delle informazioni essenziali previste dall'art. 125-bis 1° comma TUB concernenti il tipo e le parti del contratto<sup>10</sup>, l'importo totale del finanziamento e le condizioni di prelievo e di rimborso.

Solo l'art. 125-bis TUB, tuttavia, dedica alla nullità totale e alle sue conseguenze, nei commi 8 e 9, una disciplina *ad hoc*. Viceversa, nel caso di nullità per mancanza di forma scritta ai sensi dell'art. 117 e in presenza di altre cause di nullità – siano esse testuali o meno<sup>11</sup> – il regime restitutorio applicabile non è definito, restando aperto alla ricostruzione interpretativa.

Per comprendere il ruolo della regola sancita dall'art. 125-bis cod. cons. nell'ambito del credito al consumo e, potenzialmente, in quello immobiliare, appare necessario chiarire la sua portata e funzione.

**3. I commi 8° e 9° dell'art. 125-bis** furono introdotti dal legislatore italiano in sede di attuazione della direttiva CE 2008/48 con l'obiettivo di fornire ai consumatori un rimedio contrattuale rispetto alla violazione degli obblighi informativi incombenti sui professionisti del credito. Tale rimedio contrattuale - la nullità, corredata di un apposito regime restitutorio – si colloca accanto alle “sanzioni” che già la direttiva CE 2008/48 aveva chiesto ai legislatori nazionali di introdurre in caso di violazione delle disposizioni nazionali di attuazione (art. 23 e, ora, art. 44 direttiva 2023/2225)<sup>12</sup>.

La disciplina, evidentemente, è permeata dell'esigenza di tener conto delle potenziali difficoltà in cui possono incorrere i consumatori nella restituzione delle somme oggetto del finanziamento. Infatti, il 9° comma concede loro la facoltà di rateizzare il pagamento di quanto dovuto con la stessa periodicità prevista nel contratto,

<sup>10</sup> Alla mancanza di tali informazioni è stata equiparata la mancata chiarezza e concisione nella formulazione di tali elementi: MAUGERI e VERSACI, *Credito al consumo*, in corso di pubblicazione per *Enc. Dir., Tematici*, a p. 18 del dattiloscritto gentilmente messi a disposizione dagli autori.

<sup>11</sup> Può eventualmente comportare la nullità del contratto la rinuncia, da parte del consumatore, ai diritti a lui attribuiti nel Capo I-bis e nel Capo II TUB, in ragione dell'applicazione analogica dell'art. 143 cod. cons. (v. già DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del t.u. bancario. Il commento*, in *I Contratti*, 2010, 1051). Il tema delle nullità non testuali fuoriesce dai limiti di questo contributo. Si segnala, a titolo esemplificativo, che, secondo un'opinione, potrebbe comportare la nullità la mancata consegna di una copia del contratto (DOLMETTA, *La violazione di 'obblighi di fattispecie' da parte di intermediari finanziari*, in *Contr.*, 2008, 84) o la mancata verifica del merito creditizio (v., per esempio, DOLMETTA, *La valutazione del merito del credito nell'accesso al servizio, La prospettiva del contratto d'impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, 307 ss.; IMBRUGLIA, *Regola di adeguatezza e validità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 335).

<sup>12</sup> Sul tema del rapporto fra rimedi e sanzioni, per una ricognizione delle questioni, CAFAGGI, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'attuazione del new deal*, in *Questione giustizia*, 2020, 1 ss.

o, in mancanza, in trentasei rate mensili. Sotto il profilo dell'entità dell'obbligo restitutorio, inoltre, essa precisa che questo non può eccedere “le somme utilizzate”.

Se ne deduce che al consumatore non possano essere addossate obbligazioni restitutorie ulteriori rispetto a quelle espressamente elencate: non sarà consentito, dunque, pretendere il versamento degli interessi legali sulle somme avute in godimento per il tempo in cui il contratto ha avuto esecuzione, a compensazione dell'arricchimento in tal modo conseguito a spese del finanziatore<sup>13</sup>; né, *a fortiori*, potrà essere pretesa la reversione di eventuali, ulteriori arricchimenti. Il riferimento testuale ad obblighi di restituzione gravanti sul consumatore induce a escludere, invece, che la norma alluda alla sorte degli interessi convenzionali già versati al finanziatore: interessi che, certamente, possono essere pretesi in ripetizione dal consumatore.

**Per saggiare il fondamento e la portata della regola restitutoria sancita dall'art. 125-bis 9° comma basta porla a confronto col successivo art. 125-ter**, il quale contempla la diversa situazione in cui il contratto perda retroattivamente i suoi effetti in ragione dell'esercizio del diritto di recesso entro 14 giorni dalla conclusione del contratto o dal successivo momento in cui il consumatore riceve tutte le condizioni e le informazioni previste ai sensi dell'articolo 125-bis, 1° comma<sup>14</sup>. L'art. 125-ter prevede che il consumatore non solo sia tenuto a restituire il capitale entro trenta giorni dall'invio della comunicazione prevista dalla lettera a) e a rimborsare al finanziatore le somme non ripetibili da questo corrisposte alla pubblica amministrazione, ma non possa ripetere gli interessi convenzionali eventualmente maturati fino al rimborso e calcolati secondo quanto stabilito dal contratto<sup>15</sup> (art. 125-ter 2° comma TUB). In tal modo, gli obblighi restitutori restano perfettamente simmetrici. Si precisa soltanto che, oltre alle somme sopra elencate, il finanziatore non possa pretendere di ulteriori: di conseguenza, proprio perché il recesso deve essere esercitato in modo gratuito e senza penalità, il professionista non potrebbe trattenere penali o somme eventualmente pagate dal consumatore a titolo di costi *upfront*.

Radicalmente diverso è il fondamento dei due rimedi a vantaggio dei consumatori sanciti, rispettivamente, dall'art. 125-bis e dall'art. 125-ter: l'uno, la nullità, introdotto dal diritto nazionale in sede di attuazione della direttiva; l'altro, il recesso, previsto direttamente dalla fonte comunitaria<sup>16</sup>. Nel primo caso si tratta di reagire alla grave violazione, da parte del finanziatore, di obblighi di informazione destinati a riversarsi nel contenuto essenziale del contratto attraverso l'introduzione di una “sanzione” di tipo privatistico apprezzabile anche sul piano del regime restitutorio; nel secondo, si consente

<sup>13</sup> All'indomani del recepimento della Direttiva 2008/46/UE, DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, cit., 1052, aveva tratto dalla formulazione dell'art. 125-bis 8° comma la conclusione che fosse preclusa al finanziatore la possibilità di pretendere dal consumatore il pagamento di interessi sulle somme percepite in esecuzione di un contratto rivelatosi nullo. La tesi è ripresa da MAUGERI e VERSACI, *Credito al consumo*, cit., 20.

<sup>14</sup> La disposizione è destinata a rimanere invariata anche dopo l'attuazione della Direttiva UE 2023/2225 (v. l'art. 26 5° comma b) e lo schema di decreto legislativo recante recepimento della direttiva (UE) 2023 /2225, che non reca alcun cambiamento alla lett. b) del 2° comma dell'art. 125-ter).

<sup>15</sup> Effettuando una scelta sistematicamente incoerente, di tale facoltà non si è avvalso il legislatore italiano (sul punto, si vedano le condivisibili osservazioni critiche di DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, cit., 10).

<sup>16</sup> Per un inquadramento generale del tema, v. BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir. – Annali*, IV, Giuffrè, 2011, 956 ss.; sul recesso-*ius poenitendi* del consumatore, v. DALMARTELLO, *La tutela del consumatore quale strumento di regolazione del mercato. Il caso del recesso (ius poenitendi)*, in *Accademia*, 2023, 713 ss.

di esercitare un diritto volto a presidiare la piena consapevolezza dell'operazione negoziale in un primo momento acconsentita dal consumatore, laddove nessuna inosservanza o inadempienza informativa ritenuta di minore entità sia da imputare al professionista.

Tenuto conto della profonda diversità del fondamento dei due regimi restitutori, si **comprende perché solo l'art. 125-bis 9°** comma consenta la facoltà di rateizzare la restituzione della somma capitale e alleggerisca gli obblighi restitutori incombenti sul consumatore. In questa ipotesi, la facoltà di chiedere la ripetizione degli interessi è **controbilanciata dall'obbligo** di corrispondere quelli pattuiti e maturati prima **dell'esercizio del recesso, qualora l'esecuzione del credito al consumo sia iniziata in pendenza dell'esercizio del diritto di cui all'art. 125-ter.**

Resta da chiarire, a questo punto, se, nel caso di omissioni informative imputabili al professionista, il regime previsto dall'art. 125-ter 2° comma lett. b) TUB sia del tutto coerente con la funzione del diritto di recesso: un profilo problematico cui sarà dedicata un'apposita analisi nel prosieguo di questa indagine<sup>17</sup>.

Per il momento, preme sottolineare l'impronta dissuasiva e sanzionatoria che connota il regime di cui all'art. 125-bis TUB.

**4.** A sollevare il dibattito più acceso intorno al problema delle restituzioni conseguenti alla nullità dei contratti di credito ai consumatori sono stati casi concernenti **l'applicazione della disciplina delle clausole abusive (artt. 33 ss. cod. cons.).** Qui la conservazione del contratto e la non vincolatività della sola clausola dichiarata vessatoria costituiscono i capisaldi del regime introdotto dalla direttiva 93/13/CE (art. 6), con conseguente disapplicazione, per il diritto italiano, del test che rimanda alla **ricostruzione dell'ipotetica volontà delle parti previsto dall'art. 1419 c.c.** La regola della nullità parziale necessaria, però, si fonda sul presupposto che il contratto possa sussistere senza le clausole abusive: circostanza che vacilla quando la nullità colpisce **l'oggetto principale del contratto o l'equilibrio fra prezzo e remunerazione, ovvero quegli** elementi normalmente lasciati fuori dal giudizio di abusività, ma destinati a esservi inclusi se la loro formulazione non si presenta chiara né comprensibile (art. 4 direttiva 93/13/CE).

**Proprio l'art. 4 della direttiva, rimasto per anni lettera morta, ha trovato il campo** di applicazione elettivo – ancorché non esclusivo<sup>18</sup> – nella giurisprudenza della Corte di Giustizia concernente la saga dei mutui immobiliari indicizzati alla valuta estera<sup>19</sup>. Si tratta di una pratica negoziale che la Direttiva 2014/17/UE intende arginare richiedendo agli Stati membri di predisporre un quadro normativo «adeguato» dei prestiti in valuta estera (art. 23): tale, cioè, da assicurare, al momento della conclusione del contratto, il diritto del consumatore di convertire il contratto in una valuta diversa, e a determinate

<sup>17</sup> Cfr. *infra*, § 7.

<sup>18</sup> V., per quanto riguarda la (possibile) nullità totale del contratto fra avvocato e cliente in ragione dell'abusiva fissazione del prezzo di servizi legali, C. Giust., 12 gennaio 2023, C-395/2, D. V.

<sup>19</sup> Sul tema, a titolo esemplificativo, D'AMICO, *La Corte di Giustizia e la vicenda ungherese dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *I Contratti*, 2020, 5 ss.; DALMARTELLO, *Appunti sulla distribuzione di mutui indicizzati a una valuta estera*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 279 ss.; CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. comm.*, 2016, 352 ss.; MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischio di cambio e di tasso e valore nella componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 191 ss.; AZZARRI, *I prestiti in valuta estera nella direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *ODCC*, 2015, 187 ss.

condizioni (lett. a), oppure la presenza di altri meccanismi volti a limitare il rischio di cambio a cui il consumatore è esposto in forza del contratto (lett. b)<sup>20</sup>. **D'altra parte, tale** previsione è intervenuta quando già era dilagata, a cavallo degli anni Dieci di questo secolo, la crisi finanziaria ed economica, il cui epicentro è stato proprio il mercato del credito, successivamente scosso anche da altre congiunture storiche negative capaci di incidere negativamente sulla solvibilità dei debitori<sup>21</sup>. È altrettanto risaputo che sia stato questo sfondo macroeconomico a spiegare la rivitalizzazione, nel settore del credito, del controllo di abusività delle clausole suscettibili di determinare rischi di insolvenza o di peggiorarne le conseguenze; e che **la Corte di Giustizia dell'Unione sia stata chiamata a** coprire un vuoto di tutela dei debitori ravvisabile sia sul piano della disciplina nazionale sia su quello della regolamentazione comunitaria.

Non stupisce, dunque, che le menzionate clausole di indicizzazione siano state fra quelle più intensamente scrutinate sotto la lente della Direttiva 93/13/CEE e, in particolare, sotto il profilo del carattere non chiaro e intrasparente della loro formulazione<sup>22</sup>. **Così, la dichiarazione di abusività di clausole concernenti l'oggetto principale del contratto, mettendo in discussione l'assioma della nullità parziale necessaria, ha sollevato il problema delle conseguenze restitutorie dell'inefficacia totale** del contratto: un problema non affrontato, per ovvie ragioni, dalla direttiva, né, in sede di attuazione, dal codice del consumo. Si noti che la stessa Corte di Giustizia considera la nullità totale come la soluzione applicabile solo quando il consumatore sia stato debitamente informato ed interpellato ed abbia optato per la dichiarazione di abusività, pur consapevole delle conseguenze che ne derivano; a fronte del realizzarsi di tale scenario, la Corte suggerisce ai giudici nazionali di rinvenire misure tese a scongiurare possibili pregiudizi che al consumatore deriverebbero dalla nullità totale<sup>23</sup>.

Nel silenzio della legge, si pone il problema di come ricostruire il regime **restitutorio: in particolare, si prospetta l'alternativa fra l'applicazione dell'art. 2033 c.c.** (con la conseguenza che ciascuna parte sarebbe tenuta a restituire quanto ha ottenuto in **esecuzione del contratto, fatta salva, semmai, la necessità di evitare l'arricchimento ingiustificato di chi ha goduto della disponibilità del capitale durante l'esecuzione del contratto**<sup>24</sup>); oppure la ricostruzione di una diversa disciplina di favore nei confronti del mutuatario consumatore.

<sup>20</sup> V., a tal riguardo, l'art. 120-*quaterdecies* TUB.

<sup>21</sup> Basti considerare gli effetti della pandemia Covid-19 sulla stabilità economia e sulla solvibilità delle imprese e dei consumatori, nonché le conseguenze della crisi energetica europea sui consumi e sui costi. Sul tema v. CESARINI e BECALLI (a cura di), *Il sistema finanziario europeo nella prospettiva post-Covid*, Il Mulino, 2022.

<sup>22</sup> Il vaglio della Corte di Giustizia – **stavolta attraverso i criteri dell'equivalenza e dell'effettività** – si è esteso altresì al *dies a quo* della prescrizione delle azioni contrattuali: fra le più recenti, C. Giust., 14 dicembre 2023, C-28/22, *TL and WE v Liquidator of Getin Noble Bank S.A.*, con commento di BARGELLI, *Prescrizione, asimmetria delle restituzioni nei mutui indicizzati e principio di effettività nel diritto privato europeo*, in *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, 2024, 447 ss.

<sup>23</sup> **L'affermazione è ricorrente: C. Giust., 25 novembre 2020 C-269/19, Banca B. SA**, § 42; C. Giust., 31 marzo 2022, C-572/20 *Lombard Pénzügyi*, par. 56. Sul tema v. PAGLIANTINI, *Trent'anni di direttiva 93/13, postvessorietà restitutoria ed il ruolo di un'interpretazione conforme a tutto tondo*, in *Accademia*, 2023, 11 ss.; IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giust. civ.*, 2020, 713 ss.

<sup>24</sup> Cfr. *retro*, § 1.

A questo interrogativo la Corte di Giustizia ha offerto una risposta nel secondo **senso in occasione di una nota decisione del 2023 (“Millenium”)**<sup>25</sup> concernente un mutuo ipotecario in moneta polacca e indicizzato al franco svizzero: ove ha stabilito che sia incompatibile con gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE una regola nazionale secondo la quale il finanziatore avrebbe il diritto di chiedere al consumatore il rimborso di somme diverse dal capitale versato per l'esecuzione del contratto e dagli interessi di mora al tasso legale a decorrere dalla data della diffida. Con questo dispositivo, la Corte di Giustizia ha chiarito che gli obblighi restitutori incombenti sul professionista e sul consumatore debbano sì essere bilaterali - avendo a oggetto il *tantundem* che ciascuna parte ha ricevuto in esecuzione del contratto (al netto della disapplicazione del tasso di cambio) - , ma non perfettamente simmetrici. Per il professionista, infatti, gli obblighi restitutori hanno a oggetto le rate percepite - inclusi gli interessi convenzionali - e tutte le spese imposte; per il consumatore, la sola somma presa a mutuo (detratte le rate già versate), oltre agli interessi di mora al tasso legale a decorrere dalla domanda di pagamento. **Al professionista, quindi, è preclusa l'azione diretta a ottenere l'equivalente monetario dei servizi bancari erogati e del godimento della somma trasferita al mutuatario – e poi riottenuta sotto forma di *tantundem* – durante il periodo di esecuzione del contratto; né, a maggior ragione, egli potrà ottenere la reversione degli eventuali, ulteriori benefici percepiti dal consumatore in virtù dell'esecuzione del contratto. Sarebbe, invece, euroconforme - sempre secondo la Corte di Giustizia - un'eventuale disciplina nazionale che consentisse la restituzione dei profitti conseguiti dal professionista avvalendosi della clausola abusiva durante il periodo in cui il finanziamento ha avuto esecuzione**<sup>26</sup>.

**L'affermazione è importante non soltanto perché, attraverso l'interpretazione conforme del diritto nazionale, definisce il regime restitutorio conseguente alla nullità totale di un contratto di credito derivante dalla dichiarazione di abusività di una clausola essenziale e sancisce l'inapplicabilità della soluzione offerta dal regime della ripetizione dell'indebitto. La dottrina della Corte di Giustizia è altresì fondamentale per ricostruire il regime restitutorio delle nullità per le quali non si prevede una disciplina *ad hoc*, sollevando l'interrogativo se essa abbia un'applicazione limitata alle conseguenze della dichiarazione di abusività oppure contenga un principio di disciplina capace di travalicare il perimetro del codice del consumo.**

Per affrontare questo interrogativo, è necessario soffermarsi sulla *ratio* della non vincolatività delle clausole abusive e sugli argomenti sviluppati nella decisione “*Millenium*”.

**5.** Gli argomenti che, in caso di accertamento di abusività di una clausola essenziale, hanno consentito di edificare una regola restitutoria asimmetrica nei contratti di credito fra professionisti e consumatori si basano sul consolidato armamentario concettuale del diritto europeo calato dentro la logica della Direttiva 93/13/CEE. La via indicata dalla Corte di Giustizia, infatti, va letta attraverso la lente **della dottrina degli effetti indiretti del diritto dell'Unione sul diritto nazionale**<sup>27</sup>: ovvero di quel modello argomentativo che consente di piegare il diritto interno agli obiettivi

<sup>25</sup> C. Giust., 15 giugno 2023, C-520/21, cit.

<sup>26</sup> C. Giust., 15 giugno 2023, C-520/21, cit.; C. Giust., 31 marzo 2022, C-472/20, cit.

<sup>27</sup> Si assume una nozione ampia di effetto indiretto, sulla quale si rinvia a BARGELLI, *Contratto e fonti europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 671 ss., spec. 677.

della legislazione secondaria dell'Unione pur in ambiti apparentemente esterni al suo perimetro<sup>28</sup>. Tale modello include il test di equivalenza e di effettività e si avvale altresì dell'interpretazione conforme alla fonte europea: interpretazione che viene applicata al diritto nazionale chiamato a riempire le lacune lasciate dalla direttiva, pur attuata<sup>29</sup>, e che consente di imprimere una torsione funzionalistica alle regole privatistiche domestiche.

Nella vicenda dei mutui indicizzati alla valuta straniera, la Corte di Giustizia, utilizzando lo strumento dell'interpretazione conforme, si avvale dell'art. 6 della direttiva 93/13/CEE per affermare

**l'irripetibilità dell'equivalente dei benefici conseguiti dal debitore durante l'esecuzione del mutuo<sup>30</sup>: una regola restitutoria contraria – argomenta la Corte – rischierebbe di depotenziare l'effetto dissuasivo che la direttiva 93/13/CEE riconnette al rimedio privatistico (la non vincolatività della clausola abusiva e la rilevabilità d'ufficio dell'abusività). L'irripetibilità viene ulteriormente corroborata dal principio generale - fatto proprio dall'Unione Europea<sup>31</sup> - *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*<sup>32</sup>. All'obiettivo dissuasivo, dunque, non è soltanto piegata la disciplina sostanziale e processuale della nullità, ma è conformato, più a valle, anche il regime delle restituzioni<sup>33</sup>: così, oltre a riportare il consumatore – ma non necessariamente, si noti, il professionista - nella situazione in cui sarebbe stato se la clausola vessatoria non fosse stata inserita nel contratto<sup>34</sup>, le regole che presiedono alle conseguenze della dichiarazione di abusività sono chiamate a garantire l'effettività del rimedio incardinato nella fonte europea<sup>35</sup>.**

Il modello argomentativo sviluppato dalla Corte di Giustizia si incardina sul mandato che l'art. 7 della direttiva 93/13/CEE conferisce agli Stati Membri, là dove chiede loro di fornire *mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori*. Tale fine – cui sono diretti, come si è detto, l'accertamento dell'abusività delle clausole e la loro non

<sup>28</sup> C. Giust., 15 giugno 2023, cit., par. 64: “la direttiva 93/13 non disciplina espressamente le conseguenze derivanti dall'invalidità di un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore dopo l'eliminazione delle clausole abusive in esso contenute, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 44 delle sue conclusioni. Pertanto, spetta agli Stati membri determinare le conseguenze”. Sul ruolo dell'interpretazione conforme del giudice nazionale aveva già insistito la decisione *Kásler* (C. Giust., 30 aprile 2014, C-26/13, *Kásler*).

<sup>29</sup> Per una ricognizione degli effetti non diretti delle fonti dell'Unione sui diritti nazionali [CRAIG](#) e [DE BÚRCA](#), *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2024, 213 ss.

<sup>30</sup> C. Giust., 15 giugno 2023, cit.

<sup>31</sup> V., per una ricognizione, SIEBURGH, *Principles in Private Law: From Luxury to Necessity. Multi-layered Legal Systems and the Generative Force of Principles*, in *European Review of Private Law*, 2012, 295 ss.

<sup>32</sup> C. Giust., 15 giugno, cit., para. 81.

<sup>33</sup> C. Giust., 16 marzo 2023, C-6/22, *M.B., U.B., M.B.*

<sup>34</sup> *Fil rouge della giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'affrontare le questioni della sostituzione delle clausole abusive e delle restituzioni conseguenti alla dichiarazione di abusività*: C. Giust., 30 aprile 2014, cit.; C. Giust., 21 dicembre 2016, Cause riunite C-154/15, C-307/15EC-308/15, *Gutiérrez Naranjo ed altri*, su cui v. ORG-DIMITRIU, *Limitation by National Court of the temporal Effects of Finding of the Nullity of the Threshold Clauses or of the Trojan Horse that did not Enter the Fortress: Gutiérrez Naranjo*, in *Perspectives of Law and Public Administration*, 2020, 9, 235 ss.; C. Giust., 14 marzo 2019, C-118/17, *Z. D.*; C. Giust., 2 settembre 2021, C-932/19, *Zsuzsanna Dunai*.

<sup>35</sup> **Obiettivo sempre sotteso all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva 93/13 portata avanti dalla Corte di Giustizia**: v., ad esempio, C. Giust., 14 giugno 2012, cit.; C. Giust., 25 novembre 2020, C-269/20, *Banca B. SA*, 9, par. 39.

vincolatività - è stato rafforzato da successivi interventi dell'Unione Europea, diretti ad arricchire l'*enforcement* privatistico (azionato individualmente o collettivamente) con azioni "rappresentative"<sup>36</sup> e con sanzioni<sup>37</sup>.

Questi più recenti pezzi di legislazione secondaria hanno reso ancor più esplicita la funzionalizzazione della disciplina delle clausole abusive al perseguimento dell'interesse pubblico a un mercato concorrenziale e spingono a leggere anche il rimedio contrattuale - con le connesse conseguenze - in una dimensione dissuasiva<sup>38</sup>. **Rileva, in quest'ultima prospettiva, che, nel caso all'origine del pronunciamento della Corte di Giustizia, le clausole di conversione erano state già vietate dai giudici polacchi e iscritte in un apposito registro, cosicché il professionista non poteva ritenersi ignaro del loro carattere abusivo. L'uso reiterato di clausole contrattuali definitivamente dichiarate abusive costituisce, infatti, una delle situazioni che richiede l'irrogazione di sanzioni secondo il nuovo art. 8-ter della direttiva 93/13/CE.**

**6.** La decisione *Millenium* non si ferma a definire l'assetto restitutorio incompatibile con gli artt. 6 e 7 della direttiva sulle clausole abusive, ma chiarisce altresì quali ulteriori tutele eventualmente previste dal diritto nazionale sono da essa ammesse. Alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente non stupisce, dunque, che la Corte di Giustizia abbia considerato legittima un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale "secondo la quale il consumatore ha il diritto di chiedere all'istituto di credito una compensazione che vada oltre il rimborso delle rate mensili versate e delle spese pagate per l'esecuzione di tale contratto, nonché il pagamento degli interessi di mora al tasso legale a decorrere dalla domanda di pagamento, purché gli obiettivi della direttiva 93/13 e il principio di proporzionalità siano rispettati". Sarebbe, quindi, compatibile con gli artt. 6 e 7 della direttiva – ma non da questi imposta - un'eventuale regola nazionale volta ad attribuire al consumatore la facoltà di pretendere la reversione dei profitti realizzati dal professionista avvalendosi della clausola abusiva durante il periodo in cui il mutuo ha avuto esecuzione.

La questione – sollevata da una corte polacca – è destinata a rifrangersi nei diritti nazionali, non tenuti ma indirettamente spinti ad adottare, dove possibile, interpretazioni delle regole nazionali applicabili che siano in linea con l'effetto dissuasivo della nullità totale del contratto. Se un tale risultato sia attualmente compatibile con il diritto italiano è questione che non può essere sviscerata in questa sede<sup>39</sup>: ciò che, invece, la disciplina della ripetizione dell'indebito consente al consumatore è di chiedere gli interessi legali maturati sulle somme indebitamente versate al finanziatore a titolo di interessi e di costi del credito fin dal momento del pagamento. Infatti, come si è anticipato nell'introduzione, l'esenzione dalla restituzione del beneficio conseguito in ragione del godimento di una somma di denaro indebitamente ricevuta (sotto forma di interessi legali decorrenti dal pagamento) è consentita nel caso in cui sussista il rischio dell'imposizione di un arricchimento nei confronti dell'*accipiens*: rischio che deve

<sup>36</sup> Direttiva 2020/1828, attuata con gli artt. 140-*bis* ss. cod. cons.

<sup>37</sup> Direttiva 2019/2161, che ha aggiunto l'art. 8-*ter* alla Direttiva 93/13/CEE. V. art. 37-*bis* cod. cons.

<sup>38</sup> Sulla funzione 'punitiva' della nullità delle clausole abusive v., ora, IAMICELI, *The 'Punitive Nullity' of Unfair Terms in Consumer Contracts and the Role of National Courts: A Principle-Based Analysis*, in *EuCLM* 2023, 142 ss.

<sup>39</sup> BARGELLI, *Invaldità del contratto e restituzioni nelle intersezioni fra le fonti del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 581 ss.

considerarsi insussistente sia quando *l'accipiens* è in mala fede - come prevede **testualmente l'art. 2033 c.c.** - sia quando il pagamento è frutto di uno scambio reciproco eseguito in base a un accordo, ancorché rivelatosi non vincolante<sup>40</sup>. Non vi è dubbio, dunque, che gli interessi legali siano dovuti dal professionista – e solo da lui - fin dal momento del pagamento delle somme da parte del consumatore: e ciò sia in quanto i pagamenti sono stati da lui ricevuti in esecuzione di un accordo, sia in quanto, nel caso **di specie, l'abusività delle clausole era stata già acclarata e la banca non poteva considerarsi ignara di tale circostanza.**

Serve alla funzione dissuasiva del rimedio della non vincolatività della clausola abusiva, in conclusione, che sia rimosso ogni arricchimento conseguito dal professionista e che, invece, sia consentito al consumatore di trattenere qualche vantaggio: sottoforma di godimento senza interessi della somma presa a mutuo durante il tempo in cui il contratto ha avuto esecuzione, combinato con il diritto alla ripetizione del corrispettivo periodico pattuito e già versato e delle spese sostenute per la conclusione del contratto, oltre che degli interessi legali maturati dal momento di tali pagamenti.

**7.** Mettendo a confronto il regime restitutorio conseguente alla nullità del contratto di credito al consumo per omissione di informazioni essenziali introdotto dal diritto nazionale (art. 125-*bis* 9° comma) e quello che la Corte di Giustizia ha ricostruito – **affidandone l'attuazione ai giudici nazionali - nell'ipotesi della nullità totale di un mutuo ipotecario** derivante dalla dichiarazione di abusività della clausola di indicizzazione, si possono ravvisare sostanziali similitudini.

In entrambe le situazioni la nullità è imputabile al professionista: per avere omesso **di inserire nel contratto informazioni essenziali nell'un caso, per avere inserito clausole vietate in ragione della già conclamata vessatorietà nell'altro. In entrambe il professionista ha contravvenuto a una regola di condotta a tutela, insieme, del consumatore e del mercato del credito. In entrambe l'asimmetria delle restituzioni svolge una finalità dissuasiva destinata a rafforzare quella riconnessa al rimedio primario (la nullità totale).**

**Questa convergenza induce a negare che l'asimmetria restitutoria nel comparto della nullità totale del mutuo per abusività di clausole concernenti l'oggetto principale del contratto rappresenti una soluzione del tutto inedita nella regolamentazione del credito ai consumatori o estranea alla logica del corpo di legislazione secondaria applicabile<sup>41</sup>. Essa permette di ipotizzare, invece, che l'esenzione dal pagamento del valore di godimento del denaro messo a disposizione del mutuatario non abbia carattere eccezionale; che, al contrario, costituisca un frammento di diritto privato europeo dall'applicazione generalizzabile, nel silenzio della legge, in tutti i casi in cui la nullità totale dei contratti di credito fra professionisti e consumatori sia prevista a presidio dell'osservanza delle disposizioni nazionali di attuazione delle fonti europee<sup>42</sup>: onde**

<sup>40</sup> Cfr. *retro*, § 1.

<sup>41</sup> Diversamente, GRUNDMANN e BADENHOOP, *Foreign Currency Loans and the Foundations of European Contract Law – A Case for Financial and Contractual Crisis?*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2023, 1 ss. **ritengono che le principali fonti del diritto europeo in materia di restituzione mirerebbero all'equità e al rispetto delle aspettative legittime, limitandosi a porre rimedio alle carenze del mercato, senza perseguire scopi sanzionatori o redistributivi.**

<sup>42</sup> **Propone di "valorizzare, quale corollario del paradigma dell'operatività a vantaggio della nullità, il disposto (non più eccezionale nel contesto regolatorio) dell'art. 125-*bis*, comma 9, t.u.b."** DALMARTELLO, *Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla *condictio indebiti* di protezione*, in *Riv. dir. bancario* 2023, 97.

scongiurare il rischio che le conseguenze svantaggiose dell'esercizio del rimedio scoraggino il consumatore dall'avvalersene.

Affinché si applichi l'esenzione restitutoria sopra menzionata, occorre, s'intende, che la nullità del contratto sia imputabile al professionista (per avere violato prescrizioni o divieti); che la nullità sia radicata su ragioni di ordine pubblico economico e che svolga la funzione di dissuadere i professionisti dal contravvenire a regole di condotta fondamentali nei rapporti con i consumatori; che l'attribuzione al professionista di un diritto alla ripetizione simmetrico a quello riconosciuto al consumatore (e diretto a riportare solo quest'ultimo nello *status quo ante*)<sup>43</sup> metta in scacco il funzionamento della prescrizione o del divieto cui il primo è tenuto a sottostare e riduca la funzione dissuasiva attribuita alla nullità<sup>44</sup>.

Non vi è dubbio, dunque, che il difetto della forma scritta prescritta, nel credito al consumo, dall'art. 125-bis 1° comma e sanzionata con la nullità dall'art. 117 3° comma<sup>45</sup> comporti, per il finanziato, l'esenzione dall'obbligo di pagamento degli interessi sulla somma indebitamente ricevuta durante lo svolgimento del rapporto di credito: una soluzione che si impone addirittura *a fortiori* rispetto alla nullità comminata dall'art. 125-bis 8° comma, mancando in assoluto il supporto destinato a contenere le informazioni<sup>46</sup>. Una soluzione analoga è sostenibile nel parallelo settore del credito immobiliare ai consumatori, nell'ipotesi in cui il contratto non sia stato redatto per iscritto: la nullità totale (comminata dal 3° comma dell'art. 117 3° comma, richiamato *in toto* dall'art. 120-noviesdecies) svolge anche qui il ruolo analogo alla "sanzione" ai sensi dell'art. 38 della Direttiva mutui ed è diretta a garantire l'osservanza del formalismo protettivo da essa previsto<sup>47</sup>. Analoga soluzione si dovrebbe applicare nelle ipotesi di nullità non testuale, se ricorrono le condizioni prima elencate: e, quindi, per esempio, là dove si ritenesse che comporti la nullità la conclusione del mutuo non preceduta dalla necessaria verifica del merito creditizio da parte del professionista<sup>48</sup>.

Il regime restitutorio così congegnato preclude, evidentemente, la rimozione dell'arricchimento prodottosi in capo al consumatore, comportando il rischio di

<sup>43</sup> La necessità del ripristino dello *status quo ante* della sfera del consumatore ha indotto la Corte di Giustizia a *consentire* (non ad imporre) al diritto nazionale "che il professionista non percepisca alcun compenso per i suoi servizi" in un caso di nullità totale di un contratto concernente servizi legali; solo nella consapevolezza che "l'invalidazione del contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente dannose", a maggior tutela del consumatore la Corte di Giustizia ammette la sostituzione della clausola abusiva con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva: v. C. Giust., 12 gennaio 2023, cit.

<sup>44</sup> Al di fuori del settore dei finanziamenti ai consumatori, questa chiave di lettura può essere utilizzata per comprendere la *ratio* della posizione assunta dalla Corte di Cassazione nell'ipotesi – ricadente nel TUF - della nullità per difetto di forma dei contratti di investimento in bond argentini: dove l'asimmetria fra gli obblighi restitutori è discutibilmente perseguita attribuendo ai clienti la facoltà di selezionare gli investimenti - ritenendo quelli fruttuosi e restituendo quelli pregiudizievoli – con il limite dell'*exceptio bonae fidei*: v. Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314.

<sup>45</sup> Per un'analisi puntuale delle varie questioni connesse alla forma *vestimentum* e contenuto, in sede di attuazione della Direttiva 2008/48/CE, v. l'analisi di MAUGERI e PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Giuffrè, 2013, 23 ss.

<sup>46</sup> La questione era stata affrontata dal Collegio di Coordinamento ABF (decisione del 12 settembre 2012 n. 3257) a proposito della nullità per mancanza di forma scritta di un credito *revolving* in un caso cui era inapplicabile l'art. 125-bis TUB in virtù del principio *tempus regit actum*.

<sup>47</sup> Art. 14 3° comma: "Gli Stati membri garantiscono che quando al consumatore è proposta un'offerta vincolante per il creditore, tale offerta sia fornita su supporto cartaceo o su altro supporto durevole".

<sup>48</sup> Ritengono applicabile l'art. 125-bis 9° comma alle conseguenze della nullità eventualmente derivante dalla grave inosservanza dell'obbligo di valutazione creditizia MAUGERI e VERSACI, op. cit., 11.

incoraggiare comportamenti abusivi: rischio, che, tuttavia, la Corte di Giustizia ha rintuzzato<sup>49</sup>, o, al più, chiesto ai giudici nazionali di temperare attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità<sup>50</sup>.

**8.** Le conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente, nel rafforzare le **considerazioni già svolte a proposito del regime restitutorio previsto dall'art. 125-bis 9° comma**, permettono di orientarsi nella ricerca della soluzione più confacente al diverso caso in cui il professionista non abbia consegnato copia del contratto o non abbia provveduto a fornire quelle informazioni – **cui fa rinvio l'articolo 125-bis 1° comma TUB**<sup>51</sup> – non ritenute essenziali dal legislatore interno al punto da fondare la nullità del **contratto ai sensi del comma 8°**. Com'è noto, tali inosservanze comportano il **posticipo del *dies a quo* ai fini del calcolo dei quattordici giorni entro i quali il diritto di recesso può essere esercitato (art. 125-ter 1° comma TUB): *dies a quo* che coincide con il momento in cui il consumatore riceve tutte le condizioni e le informazioni previste ai sensi dell'articolo 125-bis.**

**Nella sua formulazione attuale, l'art. 125-ter 2° comma lett. b) continua a imporre al consumatore che esercita il diritto di recesso di restituire il capitale e di pagare gli interessi contrattuali maturati fino al momento della restituzione senza distinguere fra l'ipotesi in cui il professionista abbia regolarmente fornito tutte le informazioni dovute oppure le abbia omesse**<sup>52</sup>. **L'occasione di precisare il regime restitutorio applicabile in caso di violazione degli obblighi informativi non è stata colta in sede di attuazione della nuova direttiva sul credito al consumo, visto che il già citato decreto legislativo n. 212 del 2025 ha lasciato invariata la formulazione della lett. b) del 2° comma dell'art. 125-bis.** Eppure, sarebbe stato perfettamente compatibile con la direttiva 2008/46/CE – e, ora, con quella nuova - esentare il consumatore dalla ripetizione degli interessi pagati *medio tempore* in caso di violazione degli obblighi informativi: una tale previsione avrebbe **inverato una “sanzione” riconducibile, prima, all'art. 23 della direttiva 2008/46/CE e, ora, all'art. 44 della direttiva 2023/2225, purché proporzionata alla gravità dell'inadempienza**<sup>53</sup>.

Che, tuttavia, si applichi un regime restitutorio identico nel caso in cui tutte le **prescrizioni racchiuse nell'art. 125-bis** siano state osservate e in quello in cui siano state **omesse appare scarsamente coerente con la garanzia dell'effettività degli obiettivi della direttiva**. Infatti, se il consumatore fosse tenuto ad osservare gli stessi obblighi anche quando non avesse ricevuto **“le condizioni e le informazioni” dovute, il professionista non subirebbe alcun sostanziale svantaggio per effetto delle sue inadempienze: stante il posticipo del termine per l'esercizio del recesso, il finanziatore potrebbe godere del prolungamento dell'esecuzione del contratto e della conseguente produzione degli**

<sup>49</sup> CGUE, 9 settembre 2021, cause riunite C-33/20, C-155/20 e C-187/20, in *Pactum*, 2022, 292, con commento di BACCIARDI, *Usi e abusi del diritto di ripensamento*.

<sup>50</sup> CGUE, 15 giugno 2023, cit., n. 85.

<sup>51</sup> Ovvero, **“le informazioni e le condizioni stabilite dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR”**.

<sup>52</sup> L'art. 125-ter riproduce l'art. 14 della Direttiva 2008/48/CE, senza avvalersi della facoltà di sospendere l'esecuzione del contratto durante la pendenza del recesso. La norma è sostanzialmente riprodotta nell'art. 14 Direttiva 2023/2225/UE.

<sup>53</sup> L'Avv. Generale Hogan (Conclusioni cause riunite C-33/20, C-155/20 e C-187/20) sottolinea che gli Stati Membri hanno la facoltà di prevedere che **“dall'assenza di talune informazioni obbligatorie nel contratto di credito possa derivare il venir meno degli interessi debitori”**.

interessi pattuiti, che resterebbero irreversibilmente dovuti pur se il consumatore, a un certo punto, comunicasse la volontà di recedere<sup>54</sup>.

Un tale regime, già criticabile per tutte le omissioni informative in violazione **dell'art. 125-bis 1° comma, appare particolarmente insoddisfacente nell'ipotesi in cui la mancata informazione abbia a oggetto lo stesso diritto di recesso<sup>55</sup>. Quest'ultima omissione, infatti, è ritenuta più grave delle altre dalla stessa Direttiva UE 2023/2225: la quale fa comunque spirare il termine per l'esercizio del recesso dopo dodici mesi e quattordici giorni dalla conclusione del contratto di credito se non sono state fornite le condizioni contrattuali e le informazioni dovute, mentre lo permette in ogni tempo se il consumatore non è stato reso edotto del diritto di recesso<sup>56</sup>. La previsione della direttiva è stata trasfusa letteralmente, ora, nell'art. 125-bis nei commi 1-bis e 1-ter, i quali dispongono, rispettivamente, che “Qualora il consumatore non abbia ricevuto le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'articolo 125-bis, comma 1, il periodo di recesso scade in ogni caso dodici mesi e quattordici giorni dopo la conclusione del contratto di credito” e che “Il comma 1-bis non si applica se il consumatore non è stato informato dell'esistenza del diritto di recesso e dei termini e delle condizioni per esercitarlo in conformità a quanto previsto ai sensi dell'articolo 125-bis, comma 1”.**

Si aggiunga che la qualificazione della mancata informazione sul diritto di recesso quale inadempienza particolarmente grave trova conferma anche in altri comparti del **diritto dei consumatori, pur nella loro eterogeneità e nell'impossibilità automatismi estensivi dall'uno all'altro. Esempio è il caso del recesso dai contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali (Direttiva CE 2011/83 sui diritti dei consumatori), dove tale omissione determina l'irresponsabilità del consumatore per la diminuzione del valore del bene da lui utilizzato dopo la consegna: una conseguenza che, secondo la Corte di Giustizia si applica anche nell'ipotesi in cui chi esercita il recesso abbia usufruito di un servizio<sup>57</sup>. Ancora, nel settore dei servizi finanziari a distanza, il legislatore europeo richiede espressamente di subordinare l'inizio dell'esecuzione al consenso informato del consumatore, il quale non può altrimenti essere tenuto a pagare alcun corrispettivo per le prestazioni ricevute: con ciò mostrando di considerare l'esecuzione in pendenza del**

<sup>54</sup> Un'analogia critica è rivolta alla legge di conversione da DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori*, cit., 1055.

<sup>55</sup> Nelle Conclusioni citate *retro*, nota 53, l'Avv. Generale Hogan raccomanda ai legislatori nazionali di **proporzionare il venire meno degli interessi debitori alla gravità dell'omissione informativa: v.**, in particolare, n. 123 ss.

<sup>56</sup> La Direttiva 2023/2225 distingue fra i due tipi di omissione informativa (v. art. 26 2° comma) e impone che il recesso debba in ogni caso essere fatto valere entro 12 mesi e 14 giorni dopo la conclusione del contratto di credito se il consumatore non ha ricevuto le condizioni contrattuali e le informazioni di cui alla presente direttiva, ma possa essere esercitato anche oltre tale limite temporale se non è stato informato del suo diritto di recesso. La direttiva non precisa se il recesso possa essere fatto valere anche dopo che il contratto sia stato **bilateralmente eseguito: che questa circostanza rappresenti un limite invalicabile per l'esercizio del recesso previsto nel settore del credito al consumo lo aveva affermato l'Avv. Generale Hogan nelle Conclusioni citate *retro*, nota 53.**

<sup>57</sup> V. art. 14 2° comma, seconda proposizione. Si aggiunga che la Corte di Giustizia, nella decisione 17 maggio 2023, C-97/22, *DC c. HJ*, ha stabilito che il consumatore è esonerato dal pagare le prestazioni (nella specie: la ristrutturazione di un impianto elettrico) fornite in esecuzione di un contratto negoziato fuori dei locali commerciali, qualora il professionista non lo abbia informato del suo diritto di recesso. Per un commento critico v., tuttavia, DALMARTELLO, *Il recesso del consumatore come rimedio nel canone della Corte di giustizia UE tra regolazione del mercato e “opportunità” della parte protetta*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*. Luglio 2023, 1 ss.

recesso – quando le prestazioni sono irripetibili in natura - come un mezzo capace di depotenziare la tutela del consumatore se quest'ultimo non è informato del suo diritto<sup>58</sup>.

Considerata l'importanza che la nuova direttiva sul credito al consumo assegna all'informazione sul diritto di recesso e la centralità che questo diritto riveste quale caposaldo del modello di *access justice* accolto dalla Direttiva 2008/48/CE, è lecito dubitare che, nel caso di cui tale obbligo informativo sia violato, l'assenza di un regime restitutorio dissuasivo nel diritto nazionale sia compatibile con l'esigenza di garantire l'effettività del recesso. Ulteriori argomenti a favore di questa conclusione si traggono dalla giurisprudenza Corte di Giustizia, la quale, come si è visto nei paragrafi precedenti<sup>59</sup>, mostra di considerare il regime delle restituzioni come un coerente *pendent del rimedio caducatorio che ne costituisce l'antecedente*.

In presenza di una tale omissione, sarebbe piuttosto in linea con l'esigenza di garantire l'effettività del diritto di recesso e compatibile con il principio di proporzionalità consentire al consumatore che lo esercita tardivamente di poter usufruire di un regime restitutorio asimmetrico analogo a quello delineato nel paragrafo precedente<sup>60</sup>. **È vero che, a differenza dell'art. 125-bis commi 8 e 9 e della dichiarazione di abusività della clausola di indicizzazione, non viene in gioco la nullità totale, ma, piuttosto, la facoltà di esercitare il diritto di recesso oltre il termine che si sarebbe applicato qualora le informazioni fossero state correttamente fornite. È altrettanto vero, però, che, nell'ipotesi qui analizzata, appaiono del tutto simili le ragioni capaci di giustificare un regime restitutorio asimmetrico. Infatti, si è di fronte alla grave violazione di un obbligo informativo volto a presidiare l'effettività del diritto di recesso; sussiste l'esigenza di dissuadere i professionisti dall'ostacolarne l'esercizio; l'attribuzione al professionista del diritto di ritenere gli interessi maturati e versati prima dell'esercizio del recesso rischia di scoraggiare i consumatori dal far valere il loro diritto e, parallelamente, di svuotare l'obbligo informativo posto a carico del professionista.**

Alla luce degli argomenti appena esposti, appare fondato proporre, in via interpretativa, l'inapplicabilità dell'art. 125-ter 2° comma lett. b) all'ipotesi in cui il professionista abbia ommesso di informare il consumatore della facoltà di esercitare il diritto di recesso e ritenere che, qualora si verificasse tale situazione, il consumatore possa chiedere la restituzione degli interessi contrattuali senza essere tenuto a versare quelli legali sulla somma di cui ha goduto durante il periodo di esecuzione del contratto.

A tale soluzione non osta il carattere di armonizzazione massima della direttiva 2023/2225, poiché, come è stato visto, i diritti nazionali sono legittimati a introdurre sanzioni conseguenti alla violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva<sup>61</sup>.

Si potrebbe obiettare, infine, che una tale soluzione finisca per legittimare un eventuale esercizio abusivo del diritto di recesso da parte dei consumatori: una tale

<sup>58</sup> V. art. 7 Direttiva 2002/65, ora sostituito, senza modifiche, dall'art. 16 *quinquies* della Direttiva 2023/2673.

<sup>59</sup> *Retro*, §§ 4, 5, 6 e 7.

<sup>60</sup> Cfr. *retro*, § 7.

<sup>61</sup> Lo si è rilevato all'inizio di questo paragrafo anche alla luce dell'opinione espressa dall'Avv. Gen. Hogan, *retro*, nota 52.

preoccupazione, tuttavia, proprio nel segmento del rapporto di credito<sup>62</sup> è stata già messa da parte dalla Corte di Giustizia nella nota decisione sulle cause riunite C-33/20, C-155/20 e C-187/20<sup>63</sup>.

**9. Le pagine precedenti hanno insistito sul legame fra l'asimmetria degli obblighi restitutori e l'esigenza di dissuadere il mutuante dal violare prescrizioni poste a fondamento di una certa idea di ordine pubblico economico.** In questa prospettiva, l'asimmetria restitutoria, lungi dal rappresentare una regola eccezionale o rapsodica, è parsa estensibile a situazioni dove è possibile ravvisare ragioni analoghe a fondamento della nullità totale e, persino, del diritto di recedere dal contratto oltre il termine.

**Occorre a questo punto chiedersi se la regola dell'asimmetria restitutoria fin qui delineata costituisca una specificità del diritto privato regolatorio o sia invece presente anche nel diritto privato di origine nazionale.**

Una risposta in senso negativo pare già ricavabile dalla disciplina codicistica del mutuo, dove l'ordinamento, come si è visto, rafforza il divieto di interessi usurari attraverso il regime della nullità sancito dall'art. 1815 2° comma c.c. Elidere la clausola relativa agli interessi, infatti, significa esonerare il debitore dall'obbligo di pagare un corrispettivo per il periodo in cui gode della somma di denaro e, al contempo, consentirgli di ottenere la ripetizione di quelli versati in precedenza. Il trattamento riservato al mutuatario, quindi, non è distante da quello assicurato dalla regola restitutoria asimmetrica su cui ci si è fin qui dilungati: nel caso degli interessi usurari l'impronta sanzionatoria è persino più intensa, poiché il contratto si conserva attraverso il meccanismo della nullità parziale e il mutuatario, ai sensi dell'art. 1815 2° comma c.c., non deve restituire la somma capitale immediatamente<sup>64</sup>. Un regime simile è previsto, nel TUF, ove il contratto di investimento contenga una clausola di rinvio agli usi (art. 23 2° comma).

Anche al di fuori del raggio dei contratti di credito vari sono i luoghi in cui è ammessa l'irripetibilità (totale o parziale) di una soltanto delle due prestazioni costituenti esecuzione di un contratto sinallagmatico<sup>65</sup>. È quanto può affermarsi, per esempio, nel caso del contratto concluso con un incapace (tenuto a restituire nei limiti del vantaggio: art. 1443 c.c.); del contratto contrario al buon costume, se l'immoralità non è pari, ma è imputabile a uno dei due contraenti, mentre chi ha eseguito la prestazione l'ha subita (art. 2035 c.c.)<sup>66</sup>; del contratto concluso con un professionista non

<sup>62</sup> Considerazioni a parte valgono per l'eventuale contratto collegato: v., sul punto, le Conclusioni dell'Avv. Gen. Hogan cit. *retro*, nota 51.

<sup>63</sup> CGUE, 9 settembre 2021, cit.

<sup>64</sup> Si è posto il problema se l'art. 1815 2° comma c.c. sia applicabile al caso degli interessi moratori usurari: in senso positivo, v. Cass. Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, in *Diritto bancario.it*; Cass. 3 novembre 2023, n. 30581, in *www.dejure.it*, ha precisato che, ai fini del calcolo della soglia dell'usura, non possano essere sommati interessi moratori e corrispettivi.

<sup>65</sup> Ricostruisce lineamenti generali di possibili statuti dell'indebito di protezione, da ultimo, DALMARTELLO, *Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla conditio indebiti di protezione*, cit., 94 ss.

<sup>66</sup> Nell'applicare l'eccezione *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, spinge i giudici nazionali a verificare "se la parte che sostiene di avere subito un danno in seguito alla conclusione di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza si trovasse in una posizione d'inferiorità grave nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente, e persino da annullare, la sua libertà di negoziare le clausole del detto contratto nonché la sua capacità di evitare il danno o limitarne l'entità, in particolare sperando tempestivamente tutti i rimedi giuridici a sua disposizione" CGEU, 20 settembre 2001, C-453/99, cit.

iscritto all'albo, cui è precluso il diritto di ricevere il valore di mercato del servizio reso (arg. *ex art. 2231 c.c.*); dell'impresa di assicurazione non autorizzata (privata, ai sensi dell'art. 167 cod. ass., del diritto di ripetere indennizzi e somme eventualmente corrisposte o dovute agli assicurati<sup>67</sup>). **Dentro il codice del consumo, l'esenzione del consumatore dall'obbligo di restituire il *tantundem* di servizi non richiesti può ricavarsi dall'art. 66 *quinquies* cod. cons.**

**In tutte le ipotesi appena citate, contraddirebbe il fondamento dell'invalidità riconoscere il diritto a ottenere la restituzione della prestazione eseguita<sup>68</sup>: sottoforma di *tantundem* o di valore di mercato (con il limite del "vantaggio"), per quanto riguarda chi ha stipulato un contratto con un minore; in ogni caso, per chi ha l'ha effettuata per uno scopo turpe o per chi ha svolto un servizio professionale senza essere autorizzato; in forma di arricchimento o di valore di mercato per chi ha effettuato una fornitura non richiesta a un consumatore.**

Neppure al diritto civile più tradizionale, dunque, è estranea l'idea dell'irripetibilità quando l'ordine di valori violato dal contratto è incompatibile con l'esercizio di una pretesa restitutoria. "*Nemo auditur*" (art. 2035 c.c.), piuttosto, incarna un divieto generale di ripetizione delle prestazioni eseguite per uno scopo contrario al buon costume: tale da giustificare - secondo un indirizzo formatosi in materia di mutui erogati ad imprese decotte - il diniego della domanda di restituzione della somma capitale avanzata in sede di insinuazione al passivo fallimentare<sup>69</sup>.

**È evidente, d'altra parte, che l'asimmetria fondata sul diritto regolatorio è indeclinabilmente connotata da una curvatura dissuasiva non sempre presente nelle ipotesi di diritto puramente nazionale<sup>70</sup>. Tale connotazione giustifica anche la riluttanza della Corte di Giustizia a dare peso al rischio di indurre, attraverso una regola restitutoria asimmetrica, comportamenti abusivi o tattici da parte dei consumatori: la decisione *Millenium* menziona solo l'eventuale correttivo – che il diritto interno deve calibrare attentamente - della proporzionalità della "sanzione" imposta al professionista<sup>71</sup>.**

Tutto ciò premesso, l'esistenza, anche nel diritto interno, di regimi restitutori asimmetrici consente di sostenere che quelli sanciti nei contratti di finanziamento fra professionisti e consumatori non siano eccezionali meteore provenienti da mondi alieni, confliggenti con i principi del diritto privato nazionale. Essi rappresentano, in un sistema policentrico, una delle possibili modalità attraverso le quali le conseguenze delle diverse

<sup>67</sup> V. altresì l'art. 67-*septiesdecies* 5° comma cod. cons.: "Nei contratti di assicurazione l'impresa è tenuta alla restituzione dei premi pagati e deve adempiere alle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione. Non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte dall'impresa agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative".

<sup>68</sup> Legge, invece, alcune delle figure citate come forme di sanzione civile indiretta MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 2, 338 ss.

<sup>69</sup> Cass. (ord) 5 agosto 2020, n. 16706, *Giur. Comm.*, 2021, 528; si veda il commento di BARISON, *Prestazioni immorali e soluti retentio: la crisi dell'istituto e l'evoluzione della nozione di buon costume ex art. 2035 c.c.*, in *Studium iuris*, 2025, 347 ss. Nel caso di specie, la dazione della somma di denaro all'impresa già decotta è apparsa particolarmente riprovevole, essendo stata effettuata allo scopo di mantenerla artificialmente sul mercato e poterne poi acquisire gli *assets* produttivi.

<sup>70</sup> Hanno certamente una finalità dissuasiva, oltre all'art 1815 comma 2 c.c., gli artt. 2231 c.c. e 167 cod. ass.

<sup>71</sup> Ne fa menzione CGUE, 15 giugno 2023, cit., para. 74, ma solo con riferimento all'eventuale, ulteriore diritto del consumatore alla reversione dei profitti conseguiti dal professionista. La questione della configurabilità dell'abuso del diritto di recesso è stata affrontata da CGUE, 9 settembre 2021, cit.

figure di nullità sono conformate ed adattate ai plurali ed eterogenei contesti normativi nei quali sono collocate.

# Sull'imprescrittibilità dell'azione di simulazione: una "verità" da mettere in discussione? \*

di ALFIO GUIDO GRASSO  
Ricercatore in Diritto privato

## ABSTRACT

La tesi dell'imprescrittibilità dell'azione di simulazione è sostenuta agevolmente da quanti aderiscono alla tesi della nullità del contratto simulato, basandola sul disposto dell'art. 1422 c.c. Tuttavia, complice la perdita di credito della tesi della nullità, non manca chi tende a considerare l'azione soggetta all'ordinario termine decennale. Una simile soluzione non presenta oggettive contrarietà, se non fosse per l'innegabile aspetto di accertamento che caratterizza la natura dell'azione in questione. Se si ritiene questo aspetto decisivo e non superabile, la soluzione dell'imprescrittibilità sembra rappresentare la sola ipotesi praticabile. Tuttavia, l'adozione di questa soluzione richiede un accorgimento per mitigare e razionalizzare gli effetti derivanti dallo scorrere del tempo sui diritti ricollegabili al patto di simulazione. A tal fine, il termine di prescrizione dovrebbe decorrere non dal momento in cui viene concluso il contratto dissimulato, ma da quando cessano o si esauriscono gli effetti dell'accordo simulatorio. I rilievi mossi a questa tesi non sono in grado di impedirne l'accoglimento, basandosi principalmente su un'esigenza di tutela dei terzi che, in realtà, non sussiste. Né, ragionando in questo modo, si farebbe dipendere la prescrizione da un evento interno e soggettivo alle parti, in quanto l'art. 2935 c.c. richiede una possibilità concreta e non solo astratta, che non ricorre finché l'azione contraddice la funzione economico/sociale del patto.

*Those who argue that simulated contracts are null and void readily support the view that actions for simulation are not subject to limitation, basing this argument on the provisions of Article 1422 of the Italian Civil Code. However, given the loss of credibility of the nullity argument, some tend to consider the action subject to the ordinary ten-year limitation period. There is no objective reason to oppose this solution, were it not for the undeniable aspect of assessment that characterises the nature of the action in question. If this aspect is deemed insurmountable, the only viable option seems to be to declare the statute of limitations inapplicable. However, adopting this solution requires a measure to mitigate and rationalise the effects of time on the rights linked to the simulation agreement. To this end, the limitation period should start not from the moment the concealed contract is concluded, but from when the effects of the simulation agreement cease or expire. The objections raised against this thesis are insufficient to prevent its acceptance, as they are mainly based on the need to protect third parties, which does not actually exist. Furthermore, reasoning in this way would not make the limitation period dependent on an event that is internal and subjective to the parties, since Article 2935 of the Italian Civil Code requires a concrete possibility, rather than*

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 27.12.2025.

*an abstract one, which does not exist as long as the action contradicts the economic or social function of the agreement.*

**SOMMARIO:** 1. Il caso. – 2. La prescrizione dell'azione nel contesto della riflessione sulla simulazione. – 3. Natura dell'azione e differenze tra simulazione relativa e simulazione assoluta. – 4. La tesi della prescrittibilità e le obiezioni alla sua ammissibilità. – 5. La soluzione di posticipare il dies a quo e il (falso) problema della tutela dei terzi. – 5.1. La decorrenza della prescrizione tra funzione economico/sociale del patto simulato ed esercitabilità del diritto.

**1.** In un giudizio volto a dimostrare che gli atti con i quali un genitore aveva acquistato immobili da terzi e li aveva intestati alla figlia fossero simulati e costituissero donazioni indirette da imputare alla sua quota di riserva, la Cassazione ha ribadito con **nettezza il regime di imprescrittibilità dell'azione di simulazione**<sup>1</sup>.

A fronte di una pronuncia di appello che aveva ritenuto prescritta la domanda, **ritenendola sottoposta alla prescrizione decennale, per i Supremi giudici l'azione di simulazione relativa**, volta a far emergere il negozio realmente voluto dalle parti, sarebbe per natura imprescrittibile, rientrando tra le azioni di accertamento.

Un problema di prescrizione potrebbe semmai sorgere, sempre secondo gli **Ermellini, allorché si intendessero esercitare i diritti derivanti dall'atto dissimulato**, i quali (si) soggiacerebbero – di norma e salve eventuali prescrizioni brevi previste per legge – alla prescrizione ordinaria.

**Non si porrebbe, dunque, un problema di prescrizione in sé dell'azione, ma di interesse a far accertare la simulazione ove i diritti fondati sul negozio dissimulato fossero già estinti per prescrizione: nel qual caso l'azione non potrebbe sortire alcun risultato pratico.**

**2.** Pur riguardando un aspetto specifico della materia, il tema della prescrittibilità **dell'azione di simulazione** – così come quello della prova<sup>2</sup> – risente inevitabilmente delle **diverse ipotesi di costruzione concettuale della simulazione e di qualificazione dell'atto simulato**<sup>3</sup>.

**La tesi dell'imprescrittibilità dell'azione di simulazione è sostenuta agevolmente da quanti aderiscono alla tesi della nullità del contratto simulato, basandola sul disposto dell'art. 1422 c.c.**<sup>4</sup>.

Al contrario, chi non condivide la tesi della nullità giunge a conclusioni diverse e, **complice l'assenza di una specifica disposizione di legge che sancisca l'imprescrittibilità, ritiene l'azione di simulazione soggetta all'ordinario termine decennale, considerando la**

<sup>1</sup> Cass., 18 febbraio 2025, n. 4146, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

<sup>2</sup> CIPRIANI, *Note in tema di prova della simulazione del contratto*, in *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, a cura di Martino, Panzarola e Abbamonte, Giuffrè, 2022, 127; già SALV. ROMANO, *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, Giuffrè, 1955, 14; si consenta rinviare anche a GRASSO, *Interposizione fittizia e prova (non) scritta della simulazione*, in *Pactum*, 2024, 1, 25.

<sup>3</sup> ANELLI, *Simulazione e interposizioni*, in *Tratt. contr. Roppo*, vol. 3-Effetti, a cura di Costanza, Giuffrè, 2023, 763.

<sup>4</sup> STOLFI, *Sull'imprescrittibilità dell'azione di simulazione*, in *Studi di diritto privato*, Giuffrè, 1980, 524 ss.; già FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 5a ed., Soc. Ed. Libreria, 1922, 340 ss.

**simulazione stessa un fenomeno interamente iscritto nell'autonomia privata e dunque nella piena disponibilità dei contraenti<sup>5</sup>.**

Senza addentrarci in un tema che condurrebbe lontano dai circoscritti confini del presente contributo<sup>6</sup>, non si può non notare che la tesi della nullità, oltre a essere stata messa in discussione dalla migliore dottrina<sup>7</sup>, oggi si pone in contrasto anche con la **stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite: le quali colgono l'essenza del fenomeno simulatorio nella creazione intenzionale e concordata di un'apparenza di effetti contrattuali che non deriva da una violazione accidentale di limiti formali e sostanziali indipendente dalla volontà delle parti (o comunque da un superamento della loro volontà), ma da una scelta ponderata<sup>8</sup>.**

**3.** Tuttavia, anche escludendo la categoria della nullità, resta comunque incontrovertibile la natura dichiarativa di questa azione che, a prescindere dall'adesione **all'una o all'altra tesi, sembra possedere inequivocabilmente un'indole accertativa. L'azione di simulazione – sia relativa che assoluta – mira a risolvere uno stato di incertezza senza incidere immediatamente sui rapporti giuridici né pretendere una prestazione o provocare una modificazione delle situazioni giuridiche. Se la prescrizione riguarda i diritti (arg. ex art. 2934 c.c.), l'azione di accertamento non rappresenta l'esercizio di un diritto soggettivo in sé, bensì un mezzo per eliminare uno stato di incertezza giuridica astratta: risponde, di conseguenza, a un interesse che non si esaurisce con il passare del tempo, ferma restando la sua attualità (art. 100 c.p.c.)<sup>9</sup>.**

**L'imprescrittibilità dell'azione, alla luce di ciò, non deriverebbe dalla sua appartenenza alla categoria della nullità, bensì dalla sua collocazione nella più ampia famiglia delle azioni con cui si richiede un accertamento.**

Difatti, al medesimo risultato perviene anche (almeno una parte di) quella dottrina che propende per l'inefficacia della simulazione o, comunque, non ravvisa nella nullità la conseguenza del fenomeno simulatorio, dal momento che, al pari della nullità, l'esito è rappresentato da un'azione di mero accertamento con la corrispondente imprescrittibilità<sup>10</sup>.

Se si muove da questa prospettiva, allora la distinzione tra simulazione relativa e simulazione assoluta diventa irrilevante, dal momento che in entrambi i casi si tratterebbe di accertare la simulazione di un contratto: cade, perciò, in contraddizione **quella giurisprudenza che riconosce l'imprescrittibilità dell'azione diretta ad accertare**

<sup>5</sup> MAJELLO, *Il contratto simulato: aspetti funzionali e strutturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 654.

<sup>6</sup> per approf. si rinvia a LENZI, *Simulazione. Artt. 1414-1417*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2017, 4 ss.; ORESTANO, *Sub art. 1414*, in *Comm. c.c. Gabrielli*, a cura di Navarretta – Orestano, Utet, 2012, 367 ss.

<sup>7</sup> per tutti BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, 1950, 396; PUGLIATTI, *La simulazione nei negozi unilaterali*, in *Diritto civile, Saggi*, Giuffrè, 1951, 543.

<sup>8</sup> Cass., sez. un., 17 settembre 2015, n. 18213, in *Giur. it.*, 2016, 324, con nota di CUFFARO; anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 268, con nota di ULESSI – Buset.

<sup>9</sup> per approf. BIANCA, *Diritto civile, VII*, 1 ed., Giuffrè, 2012, 521 ss.; ROSELLI – VITUCCI, *La prescrizione. Artt. 2934-2940*, I, 2 ed., Giuffrè, 2012, 70 ss.; PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, 165-166; già LIEBMAN, *In tema di azione di accertamento (Cass. Regno, 14 gennaio 1931)*, in *Foro it.*, 1931, 564 ss.

<sup>10</sup> BIANCA, *Diritto civile, III*, 3 ed., Giuffrè, 2019, 665; GALGANO, *Trattato di Diritto civile, II*, 3 ed., 2015, Cedam, 468.

una simulazione assoluta, mentre assoggetta a prescrizione decennale l'azione di simulazione relativa<sup>11</sup>.

A questo scopo, la distinzione tra le due ipotesi non sembra accettabile: al di là delle possibili valutazioni di carattere generale sulla medesima struttura e indole delle due fattispecie (almeno mettendo da canto il problema dell'interposizione fittizia di persona), l'azione di simulazione mira in entrambi i casi ad accertare l'effettiva realtà dei rapporti intercorrenti fra le parti<sup>12</sup>.

**Tuttavia, a differenza dell'azione di simulazione assoluta, l'azione di simulazione relativa mira non solo ad accertare la simulazione del contratto simulato, ma anche a far emergere l'esistenza del negozio dissimulato e a farne valere i corrispondenti effetti.** Di conseguenza, quando è diretta a far valere il rapporto contrattuale dissimulato, l'azione è soggetta alla prescrizione ordinaria o, eventualmente, a quella diversa applicabile al vincolo negoziale sottostante<sup>13</sup>.

**In quest'ottica, l'imprescrittibilità dell'azione di simulazione dovrebbe operare indipendentemente dalla natura della simulazione (assoluta o relativa), con la precisazione che il decorso del tempo potrebbe incidere sulla proponibilità della stessa. La prescrizione colpirebbe i diritti che presuppongono l'esistenza del negozio dissimulato, facendo venir meno l'interesse all'accertamento della simulazione del negozio apparente ex art. 100 c.p.c. Si pensi, ad esempio, al diritto di esperire l'azione di riduzione nei confronti di una donazione dissimulata da una vendita o di chiedere il pagamento del prezzo in relazione a una vendita dissimulata da una donazione nonché di ottenere la condanna del convenuto al pagamento delle differenze spettanti sulla base del contratto di vendita o di anticresi dissimulato.**

**Tuttavia, anche l'azione di simulazione relativa, così come quella assoluta, potrebbe unicamente tendere ad accertare l'inefficacia del negozio simulato, al fine di impedirne o rimuoverne gli effetti. In tal caso, l'azione tornerebbe a essere imprescrittibile per la giurisprudenza, come nel caso in cui un legittimario agisca al fine di accertare l'appartenenza al patrimonio ereditario di beni apparentemente alienati dal *de cuius*, ma in realtà donati con un atto nullo per difetto di forma<sup>14</sup>.**

Tuttavia – così come già accade per il regime probatorio, dove pure vige la medesima ambiguità<sup>15</sup> – questo approccio conduce a una situazione difficilmente

<sup>11</sup> Cass., 20 maggio 1978, n. 2509, in *Giust. civ.*, 1978, I, 1811; Cass., 7 agosto 1979, n. 4569, in *Foro it.*, 1980, 751.

<sup>12</sup> STOLFI, *op. cit.*, 533, critico sull'orientamento giurisprudenziale che tende a riconoscere due termini di prescrizione distinti; già PUGLIESE, *Sulla prescrittibilità dell'azione di simulazione relativa*, in *Foro it.*, 1942, 502 ss.

<sup>13</sup> Così è orientata la giurisprudenza prevalente: Cass., 6 maggio 1991, n. 4986, in *Giust. civ.*, 1991, 2981, con nota di DI MAURO; Cass., 16 gennaio 1997, n. 382, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass., 26.11.2003, n. 18025, in *Corr. giur.*, 2004, 761, con nota di TRIOLA; Cass., 10 maggio 2016, n. 9401, in *www.italgiure.giustizia.it*.

<sup>14</sup> Cass., 6 maggio 1991, n. 4986, cit.; Cass., 18 agosto 1997, n. 7682, in *Giur. it.*, 1998, 1342, con nota di RICCIO; Cass., 30 luglio 2004, n. 14562, in *www.italgiure.giustizia.it*.

<sup>15</sup> Quando, anche nella simulazione relativa, le parti intendono provare (spesso perché non riescono a dimostrare altro) solo la natura meramente apparente del contratto simulato, la giurisprudenza applica lo stesso ragionamento elaborato per la simulazione assoluta e ritiene ammissibile la prova orale in tutti i casi previsti dall'art. 2724 c.c., non solo nel caso di cui al numero uno di tale disposizione (ossia quando vi è un principio di prova per iscritto): cfr. Cass., 27 febbraio 2001, n. 2906, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 339; Cass., 10 febbraio 1987, n. 1419, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 397; Cass., 12. Febbraio 1986, n. 850, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 256.

razionalizzabile, soprattutto perché il fenomeno della simulazione può essere compreso solo apprezzando l'intento complessivo che i simulanti hanno avuto di mira.

**4.** Se il regime applicabile deve essere valutato anche considerando il complesso delle azioni esperibili da parte dei simulanti, in ragione degli ulteriori risultati – spesso plurimi e tra loro strettamente connessi – **che l'attore può attendersi dalla proposizione della domanda, risulta allora più coerente sostenere che all'azione di simulazione, sia assoluta che relativa, si applichi il termine ordinario decennale di cui all'art. 2946: la simulazione, infatti, è sempre volta a far valere l'inefficacia dell'atto simulato e non è possibile rinvenire interessi superindividuali che ne giustifichino la mancata prescrizione, come accade nelle ipotesi di nullità<sup>16</sup>.**

Tale soluzione non presenta oggettive contrarietà, come la tutela dei terzi (sul tema si veda di seguito) o la salvaguardia di interessi pubblici o di valori superiori dell'ordinamento.

L'ostacolo maggiore – che tuttavia potrebbe essere superato in nome della ricerca della soluzione più adeguata dal punto di vista sostanziale – è legato alla natura di questa azione che, come richiamato in precedenza, presenta un innegabile aspetto di accertamento: **l'imprescrittibilità troverebbe quindi maggiore fondamento a questo titolo piuttosto che sulla base della riconduzione alla categoria della nullità.**

**5.** Se si ritiene quest'ultimo aspetto decisivo e non superabile, bisogna allora fare un passo indietro e riconsiderare la posizione della giurisprudenza maggioritaria, che individua, per l'appunto, nella soluzione dell'imprescrittibilità dell'azione e della prescrizione dei soli diritti che poggiano sull'esistenza del negozio dissimulato la chiave di volta della questione.

Se si opta per questa soluzione, occorre però adottare un accorgimento allo scopo di mitigare e razionalizzare gli effetti derivanti dallo scorrere del tempo sui diritti ricollegabili al patto di simulazione. A tal fine, si potrebbe attingere a quell'indirizzo di dottrina secondo il quale il *dies a quo* del termine di prescrizione non decorrerebbe dal momento in cui è stato concluso il contratto dissimulato, ma da quando sono cessati gli effetti dell'accordo simulatorio<sup>17</sup>.

La necessità di mantenere la finzione dell'intesa simulatoria “agli occhi dei terzi” sovente costituisce un ostacolo all'esercizio dei diritti che da essa derivano. Tale circostanza impone una verifica (e “obbliga” a una conseguenza): accertare se l'intesa simulatoria abbia effettivamente precluso l'esercizio del diritto e, in caso di esito positivo, considerare il termine di decorrenza della prescrizione non dal momento della stipulazione dell'intesa simulata, ma da quando l'impedimento è venuto meno, ossia da quando la stessa ha cessato di produrre effetti, perché abbandonata o, più realisticamente, perché sono stati raggiunti gli scopi per cui era stata conclusa.

Tale prospettiva, tuttavia, ha trovato scarso seguito in giurisprudenza, la quale fissa l'inizio della prescrizione nel momento in cui il contratto si perfeziona. A dispetto di ciò, tale soluzione permette di contemperare in modo soddisfacente gli interessi in gioco, risultando coerente altresì con la ricostruzione oggi prevalente tra gli interpreti del fenomeno simulatorio e con i principi fondamentali della materia della tutela dei diritti in generale, in quanto, se il diritto non può essere esercitato perché altrimenti si

<sup>16</sup> MAZZARIOL, *Simulazione delle liberalità e tutela del legittimario*, Esi, 2025, 345.

<sup>17</sup> GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Jovene, 1982, 310-311; ID, *Simulazione dei negozi giuridici*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, 1998, XVIII, 522.

contravverrebbe all'intesa simulatoria, la mancanza di iniziativa non può essere considerata come una forma di inerzia: l'inerzia, ai sensi dell'art. 2934 c.c., potrebbe configurarsi solo nel momento in cui l'intesa sia stata "accantonata" o, più probabilmente, abbia esaurito la sua funzione<sup>18</sup>.

I rilievi mossi alla tesi che fa decorrere il *dies a quo* della prescrizione dal momento in cui cessano o si esauriscono gli effetti dell'accordo simulatorio non sono in grado di impedirne l'accoglimento, basandosi principalmente su un'esigenza di tutela dei terzi che in realtà non sussiste. L'obiezione principale riguarda la creazione di una disparità di trattamento a loro sfavore: per i terzi, infatti, la prescrizione decennale continuerebbe a decorrere dal momento in cui l'atto è stato perfezionato, mentre per le parti inizierebbe a decorrere solo dal momento in cui l'accordo è stato abbandonato o dal momento in cui le parti abbiano recuperato l'interesse reale corrispondente al contratto fittizio<sup>19</sup>.

Se da un lato è vero che la posticipazione del termine di inizio della prescrizione può esporlo a un rischio giuridico più a lungo, dall'altro lato, il terzo in buona fede (che trascriva il proprio titolo per tempo) è comunque protetto, a prescindere da una possibile prescrizione del diritto sottostante tra le parti, in virtù della clausola di inopponibilità di cui all'art. 1415 c.c.

Si consideri, ad esempio, il caso in cui Tizio trasferisca simulatamente un immobile a Caio per sottrarlo all'aggressione dei creditori. Poi, supponiamo anche che Caio venda l'immobile a Sempronio, terzo in buona fede, prima che Tizio possa avere interesse a riottenere il bene. Anche ammettendo una decorrenza posticipata della prescrizione, Tizio non potrebbe mai opporre il patto dissimulato a Sempronio, la cui posizione resta immutata.

Né il creditore di Tizio fonda la propria tutela sul diritto di retrocessione, ma sul credito stesso, sicché l'allungamento del termine di decorrenza della prescrizione del rapporto interno non incide minimamente sulla sua posizione (arg. ex art. 1416 c.c.).

La tutela dei terzi, in sostanza, segue un percorso del tutto autonomo, affidato agli articoli 1415-1417 c.c., i quali costituiscono e delimitano un sistema a sé stante, volto ad assicurarne una protezione specifica, retto da logiche inerenti alle singole fattispecie di

<sup>18</sup> L'unica "eccezione" che la giurisprudenza ammette rispetto al termine di decorrenza della prescrizione riguarda il legittimario che agisca in simulazione nell'ambito dell'azione di riduzione. In questo caso, il termine si fa decorrere dall'apertura della successione, in quanto è solo da questo momento che la qualifica di legittimario assume rilevanza e tutela e si acquista la legittimazione a proporre la domanda di riduzione in funzione del diritto alla riserva (così Cass., 29 febbraio 2016, n. 3932; Cass., 30 luglio 2004, n. 14562; Cass., 6 novembre 1986, n. 6493; Cass., 25 gennaio 1992, n. 817, tutte in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it)). Peraltro, alla giurisprudenza risulta agevole muoversi in questa direzione dal momento che, quando agisce al fine di recuperare o reintegrare la quota di riserva, riconosce al legittimario la qualifica di terzo. Mentre, quando esercita l'azione di simulazione relativa non con l'obiettivo di ottenere la reintegrazione della quota di riserva, ma allo scopo di far rientrare nella massa ereditaria i beni ceduti (per la successiva divisione con gli altri eredi, ad es.), la sua posizione rimane vincolata a quella del *de cuius*, anche per quanto riguarda il termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di simulazione, che ritorna a decorrere non dall'apertura della successione, ma dal momento in cui è stato compiuto l'atto simulato (Cass., 6 marzo 2018, n. 5159, dove si cassa una sentenza della Corte di appello di Roma per non aver chiarito a sufficienza – in funzione di stabilire la decorrenza del *dies a quo* della prescrizione – se l'azione di simulazione proposta dal legittimario in relazione ad una cessione immobiliare effettuata dal *de cuius* ad un terzo fosse stata svolta in funzione della collazione dell'asse ereditario o della riduzione della quota di legittima, atteso che il *dies a quo* «del termine di prescrizione dell'azione di simulazione decorre dall'apertura della successione se l'erede agisce al fine di far valere il diritto alla propria quota di riserva e dal compimento dell'atto che si assume simulato se l'azione è esperita al fine di far accertare l'interposizione fittizia di persona e la dissimulazione di una donazione indiretta in favore di altro erede al solo fine di acquisire il bene all'asse ereditario»; Cass., 21 febbraio 2007, n. 4021; Cass., 6 agosto 1990, n. 7909, tutte in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it)).

<sup>19</sup> ORESTANO, op. cit., 494.

conflitto da dirimere e comprendente misure di agevolazione probatoria ben note: tutto **ciò senza escludere né inibire il riconoscimento e la valorizzazione dell'accordo simulatorio.**

**5.1** Si potrebbe semmai obiettare che, ragionando in questo modo, la decorrenza della prescrizione verrebbe fatta dipendere da un evento interno e soggettivo alle parti (come la cessazione delle ragioni che hanno portato alla conclusione dell'accordo, per esempio), in contrasto con quanto stabilito da buona parte della giurisprudenza con riferimento all'art. 2935 c.c.: la formula **“dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”** dovrebbe essere interpretata oggettivamente, nel senso che il termine di prescrizione decorrerebbe dalla data in cui il diritto può essere fatto valere, non dal momento in cui la parte ritiene opportuno esercitarlo<sup>20</sup>. Nel caso di un patto simulatorio, la circostanza che la parte non agisca per convenienza non costituirebbe un impedimento giuridico, ma una scelta volontaria che non dovrebbe incidere sulla decorrenza della prescrizione: diversamente, si consentirebbe ai contraenti di incidere indirettamente sulla durata del **termine prescrizione, prolungando l'instabilità del bene in base alla convenienza o all'opportunità dei soggetti coinvolti.**

Tuttavia, l'art. 2935 c.c. richiede una possibilità concreta e non solo astratta; finché l'azione contraddice la funzione economico/sociale del patto, il diritto non è esigibile in senso effettivo. Aspettare il momento in cui per la parte risulta utile esercitare il diritto non significa dare rilevanza alla convenienza dell'affare né cedere a un'inerzia colpevole, ma attendere che venga meno un impedimento legale all'esercizio del diritto (a proposito si può usare anche il termine **“vizio”, in verità più impegnativo**): a meno che non si adotti indiscriminatamente un'ottica di riprovazione verso il fenomeno simulatorio pur in assenza di interessi contrapposti.

<sup>20</sup> *ex multis*, Cass., 29 giugno 2025, n. 17451; Cass., 25 maggio 2021, n. 14193; Cass., 11 settembre 2018, n. 22072.

# Cosa resta dell'“accordo” nel contratto algoritmico? \*

di ALBERTO MARIA BENEDETTI  
Professore ordinario di Diritto privato  
Università di Genova

## ABSTRACT

Il contributo analizza la tenuta del principio dell'accordo quale nucleo definitorio del contratto alla luce delle trasformazioni indotte dalle nuove tecnologie digitali. Muovendo dalla ricostruzione proposta da V. Roppo e dalla centralità dell'identità tra accordo e contratto nella teoria generale, si evidenzia come l'emersione di modelli contrattuali algoritmici, smart contracts e contratti di piattaforma incida primariamente sui procedimenti di formazione e gestione del vincolo negoziale. L'attenzione si concentra sulla progressiva compressione dello scambio dei consensi e sul rischio di una marginalizzazione del momento volitivo umano. Attraverso l'analisi dell'art. 8-ter l. n. 12/2019 e una breve ricostruzione dogmatica dello smart contract come tecnica o struttura procedimentale, si argomenta nel senso che la compatibilità di tali fenomeni con il diritto dei contratti dipende dal riconoscimento di un accordo sulla tecnica e dall'estensione dell'autonomia privata in senso procedimentale. Ne consegue che non è necessaria una nuova teoria generale del contratto, essendo sufficienti i principi tradizionali, opportunamente adattati, per qualificare e governare le nuove forme di contrattazione tecnologica.

*This article examines the resilience of the principle of agreement as the defining core of the contract in light of the transformations brought about by new digital technologies. Starting from the reconstruction proposed by V. Roppo and on the centrality of the identity between agreement and contract within general contract theory, it shows how the emergence of algorithmic contractual models, smart contracts, and platform-based contracts primarily affects the procedures governing the formation and management of the contractual bond. Particular attention is devoted to the progressive compression of the exchange of consents and to the risk of marginalising the human volitional element. Through an analysis of art. 8-ter of Law n. 12/2019 and a concise dogmatic reconstruction of the smart contract as a technique or procedural structure, the article argues that the compatibility of these phenomena with contract law depends on the recognition of an agreement on the technique and on an extension of private autonomy in procedural terms. It follows that a new general theory of contract is not required, since traditional principles—appropriately adapted—are sufficient to qualify and govern the new forms of technologically mediated contracting.*

**SOMMARIO:** 1. Verso una crisi dell'identità tra contratto e accordo?; 2. Il principio dell'accordo nell'esperienza delle nuove tecnologie; 3. Gli smart contracts, l'accordo sulla tecnica e la tenuta dei principi del diritto contrattuale.

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 04.12.2025.

**1. Voglio ringraziare Attilio Zimatore e Andrea Zoppini, cui devo l'invito a presentare, qui in Luiss, la terza edizione del libro del mio Maestro.**

Non credo di sbagliare affermando questo: tra le opere dedicate al contratto, in quella di Roppo si trova la più forte e nel contempo più dinamica difesa del principio **dell'accordo; la più forte, perché l'identità definitoria tra accordo e contratto è prospettata come il nucleo intangibile del contratto e della sua definizione; l'anima del contratto, il criterio che consente di tracciare i confini con figure differenti sebbene in qualche modo limitrofe; il pilastro su cui si costruisce l'intimo nesso tra il contratto e la libertà; la più dinamica perché Roppo rifugge dal proporre una nozione naturalistica o dogmatica di accordo, ma ne propugna, in modo convincente, una nozione normativa e flessibile, modellata su schemi formativi – o procedimenti – che contribuiscono a disegnare figure di accordi buoni per operazioni economiche differenti. Un'identità flessibile che consente l'adattamento del contratto all'incredibile e variegata multiformità delle operazioni economiche, alla «natura dell'affare», volendo utilizzare una formula tanto bella quanto vaga e su cui non si è indagato abbastanza.**

**Non c'è, in Roppo, la tentazione di fuoriuscire dal contratto per spiegare o riquilibrare quegli accordi tanto leggeri da apparire, a molti e autorevoli Maestri, non più interni al contratto, ma esterni ad esso; dentro l'identità tra accordo e contratto si racchiude tutto il contratto, o, meglio, tutti gli atti che, per il codice, sono (devono essere) contratti.**

**Nella terza edizione, non posso evitare di dirlo, s'affaccia l'autonomia privata procedimentale, esplicabile nei limiti di un contenuto minimo dell'accordo cui le parti non posso validamente derogare: tipico e atipico, nella formazione del contratto, possono concorrere a realizzare il dinamismo del principio dell'accordo, e, finalmente, questo dato trova un riconoscimento dottrinale di così grande rilievo.**

**Non è questione secondaria o di poco conto giacché solo una piena consapevolezza del potere procedimentale dell'autonomia privata rende ragione di tutti i nuovi fenomeni contrattuali (quelli legati, essenzialmente, alle nuove tecnologie) nei quali il tratto caratteristico è costituito, per l'appunto, dal dato formativo.**

Si tratta infatti di contratti la cui conclusione è quasi totalmente sottratta agli schemi legislativamente identificati, essendo piuttosto affidata al potere determinativo **di una delle parti (in genere, quella che “crea” l'ambiente digitale in cui la contrattazione si svolge):** ma la dottrina, per fortuna, era ed è pronta a classificare, ordinare, risolvere i problemi che questa realtà oggi ci pone, senza lasciarsi travolgere dal nuovo, **ma dominandolo e sistemandolo. Con una nuova “teoria generale del contratto” che, rigenerandosi continuamente, riesce a dar conto del nuovo, senza cedere alla disgregazione o al relativismo.**

**2. Proprio in relazione a questi aspetti, dal 2011, data della seconda edizione, al 2025 sono accadute nel mondo fuori-dal-diritto cose nuove, il cui impatto sul principio dell'accordo è stato ed è talmente significativo da mettere in discussione la stessa nozione di contratto o, meglio, la sua identità con l'accordo che ne costituisce un super-elemento essenziale.**

Nella terza edizione, Roppo fa i conti con il nuovo e non si sottrae alla sfida che le nuove tecnologie hanno posto, e sempre di più porranno in futuro, al contratto, alla sua

natura, alla sua formazione (laddove natura del contratto e sua formazione sono inscindibilmente legati dal nesso tecnologico).

La sfida, vorrei subito precisarlo, è più complessa di quella posta dal nuovo diritto **dei consumatori e che ha visto Roppo protagonista del dibattito sul “contratto asimmetrico”**; perché questo paradigma (ormai non più nuovo), comunque, non ha posto in crisi i fondamentali del contratto, ma, piuttosto, ha minato l’unicità del modello basato su una disciplina generale, specie per i problemi relativi ai rimedi (ed infatti Roppo **prospetta oggi l’esistenza di un sistema binario di discipline generali: contratto di diritto comune / contratti asimmetrici**).

**Nessuno dei nuovi paradigmi d’inizio secolo (né l’asimmetrico, né le altre sue gemmazioni più o meno fondate) è uscito dall’art. 1321 c.c.**

**Le nuove tecnologie, invece, sembrano minare all’umanità stessa del contratto, al suo provenire – sebbene in un contesto variegato di procedimenti formativi tipici e atipici – dallo scambio dei consensi delle e tra le parti.**

Si può intuire facilmente quali sono i fenomeni di cui si sta parlando: *smart contract*, i contratti algoritmici, i contratti delle piattaforme e delle applicazioni.

Volendo trovare un aspetto che accomuna tutti questi fenomeni, penso lo si possa ravvisare nella fuga dal consenso e nella tendenza a comprimere, fino ad azzerarlo, lo **“scambio” dei consensi, confezionando il contratto per un aderente profilato cui non si vuole concedere nessuno spazio di riflessione, nessuna scelta (talvolta nemmeno sul versante dell’esecuzione), ma a cui si lascia un “ambiente” in cui può trovare soluzioni confezionate a tutti i suoi bisogni.**

**Cosa rimane del “contratto” – di quello delineato dall’art. 1321 c.c. – in contesti sempre più pervasivi in cui la libertà di scelta del contraente è compressa fino al punto da apparire inesistente?**

**3.** La risposta di Roppo a questo interrogativo lascia il lettore con il fiato sospeso.

Intanto egli sceglie di inserire un nuovo paragrafo nel Capitolo dedicato al Contratto nel sistema, con ciò esprimendo una scelta per così dire ideologica: la questione delle nuove tecnologie non è solo afferente alla conclusione del contratto, ma riguarda *tout court* il contratto nella sua configurazione generale.

Infatti (cito testualmente) non è solo un nuovo «modo di fare» i contratti, ma anche di gestirli, di riempirli di contenuti del tutto inediti; il digitale sembra sfuggire alle regole tradizionali del diritto dei contratti, la cui nota elasticità sembra non sufficiente a comprenderli.

Roppo discorre di «fatica» del vecchio codice a star dietro alle nuove realtà digitali.

E introduce, sorprendentemente, un sospetto. *Smart contracts* e *computable contracts* sembrano aprire al dubbio definitivo: sono o no veri contratti?

La risposta a questo interrogativo, a mio avviso, si può trovare, appunto, con un **approccio di teoria generale del contratto, qui certamente da declinarsi come “nuova” perché “nuovi” sono i fenomeni su cui la categoria “contratto” è chiamata a confrontarsi.**

Non va trascurato il dato positivo su cui penso si possa innestare – ho provato a farlo in un articolo uscito un paio di anni fa sulla Rivista di diritto civile – una valutazione prospetticamente più ampia.

**L’art. 8-ter** della l. 11 febbraio 2019, n. 12 definisce lo *smart contract* come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione

informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Il legislatore **non può che fotografare (con il rischio dell'errore) una realtà che vive fuori dagli schemi giuridici**, nella prassi operativa: la norma non identifica contenuti (quindi non tipi, per esemplificare) ma un sistema, **o, meglio, un “procedimento” da cui si generano «effetti predefiniti» da chi ne ha costruito le “istruzioni” e che, è forse lo scopo primario della disposizione sopra riportata, può parificarsi alla “forma scritta” codicistica.**

Gli effetti – automatici, inesorabili, o «predefiniti» nella formula legislativa – **possono riguardare la formazione, l'esecuzione, le sopravvenienze e perfino i rimedi**, entro certi limiti; se si vuole tentare di costruirne una nozione, lo *smart contract* non è tanto un contratto o più contratti; esso indica piuttosto un procedimento di gestione di tutte o alcune delle fasi di un contratto che ne realizza una integrale automazione sulla **base di “codici” predefiniti dal programma costruito o scelto dai contraenti**, che si assoggettano, in tal modo, ai suoi effetti. Potrebbe allora dirsi che il sintagma *smart contract* designa una struttura contrattuale (sulla falsariga di: contratti reali, contratti formali, contratti con effetti reali, sintagma che compare più volte nel volume di Roppo), la cui natura risiede non nei contenuti ma in una particolare *architettura* del contratto (sia nella sua dimensione di atto che in quella di rapporto).

**Nell'idea del legislatore (forse ingenua o, peggio, volta a porre una *fictio iuris*), il fattore di legittimazione di questa tecnica di costruzione del contratto è, ancora una volta, l'accordo di chi la programma, la sceglie e, in definitiva, decide di servirsene: è l'accordo sulla tecnica (cioè sulla struttura peculiare che si vuole conferire al contratto) che salva la natura negoziale del «prodotto» della tecnica stessa. Un contratto sul contratto, probabilmente avente natura di contratto quadro o normativo.**

**Vale la pena insistere su quest'ultimo punto: senza «effetti predefiniti» dalle parti stesse (art. 8-ter l. cit.), l'algoritmo confliggerebbe col principio dell'accordo, che, qui, deve trovare una declinazione proporzionata al contesto. In definitiva, è necessario verificare i soggetti umani (giustamente la disposizione citata usa il sostantivo «parti») che hanno voluto servirsi di questa tecnica procedimentale e/o ne hanno determinato il contenuto e l'effetto, appunto “programmando” il suo funzionamento (o scegliendo determinati programmi a ciò idonei) e decidendo di usarla per un determinato contratto tra loro da concludere. Sull'algoritmo, dunque, si forma un negozio di configurazione, anche per l'operare di meri comportamenti concludenti (l'ingresso in una piattaforma, lo scarico di un'applicazione e così via) che legittima i passaggi (i «procedimenti») da cui prende vita il contratto o in cui il rapporto negoziale si snoda. Se questo è esatto, per sintetizzare, *smart contract* può significare sia il sistema automatico-algoritmico cui si affida la vita di un contratto; sia l'accordo (configurativo, di tipo normativo) con cui le parti concordano di servirsene, considerando preferibile (conforme ai loro «interessi») le certezze dell'automatismo alle incertezze (o all'incalcolabilità, nella prospettiva irtiana) del rito contrattuale tradizionale. Non si tratta di reinterpretare formalisticamente realtà troppo dinamiche da cristallizzare in categorie; si tratta, semmai, di garantire che la tecnica possa rendersi compatibile con i principi e le garanzie, quelli sì immutabili anche se declinati in ambienti del tutto nuovi. Accettare (*i.e.* decidere di attivare) una tecnica è già qualcosa di meglio che subirne passivamente gli effetti; ma il punto è capirne e controllarne il funzionamento, che è altra cosa. Non si può cadere nel “mito del consenso”, tramontato da molti decenni; esso può valere per argomentare la**

natura contrattuale del fenomeno, o per descrivere il coordinamento tra il contratto sulla tecnica (a monte) e quello costruito con la tecnica (a valle), ma non certo per proteggere chi, per la complessità della tecnica, rischia di esserne inevitabilmente travolto.

Questa risposta, una delle possibili, ancora una volta affonda le radici nei principi – **su tutti: il principio dell'accordo – e in nuove fisionomie dell'autonomia negoziale**, quella procedimentale appunto, in grado di spiegare ciò che il legislatore, con i suoi schemi, non è in grado di rappresentare; e, ancora una volta, la flessibilità delle regole **del diritto contrattuale del codice civile è elemento decisivo per consentire all'interprete** di qualificare, regolare, disciplinare ciò che il codice non poteva immaginare, con ciò rivivificando la stessa nozione di contratto.

Volendo trarre qualche spunto conclusivo, a me non pare necessaria una nuova teoria generale del contratto per capire e regolare i contratti delle nuove tecnologie: è sufficiente fare applicazione dei principi costitutivi del contratto, che, come ha dimostrato la storia del diritto dei contratti, hanno sempre saputo ricomprendere le nuove realtà economiche, commerciali e tecnologiche.

Le categorie del contratto non sono né morte né tramortite, ma sono vive e vegete; tocca al giurista faticare per adattarne il senso a fenomeni sì nuovi, ma non tanto da giustificare una loro fuoriuscita dal contratto.

# Trust e donazione indiretta: la rinuncia all'azione avverso l'atto di dotazione come atto di liberalità \*

di GLORIA GIORGI  
Docente a contratto  
Università di Bologna

## ABSTRACT

Il contributo esamina la rinuncia all'azione avverso l'atto di dotazione del trust come possibile donazione indiretta, nel quadro delle liberalità non donative ex art. 809 c.c. Muovendo dalla qualificazione liberale dell'atto istitutivo e dispositivo del trust, l'analisi indaga la rinuncia quale negozio abdicativo idoneo a produrre un arricchimento indiretto, valorizzando il ruolo dell'*animus donandi* e del nesso causale tra rinuncia e incremento patrimoniale del beneficiario. Si prospettano le implicazioni sistematiche in tema di tutela dei legittimari, riunione fittizia e azione di riduzione, evidenziando come l'impoverimento possa consistere nel mancato esercizio consapevole di un diritto economicamente rilevante.

*This article examines the waiver of an action challenging the trust funding deed as a possible form of indirect donation within the framework of non-donative liberalities under Article 809 of the Italian Civil Code. Starting from the liberal characterization of the trust deed and the funding act, the analysis focuses on waiver as an abdicative legal act capable of producing indirect enrichment, emphasizing the relevance of *animus donandi* and the causal link between the waiver and the beneficiary's patrimonial increase. The study explores the systematic implications for the protection of forced heirs, fictitious aggregation, and reduction actions, arguing that impoverishment may consist in the conscious non-exercise of an economically valuable right when such waiver is motivated by liberal intent.*

**SOMMARIO:** 1. Brevissimi cenni in tema di disciplina applicabile alla donazione indiretta; 2. L'atto istitutivo, l'atto di dotazione e il rapporto con la donazione indiretta; 3. Nuove prospettive: la rinuncia come arricchimento; 4. Brevi notazioni conclusive.

**1. All'interno delle liberalità non donative**, la donazione indiretta rappresenta la categoria di gran lunga maggiormente rilevante in quanto si configura come un negozio avente natura diversa dalla donazione diretta o tipica, del quale un soggetto può avvalersi al solo fine di arricchire un altro soggetto<sup>1</sup>. Sono donazioni indirette tutte quelle liberalità

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 28.12.2025.

<sup>1</sup> Per una rassegna sintetica delle più significative pronunce si veda ARCERI, *La donazione indiretta nella casistica giurisprudenziale*, in *Famiglia e dir.*, 2023, 73 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di

che vengono attuate con uno strumento negoziale avente scopo tipico diverso dalla c.d. *causa donandi*, in grado tuttavia di produrre, insieme con l'effetto diretto che gli è proprio, l'effetto indiretto e mediato di arricchimento senza corrispettivo, voluto per spirito liberale da una parte, detta beneficiante, in favore dell'altra, detta beneficiario.

Il legislatore non ha fornito una nozione di donazione indiretta, di qui l'inevitabile e conseguente attività della dottrina, la quale ha talvolta negato l'inquadramento della donazione indiretta nella figura del negozio indiretto<sup>2</sup>, di matrice tedesca, talaltra l'ha ricondotta nell'ipotesi di collegamento negoziale<sup>3</sup>, ovvero la risultante di due negozi (negozio mezzo, produttivo degli effetti normali, e negozio fine, accessorio e integrativo al primo, con il quale le parti colmano la differenza tra il risultato del negozio mezzo e lo scopo ulteriore da loro voluto) attraverso i quali viene raggiunto il risultato finale.

L'assenza di una definizione e l'adesione alla prevalente teoria del collegamento negoziale, induce ad effettuare alcune necessarie considerazioni sulla disciplina giuridica applicabile alla donazione indiretta. Anzitutto occorre premettere che, per quanto riguarda la forma, deve aversi riguardo alla disciplina del negozio diretto o negozio mezzo mentre, per quanto riguarda la sostanza (c.d. norme materiali), deve aversi riguardo al negozio indiretto o negozio fine<sup>4</sup>. La norma dettata in tema di donazione indiretta, tuttavia, si preoccupa di estendere l'applicazione a tale ultimo istituto delle disposizioni che riguardano la revocazione per causa di ingratitudine e per sopravvenienza dei figli, la riduzione per integrare la quota spettante ai legittimari, con l'eccezione delle liberalità d'uso. A ciò deve aggiungersi che l'art. 737 c.c. sottopone a collazione non solo le donazioni dirette, ma anche quelle indirette (con l'eccezione delle spese e delle liberalità contemplate dall'art. 742 c.c.). Non da ultimo deve considerarsi applicabile l'art. 564, c. 2, c.c.<sup>5</sup> sull'imputazione ex se. In particolare, la disposizione parla di «donazioni» senza specificare se possa riferirsi anche a quelle indirette, come invece esplicita l'art. 737 c.c., tuttavia essa rinvia alle norme sulla collazione per la determinazione dell'oggetto dell'imputazione, rappresentando così la volontà del legislatore di voler far coincidere l'area della collazione con quella dell'imputazione<sup>6</sup>.

**2.** Delineata brevemente la disciplina applicabile alla donazione indiretta, occorre chiedersi se l'atto istitutivo di un trust e l'atto di dotazione possano qualificarsi come

Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2023, 1775 s.; in giurisprudenza si veda Cass., 21 maggio 2020, n. 9379, in *DeJure*, secondo la quale nella donazione indiretta la liberalità si realizza mediante il compimento di uno o più atti che, conservando la forma e la causa che è ad essi propria, realizzano l'effetto dell'arricchimento del destinatario, sicché l'intenzione di donare emerge solo in via indiretta dall'esame, necessariamente rigoroso, di tutte le circostanze di fatto del singolo caso, nei limiti in cui risultino tempestivamente e ritualmente dedotte e provate in giudizio fa chi ne abbia interesse.

<sup>2</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, 182 e s., il quale nega che il negozio indiretto costituisca una categoria giuridica perché il raggiungimento dello scopo ulteriore non costituisce che un motivo, estraneo al contratto e alla sua causa, e come tale giuridicamente irrilevante.

<sup>3</sup> TORRENTE, *La Donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 2006, 41 ss.; PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1950, 334 ss. In giurisprudenza si veda Cass., sez. un., 27 luglio 2017, 18725, in *DeJure*.

<sup>4</sup> IACOVINO, TAVASSI, CASSANDRO, *La donazione*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 1996, 102. La giurisprudenza sul punto è copiosa: si veda, da ultimo, Cass., 2 luglio 2024, n. 18098, in *DeJure*.

<sup>5</sup> La recente disciplina introdotta dalla L. 2 dicembre 2025, n. 182 non ha modificato il sistema della imputazione ex se, limitandosi esclusivamente ad incidere sulla restituzione degli immobili di provenienza donativa acquistati da terzi.

<sup>6</sup> 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, Milano, 1999, 221; FERRI, *Dei legittimari*, Art. 536-564, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1981, 261.

donazione indiretta. A ben guardare, la donazione indiretta si identifica con ogni negozio che, pur non avendo la forma della donazione, sia mosso da un fine di liberalità e abbia **l'effetto di arricchire gratuitamente il beneficiario, e nel quale l'intenzione di donare emerge solo in via indiretta, dal rigoroso esame di tutte le circostanze del singolo caso, nei limiti in cui siano tempestivamente e ritualmente dedotte e provate in giudizio<sup>7</sup>. Ne discende che l'atto istitutivo può senz'altro qualificarsi come donazione indiretta, ove l'intento sia quello di arricchire il beneficiario o i beneficiari del trust<sup>8</sup>. Intento che è dubbio possa realizzarsi in quelle ipotesi nelle quali il beneficiario e il disponente coincidano (c.d. trust autodestinato).**

È diffusa la qualificazione del trust liberale in termini di donazione indiretta **(categoria quest'ultima costituente, come detto, *species* del *genus* liberalità non donativa), poiché in esso l'arricchimento di un soggetto (il beneficiario) viene realizzato dal disponente mediante un meccanismo indiretto, prevedente la creazione di un ufficio di diritto privato (quello del trustee) il titolare del quale (titolare, altresì, del patrimonio separato costituente la dotazione del trust) dovrà far pervenire al beneficiario i vantaggi patrimoniali che l'atto istitutivo prevede. Negozio, questo, certamente atipico ma altrettanto certamente fornito di causa, e cioè lo spirito di liberalità.**

In particolare, il trust *inter vivos*, con effetti *post mortem*, deve essere qualificato come donazione indiretta<sup>9</sup>, **poiché l'attribuzione ai beneficiari dei beni in trust che ne costituiscono la dotazione avviene per atto del trustee, cui il disponente aveva trasferito la proprietà, sicché l'avvenuta fuoriuscita di tali beni dal patrimonio di quest'ultimo quando era ancora in vita esclude la natura *mortis causa* dell'operazione, nella quale l'evento morte rappresenta mero termine o condizione dell'attribuzione, senza penetrare nella giustificazione causale della stessa<sup>10</sup>. Nel caso in cui l'intento del disponente sia stato quello appunto di avvantaggiare, all'esito dell'attività gestoria del trustee, i beneficiari, l'opinione prevalente è nel senso che si sia al cospetto di un atto che, seppur diverso per forma dalla donazione tipica, attua in realtà una liberalità, la quale è soggetta alla disciplina dell'art. 809 c.c. La venuta ad esistenza di un patrimonio segregato, costituito dai beni in trust, e separato dal patrimonio personale del trustee, effetto naturale del vincolo di destinazione e richiesto quale effetto imprescindibile dall'art 11 della Convenzione sulla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento,<sup>11</sup> fa sì che non possa sussistere alcun reale trasferimento o arricchimento in capo al trustee,<sup>12</sup> che si**

<sup>7</sup> Da ultimo, Cass. Cass., 2 luglio 2024, n. 18098, cit.

<sup>8</sup> Un simile atto, pur essendo di per sé lecito e pur non determinando la fuoriuscita dei beni dal patrimonio del debitore, pregiudica i creditori del disponente la cui pretesa non sia sorta per la realizzazione dello scopo cui il trust è preordinato, determinando il c.d. *eventus damni* necessario per l'esperimento dell'azione revocatoria. L'atto istitutivo può arrecare pregiudizio alle ragioni creditorie, determinando una modifica qualitativa del patrimonio del debitore, tale da rendere più difficile l'esazione coattiva del credito. Si veda, sul punto Cass., 14 luglio 2023, n. 20232, in *DeJure*; Cass., 16 dicembre 2005, n. 27718 in *DeJure*; Cass., 25 maggio 2017, n. 13172 in *DeJure*; Cass., 3 febbraio 2015, n. 1902, in *DeJure*.

<sup>9</sup> ERRANI, *Trust e legittimari: esiste un problema di circolazione dei beni conferiti in trust?*, in Guerrieri, Luchetti, Lupoi, Manes, Martino, Tassani (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale*, Bologna, 2022, 85.

<sup>10</sup> Cass., 17 febbraio 2023, n. 5073, in *Foro it.*, 2023, I, 1137; in *Giur. it.*, 2023, 1535; in *Notariato*, 2023, 283.

<sup>11</sup> MANES, *sub art. 11 Convenzione de L'Aja 1° luglio 1985*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Sesta, II, Milano, Giuffrè, 2011, 2868.

<sup>12</sup> Diversa è l'ipotesi nella quale vi sia un trasferimento al trustee senza successivo ritrasferimento ai beneficiari. In questo caso il legittimario pregiudicato può esperire l'azione volta a far dichiarare l'inefficacia

realizzerà invece solo a favore dei beneficiari<sup>13</sup>. Non si può, quindi, qualificare liberalità l'attribuzione compiuta dal *settlor* al trustee per l'evidente mancanza dell'*animus donandi*<sup>14</sup>.

Ciò posto, in un trust liberale, ferma restando l'esigenza dell'adozione di una forma non solo scritta, come impone l'art. 3 della Convenzione de L'Aja, ma anche idonea a consentire la pubblicità del vincolo e l'opponibilità ai terzi, non è necessaria la forma prescritta dagli artt. 782 c.c. e 48 L.N. in tema di donazione, con particolare riguardo alla presenza dei testimoni. Come sopra detto, le liberalità non donative sono esenti dalle prescrizioni formali proprie della donazione, soggiacendo in punto di forma alle regole proprie del negozio effettivamente utilizzato. In altre parole, per quanto riguarda la forma, deve aversi riguardo alla disciplina del negozio diretto o negozio mezzo mentre, per quanto riguarda la sostanza (c.d. norme materiali), deve aversi riguardo al negozio indiretto o negozio fine<sup>15</sup>.

La qualificazione dell'atto istitutivo e dell'atto dispositivo quale donazione indiretta comporta l'applicazione delle norme sopra indicate ma giustifica, altresì, la disapplicazione di alcune disposizioni esclusivamente riservate alle donazioni dirette. È (o, meglio dire, era) il caso dell'opposizione stragiudiziale alla donazione, già prevista dall'art. 563, comma 4, c.c., oggi non più esistente a seguito della novella introdotta dalla L. 2 dicembre 2025, n. 182,<sup>16</sup> la quale aveva lo scopo precipuo di assicurare al legittimario, che agisca in riduzione per lesione di legittima, l'azione di restituzione dell'immobile donato anche nei confronti di eventuali terzi che avessero acquistato il bene dal donatario. In quest'ottica la giurisprudenza ha ammesso la facoltà del (futuro) legittimario, di agire per l'accertamento della simulazione della donazione, anche prima dell'apertura della successione, proprio al fine di consentire al soggetto di formalizzare l'opposizione, altrimenti impossibile a fronte di un atto che, apparentemente e formalmente, ha la veste di una compravendita, ravvisando quindi la legittimazione e l'interesse ad agire del parente in linea retta o del coniuge del donante, anche quando questi è ancora in vita<sup>17</sup>.

Tale facoltà, invece, non è stata riconosciuta nell'ipotesi di donazioni indirette<sup>18</sup>. Da un lato, infatti, la donazione indiretta non è riconducibile al fenomeno della simulazione, proprio perché si caratterizza, non per l'occultamento della reale volontà delle parti, ma per la effettiva volontà di porre in essere il negozio concluso (nella specie,

di tali atti; sul punto MANES, *sub art. 15 Convenzione de L'Aja 1° luglio 1985*, in *Codice delle successioni e donazioni*, cit., 2872.

<sup>13</sup> Cass., 26 ottobre 2016, n. 21614, in *T&AF*, 2017, 66; Cass., 17 luglio 2019, n. 19167, in *DeJure*; Cass., 24 dicembre 2020, n. 29507, in *DeJure*.

<sup>14</sup> PALADINI, *sub art. 809*, in *Codice delle successioni e donazioni*, cit., 1479.

<sup>15</sup> IACOVINO, TAVASSI, CASSANDRO, *La donazione*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 1996, 102.

<sup>16</sup> La novella prevede, tuttavia, che, restano salvi gli effetti degli atti di opposizione già notificati e trascritti ai sensi dell'articolo 563, quarto comma, del codice civile nel testo previgente e fermo quanto previsto dal medesimo comma. in mancanza di notificazione e trascrizione della domanda di riduzione o dell'atto di opposizione previsto dal terzo periodo, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, gli articoli 561, 562, 563, 2652 e 2690 del codice civile, come modificati dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche alle successioni aperte in data anteriore a quella di entrata in vigore della predetta legge, decorsi sei mesi dalla sua entrata in vigore.

<sup>17</sup> Cass., 14 settembre 2022, n. 27065; Cass., 11 febbraio 2022, n. 4523 e Cass., 9 settembre 2019, n. 22457.

<sup>18</sup> Sul punto si veda Trib. Roma, 9 settembre 2025, n. 12325.

compravendita immobiliare, o costituzione di trust), che ha di questo tutti i requisiti essenziali, di contenuto e di forma, solo perseguendo, in via indiretta, un intento di liberalità, che si realizza con il non far pagare alla parte beneficiata il prezzo **dell'acquisto; dall'altro, la medesima giurisprudenza ha acutamente rilevato la differenza di effetti delle due ipotesi (donazione, anche se dissimulata e donazione indiretta), proprio ai fini della possibilità di ottenere la restituzione dell'immobile in natura da parte del terzo acquirente dal donatario, a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione;** infatti, mentre gli aventi causa dal donatario possono essere attinti da tale richiesta, nel caso di donazione diretta (anche se dissimulata), invece, essi sono «al riparo da ogni pretesa restitutoria del legittimario nella diversa ipotesi di riduzione di una donazione **indiretta; infatti, in tale ultima ipotesi, poiché l'azione di riduzione non mette in discussione la titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito**»<sup>19</sup>.

La tesi sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria appare condivisibile non solo **perché appare illogico consentire un'azione recuperatoria su un bene che non è mai appartenuto al donante, futuro *de cuius*, ma anche alla luce dall'abrogata disciplina che era prevista dall'art. 563 comma 4 c.c. che, laddove interpretata estensivamente, avrebbe posto un freno inaccettabile alla circolazione immobiliare.** La tesi è ancor più condivisibile se si pensa che il legislatore, chiamato a intervenire a poco più di vent'anni dall'introduzione dell'opposizione di cui all'art. 563 c.c., ha optato per l'eliminazione di tale strumento, eccessivamente gravoso per la circolazione immobiliare.

**3.** Come detto, la categoria della donazione indiretta costituisce un ampio contenitore nel quale ricomprendere tutti quei negozi, diversi dalla donazione tipica, ma che vengono utilizzati allo scopo di attuare in via mediata effetti economici equivalenti a quelli prodotti dal contratto di donazione.<sup>20</sup> **In tale ampia categoria devono senz'altro ricomprendersi anche gli atti di rinuncia ad un diritto.** Essi sono atti unilaterali non recettizi con cui il rinunziante in modo diretto estingue il proprio diritto e in modo indiretto ed eventuale può determinare **l'incremento del patrimonio del terzo.**<sup>21</sup> La rinuncia viene definita come il negozio giuridico con il quale il titolare del diritto soggettivo dismette il diritto stesso senza trasferirlo ad altri.<sup>22</sup> Essa consiste nella dismissione di un diritto da parte del suo titolare e ha di per sé ha una mera funzione abdicativa e, secondo la prevalente dottrina<sup>23</sup>, la sua causa risiederebbe nella dismissione della situazione giuridica. Può tuttavia parlarsi, a tal proposito, di negozio a causa

<sup>19</sup> Cass., 2 dicembre 2022, n. 35461, che, tra l'altro, in motivazione, confuta anche l'avversa conclusione cui sembra giungere Cass., 11 febbraio 2022, n. 4523, la quale, senza meglio approfondire la questione e senza tenere conto del precedente contrario (Cass., 12 maggio 2010, n. 11496), aveva apoditticamente ritenuto estensibile la tutela ex art. 563 c.c. anche alle donazioni indirette.

<sup>20</sup> CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, VI, Torino, 1997, 498.

<sup>21</sup> PALADINI, *sub art. 809*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Sesta, Milano, 2023, 1474.

<sup>22</sup> Cass., 30 ottobre 2020, n. 24040, in *Corr. Giur.*, 2021, 1102 ss., con nota di C. Gabbanelli, *Caratteri della donazione indiretta e differenze con il negozio simulato*.

<sup>23</sup> CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 211-212; R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018, 118-119.

variabile<sup>24</sup> in quanto la causa della rinuncia può in concreto colorarsi, attraverso **l'esercizio dell'autonomia privata, in negozio oneroso o gratuito per perseguire diversi fini**, tra i quali, certamente, quello liberale.

Assume particolare rilievo la remissione del debito, che viene considerata dalla dottrina prevalente<sup>25</sup> una rinuncia al credito, e che può rappresentare donazione indiretta laddove sia mossa da animo liberale. Per i sostenitori della tesi che nega **l'ammissibilità della donazione liberatoria**<sup>26</sup>, ogni qualvolta il titolare di un diritto di credito dismette con animo liberale il diritto medesimo deve sempre parlarsi di **remissione del debito, ciò anche ove intervenga l'accettazione del soggetto al quale la dismissione giova**. Tuttavia, non può non osservarsi come la rinuncia e la donazione (liberatoria) abbiano funzioni nettamente diverse in quanto la prima svolge una funzione meramente abdicativa, mentre la seconda essenzialmente attributiva<sup>27</sup>. Dal negozio **abdicativo possono conseguire effetti su sfere giuridiche diverse da quelle dell'autore ma**, quando questo effetto giuridico viene assunto dai soggetti come elemento essenziale del contenuto del negozio, la sua funzione è attributiva e non abdicativa, e la struttura contrattuale appare perfettamente coerente. Tornando alla remissione, essa non ha necessariamente effetto donativo, come nel frequente caso nel quale sia compiuta per **evitare il pagamento di un'imposta. Attraverso di essa è possibile raggiungere l'effetto donativo in via indiretta**, ciò non toglie che sia comunque possibile seguire la via diretta della donazione liberatoria. Con la donazione, infatti, a differenza di quanto avviene con la semplice remissione, si raggiunge immediatamente il risultato di dare definitività al regolamento dettato con il negozio, sottraendolo alla situazione di incertezza determinata dalla possibilità del rifiuto da parte del debitore prevista per la remissione<sup>28</sup>. Non può non menzionarsi, infine, la circostanza che il negozio diretto, cioè la donazione **liberatoria, dispensa dall'onere probatorio che grava sui soggetti del negozio indiretto**.

Per comprendere se in concreto la rinuncia costituisca donazione indiretta bisogna verificare se il rinunziante abbia agito con spirito di liberalità e con lo scopo di arricchire **l'eventuale destinatario**<sup>29</sup>. Potrebbe, infatti, accadere che la rinuncia venga posta in essere per altri scopi. A questo riguardo possono costituire elementi rilevanti la persona del beneficiario e i motivi che hanno spinto il disponente a rinunciare al proprio diritto.

In primo luogo, la rinuncia può avere ad oggetto un diritto reale; in tale ipotesi **l'arricchimento in capo al beneficiario si produce direttamente, a prescindere dalla presenza o meno dell'intento liberale in capo al rinunziante. La rinuncia, c.d. abdicativa**, produce due differenti tipologie di effetti, quello essenziale, che consiste nella fuoriuscita del diritto dalla sfera giuridica del titolare, e quello riflesso che varia in base alla

<sup>24</sup> Per contro, altra dottrina ritiene che la sua causa sia neutra, né onerosa, né gratuita. Sul punto cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 224; IACCARINO, *La rinuncia nel diritto italiano, I singoli casi in materia civile e processuale*, Napoli, 2020, 13 ss.

<sup>25</sup> Per tutti si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 218.

<sup>26</sup> Secondo TORRENTE, *La Donazione*, cit., 211 ss., **l'animo liberale non trasformerebbe la remissione in donazione liberatoria**, ma si limiterebbe unicamente ad integrare una donazione indiretta.

<sup>27</sup> BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961, 396 ss.; A. Cataudella, *Considerazioni in tema di donazione liberatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 757 ss.; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 499 e 528 s.; CARRABBA, *Rinuncia e donazioni indirette*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2022, 2, 929.

<sup>28</sup> Così osserva CATAUDELLA, *Considerazioni in tema di donazione liberatoria*, cit., 757.

<sup>29</sup> TORRENTE, *La Donazione*, cit., 211 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, cit., 405 ss.

circostanza concreta. Quest'ultimo può consistere nella estinzione del diritto o nell'acquisto di questo in capo ad altri soggetti, ovvero nella sopravvivenza di questo quando vi siano interessi di altri soggetti (come avviene, ad esempio, ai sensi dell'art. 2814 c.c., con l'estinzione dell'ipoteca costituita su un diritto di usufrutto, la quale, in caso di rinuncia al diritto, si estingue al verificarsi dell'evento che avrebbe prodotto l'estinzione dell'usufrutto). La rinuncia abdicativa<sup>30</sup> di un diritto reale è ammissibile purché esso non divenga *res nullius*, ovvero finché l'effetto riflesso si devolva su un soggetto determinato o determinabile<sup>31</sup>. Il negozio giuridico attraverso il quale si pone in essere la rinuncia abdicativa è un atto unilaterale, la cui causa secondo alcuni<sup>32</sup> risiede esclusivamente nella dismissione di un diritto, che non richiede alcun controllo sulla meritevolezza in quanto si tratterebbe di un negozio avente contenuto non patrimoniale e l'eventuale trasferimento ad altri soggetti non sarebbe un effetto voluto dagli autori ma da una previsione normativa.<sup>33</sup> A ciò deve aggiungersi che il negozio di rinuncia è stato definito come incolore, non potendo essere ricondotto né alla categoria degli atti a titolo oneroso, né alla categoria degli atti a titolo gratuito<sup>34</sup>. Non è, tuttavia, mancata giurisprudenza che ha stabilito che la rinuncia abdicativa costituisce una donazione a condizione che tra questa e l'arricchimento vi sia un nesso di causalità diretta<sup>35</sup>.

La rinuncia può riguardare anche un credito, tuttavia, come sopra detto, è necessario che dall'atto di rimessione del debito emerga un intento liberale del rinunziante, al fine di permettere al debitore rimesso di valutare se profittare o meno della liberalità<sup>36</sup>. Tale forma di rinuncia si distingue dalla donazione liberatoria in quanto quest'ultima non è un atto unilaterale ma, al contrario, richiede un accordo tra le parti e, inoltre, esige il rispetto dei requisiti formali di cui all'art. 782 c.c.

Infine, la rinuncia può avere ad oggetto anche l'eredità. È discusso se la rinuncia all'eredità, fatta con l'intento di donare, integri un'ipotesi di donazione indiretta: taluni sostengono che, nel caso in cui questa avvenga a favore di alcuni dei coeredi, si avrà una donazione diretta<sup>37</sup>; viceversa, secondo altri, la rinuncia all'eredità senza indicazione dei beneficiari sarebbe configurabile come donazione indiretta<sup>38</sup>. Tuttavia, tale ultima rinuncia si ritiene che non possa qualificarsi come liberalità indiretta, in considerazione

<sup>30</sup> Pur non riuscendo ad approfondire il tema della rinuncia abdicativa, si ritiene comunque necessario citare sul tema la sentenza a Sezioni della Suprema Corte dell'11 agosto 2025, n. 23093.

<sup>31</sup> GENGHINI, CAMPANILE, CRIVELLARI, *I diritti reali*, in *Manuali notarili*, a cura di Genghini, Milano, 2024, 375 s.

<sup>32</sup> SACCO, *Negozio astratto, negozio giuridico (circolazione del modello), nullità e annullabilità*, Torino, 1995; BETTI, *Astrazione (negozio astratto)*, in *Nov. Dig. It.*, I, 2, Torino, 1968, 1469 ss. In senso contrario MACIOCE, *Rinuncia (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, XL, 1989, Milano, il quale sostiene che la rinuncia debba sempre essere accompagnata da un giudizio di meritevolezza in quanto trattasi di un negozio a contenuto patrimoniale.

<sup>33</sup> SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Dig. Disc. Priv.*, XVII, Torino, 1998, 661; PUGLIATTI, FALZEA, *I fatti giuridici*, Milano, 1996, 41.

<sup>34</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 224; OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 293; MACIOCE, *Rinuncia (dir. Priv.)*, cit., 929.

<sup>35</sup> Cass., 30 dicembre 2013, n. 13117, in *DeJure*.

<sup>36</sup> PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, 85.

<sup>37</sup> PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, cit., 86, il quale afferma che il caso di specie costituisca una proposta di donazione dell'eredità.

<sup>38</sup> CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 499.

del fatto che il legislatore intende prescindere dalla volontà di donare per attenersi soltanto alla qualifica di rinuncia data al negozio,<sup>39</sup> ciò in coerenza anche con il principio espresso dall'art. 521 c.c., in virtù del quale chi rinuncia all'eredità è considerato come se non fosse mai stato chiamato e il rinunziante, in quanto tale, non può certo trasmettere, né in via diretta né in via indiretta diritti successori, essendo egli estraneo all'eredità. In definitiva, la rinuncia all'eredità potrà configurarsi come donazione solo ove emerga chiaramente dall'atto l'*animus donandi* mentre, ove dall'atto non risulti tale volontà, non vi è ragione di attribuire, sia pure in via indiretta, alla rinuncia la natura di donazione<sup>40</sup>. Rientrano senz'altro nella prima ipotesi la donazione dei diritti successori (art. 477 c.c.), tra i quali devono ricomprendersi anche il diritto di accettare o di rinunciare, la quale determina accettazione dell'eredità, nonché la rinuncia gratuita a favore di alcuni soltanto dei chiamati (art. 478 c.c.). La seconda ipotesi, invece, sarebbe quella prevista dall'art. 519, c. 2, c.c., la quale si riferisce alla rinuncia dell'eredità fatta gratuitamente a favore di tutti coloro ai quali si sarebbe devoluta la quota del rinunziante senza alcuna precisazione, dunque, in merito a determinati beneficiari.

Nella ricognizione delle ipotesi più significative che l'esperienza giurisprudenziale<sup>41</sup> ha ricondotto nell'ambito delle donazioni indirette viene annoverata tanto la rinuncia ad un diritto, di cui si è parlato, quanto l'azione volta alla sua tutela. In più occasioni, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che la rinuncia ad un diritto, se fatta al fine di avvantaggiare un terzo, può comportare donazione indiretta, purché sussista fra donazione e arricchimento un nesso di causalità diretta, ossia se l'arricchimento rientri nella normale sequenza causale originata dalla rinuncia<sup>42</sup>.

Non sono mancate tuttavia orientamenti che non hanno ritenuto configurabile una donazione indiretta nell'ipotesi nella quale il beneficiario rinunci ad una disposizione testamentaria lesiva della legittima<sup>43</sup>. La rinuncia al diritto oggetto della disposizione lesiva, se non effettuata con dal rinunziante con *animus donandi*, non determina donazione indiretta ancorché egli agisca nella consapevolezza di rinunciare ad un diritto spettante al legittimario.

**4.** Dalle considerazioni sopra svolte, emerge la facoltà per il legittimario leso di agire in riduzione contro i negozi di disposizione quando il compito affidato al trustee da parte del disponente determini una liberalità indiretta verso i beneficiari del trust<sup>44</sup>. La riconduzione dell'atto nel novero delle liberalità non donative di cui all'art. 809 c.c. porta a dover reputare che la tutela dei diritti successori dei legittimari, asseritamente

<sup>39</sup> TORRENTE, *La Donazione*, cit., 50; tra chi qualifica tale tesi come minoritaria si veda PALADINI, *sub art. 809*, in *Codice delle successioni e donazioni*, cit., 1475. Si vedano PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, cit., 87 e BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1961, 1033, i quali, seguendo la tesi che si qualifica come maggioritaria, sottolineano come, in questo caso, il chiamato all'eredità compia un mero atto di rifiuto, senza acquistare alcun bene, da ciò derivando l'impossibilità di qualificare tale rinuncia come donazione.

<sup>40</sup> FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1968, 86 ss.

<sup>41</sup> Si veda l'importante intervento di Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, in *Foro it.*, 11, I, 3345.

<sup>42</sup> Cass., 27 luglio 2000, n. 9872, in *DeJure*; Cass., 11 giugno 2019, n. 15666, in *DeJure*.

<sup>43</sup> Cfr. da ultimo Cass., 28 luglio 2023, n. 23090, in *Notariato*, 2024, 5, p. 524, con commento di MENNA, *Rinuncia ad una disposizione testamentaria lesiva e donazione indiretta a favore del legittimario*.

<sup>44</sup> LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Milano, 2024, 329; AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, I, 683.

pregiudicati da tali atti, sia assicurata con l'esercizio dell'azione di riduzione, rimedio che determina la mera inefficacia dell'atto pregiudizievole.

A ben guardare, costituisce un'ipotesi di donazione indiretta anche la rinuncia di un legittimario, poi deceduto, a far valere l'inefficacia di quanto trasferito al trustee da parte del coniuge disponente, defunto anni prima. Ne conseguirebbe che, nel computo della riunione fittizia di cui all'art. 556 c.c., andrebbe ricompreso nel *donatum* del rinunciante tanto quanto disposto in vita, tanto quanto da esso rinunciato (in qualità di legittimario di altro soggetto)<sup>45</sup>.

Per la configurazione di una donazione indiretta, con la quale si perviene al medesimo effetto di una donazione formale, l'impoverimento non può essere inteso nella specie come trasferimento di un bene già facente parte del patrimonio del disponente, dalla sua sfera patrimoniale a quella dei beneficiari, ma va considerato quale mancato consapevole esercizio - sorretto da intento liberale - della possibilità di arricchire il proprio patrimonio, in favore della parte che da tale azione ne sarebbe risultata impoverita<sup>46</sup>. Occorre, in ogni caso, verificare caso per caso se il rinunciante sia consapevole del suo impoverimento e del conseguente arricchimento del beneficiario, e se la rinuncia all'azione sia mossa da spirito di liberalità.

<sup>45</sup> Sul punto si veda Trib. Mantova, 26 settembre 2024, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2025, 299.

<sup>46</sup> Cass., 28 luglio, 2023, n. 23036, in occasione della quale la Suprema Corte ha affermato che la rinuncia del coniuge all'azione di riduzione può comportare un arricchimento nel patrimonio della figlia beneficiata in presenza di un nesso di causalità diretta tra donazione e arricchimento.

# Note minime in tema di revocatoria ordinaria degli atti costitutivi di obbligazione \*

di DAVIDE MARIA LOCATELLO  
Ricercatore in Diritto privato  
Università di Bologna

## ABSTRACT

L'articolo indaga l'ipotesi controversa dell'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria nei confronti di un atto di assunzione di obbligazioni, dunque in apparenza privo del carattere dispositivo richiesto dall'art. 2901 cod. civ. Dopo aver analizzato gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sul tema, l'Autore mette in luce le ragioni che consigliano di approdare ad una nozione di atto di disposizione autonoma nell'ambito del sistema dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.

The article investigates the controversial case of Paulian action against an act of assumption of obligations, which apparently lacks the dispositive nature required by Article 2901 of the Italian Civil Code. After analysing scholarly opinions and case law on the topic, the author advocates for the development of an autonomous concept of "atto di disposizione" within the context of precautionary measures available to the creditor.

**SOMMARIO:** 1. Posizione del problema e delimitazione dell'oggetto dell'indagine; 2. L'allargamento del perimetro degli "atti di disposizione" agli atti costitutivi di diritti di godimento (pur se) personali; 3. L'assunzione di un'obbligazione come atto idoneo ad innescare l'eventus damni; 4. Lesività mediata dalla solutio e la formazione progressiva dell'eventus damni?; 5. Ancora sugli effetti dell'accoglimento dell'azione revocatoria rivolta contro un atto costitutivo di un vincolo obbligatorio; 6. Conclusioni: il patrimonio come oggetto dell'atto di disposizione.

**1.** Nel delineare il perimetro oggettivo dell'azione revocatoria ordinaria, un Maestro del diritto civile non mancava di inserire tra gli «atti di disposizione» ex art. 2901 c.c., intesi in generale come quelli «che importano una modificazione della sua situazione patrimoniale», anche le «assunzioni di debito»<sup>1</sup>.

L'opinione ha trovato molte ed autorevoli le voci a sostegno. L'idea che pare più diffusa in dottrina è nel senso che la locuzione impiegata dal legislatore nel contesto della disciplina dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale sfugga alla dicotomia

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 22.12.2025.

<sup>1</sup> NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, 2ª ed., in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1961, 228

categoriale tra negozi di “disposizione” e di “obbligazione”<sup>2</sup>, la quale è frutto di un’intensa elaborazione dottrinale<sup>3</sup>. Dicotomia che pure affiora normativamente, nello stesso c.c., come comprova la definizione legale che l’art. 769 c.c. - sotto il profilo dell’oggetto del contratto - dà della donazione.

Tuttavia, non si tratta di una posizione incontrastata, come conferma il fatto che, anche in tempi relativamente recenti, si è ribadita la tesi contraria, giusta la quale «*l’assunzione di altre obbligazioni da parte del debitore, pur potendo incidere sulla garanzia patrimoniale attraverso il concorso di altri creditori nell’espropriazione dei suoi beni, non rientra tra gli atti di disposizione suscettibili di revoca*», radicata nell’assunto che «*con essa non si realizza alcuna sottrazione diretta o indiretta dei beni del patrimonio responsabile, ma si amplia soltanto il numero dei creditori garantiti*»<sup>4</sup>.

Del resto, l’allargamento del concetto di disposizione impatta non poco sulla fisionomia e sugli effetti del rimedio pauliano, sol che si pensi che l’art. 2902 c.c. orienta le «azioni esecutive o conservative», dell’attore vittorioso verso i «terzi acquirenti», «sui beni che formano oggetto dell’atto impugnato».

Dunque, non è di poco momento indagare le ragioni che giustificano una lettura della formula legislativa, di cui è agevole apprezzare la maggior pregnanza rispetto a quella impiegata all’art. 1235 del previgente codice civile, che evocava «gli atti che il debitore abbia fatti in frode» ai creditori senza complementi di specificazione, funzionalmente indipendente dalla tradizionale classificazione dei negozi sopra ricordata.

Se poi si osserva il panorama giurisprudenziale, pur naturalmente affiorando la rilevanza in concreto della questione, non si rinvencono pronunce che l’abbiano esaminata *expressis verbis* e in maniera sistematica.

Le ragioni di ciò, s’immagina, possono essere molteplici. Intuitivamente, l’interesse pratico per il creditore ad agire con la pauliana è stimolato dall’acquisizione della consapevolezza, sovente per il tramite della consultazione dei pubblici registri, che il debitore ha compiuto un atto con cui ha alienato un proprio bene, o su di esso ha costituito un diritto reale di godimento o di garanzia ovvero vi ha apposto un vincolo di destinazione (artt. 170 e 2645-ter c.c.), sì da sottrarlo, in tutto o in parte, all’azione esecutiva: oltre a lasciare nessuna o minori “tracce”, l’avvenuta contrazione di debiti

<sup>2</sup> *Ex permultis*, cfr. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Cedam, 1970, 51; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, 1974, 191 ss.; COSSU, voce *Revocatoria ordinaria (azione)*, in *Dig. it. disc. priv.*, XVII, Utet, 1998, 467; BIGLIAZZI GERI, voce *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, 1991, 7; TERRANOVA, *Degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca alla Legge fallimentare* a cura di Bricola e Galgano, t. 1, Zanichelli e Soc. ed. del Foro italiano, 1993, 74 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Giuffrè, 1995, 200 ss.

<sup>3</sup> Su cui v. MENGONI e REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, 191 ss., secondo cui non sarebbero includibili nella prima categoria i «contratti destinati a determinare uno spostamento patrimoniale, ma inidonei a produrre immediatamente tale effetto».

<sup>4</sup> MONTELEONE, *sub art.* 2901, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di Bonilini e Chizzini, Utet, 2015, 776; contro l’impugnabilità dei negozi d’obbligazione, anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, t. 2, Utet, 1952, 301, ma più sfumato in *Id.*, *Teoria generale dell’obbligazione*, IV, *Difesa preventiva e successiva dell’obbligazione*, Giuffrè, 1955, 191, laddove chiarisce il sostrato dottrinale della scelta terminologica nel senso sono atti di “disposizione”, oltre le alienazioni, anche «altri atti i quali rendano peggiore la situazione di chi li compie»; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Giuffrè, 1959, 191; più di recente, FOTI, *Potere di disposizione e circolazione delle situazioni giuridiche soggettive*, ESI, 2019, 14 s., testo e nota 17.

verso terzi (siano oppure no già creditori) è anche fenomeno obiettivamente e comparativamente meno capace di incutere preoccupazione, in quanto non incidente su *asset* patrimoniali in ordine ai quali il creditore confida di potersi soddisfare.

**D'altro canto, rende meno pressante sciogliere il dubbio costituente il fondo della questione il rilievo per cui, nella prassi pretoria, la revocatoria ordinaria, quantunque esperibile anche ad insolvenza dell'imprenditore sopra soglia dichiarata, è probabilmente meno frequente di quella, appunto, concorsuale, la quale, inoltre, risponde a logiche microsistemiche ostative - almeno se si accede alla teoria anti-indennitaria, che pare prevalsa in giurisprudenza - ad un'operazione concettuale di *reductio ad unitatem*<sup>5</sup>.**

Purtuttavia, ciò non significa che il problema non si delatentizzi nella prassi **ogniqualevolta venga impugnato con il rimedio revocatorio un atto senz'altro privo di effetti abdicativi o traslativo-costitutivi di diritti su beni del debitore - ma non necessariamente di effetti pregiudizievoli per la *par condicio creditorum* - come nel caso, eminente, del contratto preliminare ad oggetto immobiliare trascritto nei pubblici registri, peraltro tuttavia seguito dalla conclusione del definitivo (su cui v. par. 4).**

**Insomma, la materia merita un'indagine ben più ampia delle presenti note, alle quali si vuole attribuire il (modesto) compito di fissare alcuni punti fermi e di gettare le basi per la ripresa di un dibattito che, pur di certo non assente nel panorama dottrinale, non ha forse ricevuto l'organica trattazione cui può aspirare.**

**2.** La Prima di soffermarsi sugli argomenti favorevoli e contrari alla tesi che per comodità potrebbe definirsi “estensiva”, è opportuno esplorare una terra quasi “di mezzo” tra l'atto di disposizione (nel senso sopra precisato) e l'atto che ha per effetto l'assunzione di un'obbligazione.

Si tratta delle ipotesi in cui dall'atto di autonomia privata del debitore scaturisce in favore di un terzo un diritto riconducibile alla nota - e sotto molti profili disputata - categoria dei diritti personali di godimento, la cui autonomia dogmatica rispetto al diritto di credito appare, allo stato attuale del dibattito scientifico, oramai generalmente acquisita<sup>(6)</sup>.

Evidentemente, qui, il terzo acquista un diritto che, pur non assimilabile ad un diritto reale inerente alla *res*, ha pur sempre ad oggetto il godimento di un bene suscettibile di essere sottoposto ad esecuzione forzata.

**Non è dirimente, tuttavia, il nudo dato per cui l'assunzione dell'obbligazione verso il titolare del diritto personale di godimento integra una programmata “compressione” delle facoltà dominicali, la cui eseguibilità in via coattiva è assicurata dalle norme in tema di adempimento del contratto.**

**Piuttosto, nell'ottica dei creditori e dell'aggiudicatario della proprietà del bene in sede di vendita forzata, risulta centrale il profilo della opponibilità ai terzi del diritto di godimento della cosa altrui o, se si preferisce, del relativo atto costitutivo, a prescindere da ogni discussione circa la “realificazione” del diritto in parola<sup>7</sup>.** Nella misura in cui

<sup>5</sup> Per una recente rimediazione dei rapporti tra revocatoria ordinaria e concorsuale v., però, POMPILI, *Revocatoria ordinaria e concorso dei creditori*, Giuffrè, 2025, 34.

<sup>6</sup> Per una recente ricostruzione della categoria, anche nei suoi tratti differenziali rispetto alle situazioni reali, v. Buset, *L'attribuzione interinale del godimento*, ESI, 2021, 475 ss., testo e nota 804-5.

<sup>7</sup> Cfr. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, 2ª ed., nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 2011, 95 ss.

venga garantita dalla legge, come nel caso della locazione, giacché *emptio non tollit locatum*, l'opponibilità del relativo atto costitutivo è idonea a decrementarne il valore di mercato; dunque, a realizzare quella diminuzione della garanzia patrimoniale generica che quando assurga ad *eventus damni* consente (al ricorrere degli ulteriori presupposti) l'accoglimento dell'azione revocatoria.

Alla luce di ciò, anche chi propugna un'interpretazione "restrittiva" del lemma "disposizione" impiegato nell'art. 2901 c.c. non dovrebbe faticare ad ammettere che la costituzione diritto personale *su di un bene* opponibile ai terzi, e perciò negativamente incidente sulla liquidazione coattiva del cespite che ne forma oggetto, autorizza la reazione del creditore.

A un tale approdo è giunta pure la giurisprudenza di legittimità, allorché, in tempi recenti, ha ribadito, con riferimento ad un contratto di locazione di durata ultranovennale trascritto, che «l'azione revocatoria può essere esperita contro qualunque atto di disposizione del patrimonio del debitore che rechi pregiudizio alle ragioni del creditore; ipotesi che può ben ricorrere anche nel caso di atti...che, pur non essendo traslativi del bene, ne limitino, anche indirettamente, la possibilità di aggressione in sede esecutiva, pregiudicando le ragioni del creditore»<sup>8</sup>.

In merito alla concettualizzazione ora riferita, va tuttavia rilevato che la distinzione pretoria tra atti dispositivi "traslativi" e dispositivi "limitativi" (anche indirettamente) delle *chance* di fruttuosa liquidazione del cespite che ne forma oggetto sembra animata da preoccupazioni pratiche e pragmatiche, piuttosto che costruita su solide basi dogmatiche.

Con essa, infatti, la dilatazione (immotivata) della categoria dell'atto di disposizione sul bene parrebbe invero mascherare la, distinta, contrapposizione ordinante tra atti di ordinaria amministrazione - o *conservativi* - ed atti eccedenti - o *dispositivi* -, ossia quelli che, pur non espressione di una facoltà dispositiva del diritto di proprietà su un bene, «possono mettere in qualche modo a repentaglio le poste attive del patrimonio»<sup>9</sup>. Si attua però, per questa via, una discutibile assimilazione tra atto propriamente *dispositivo*, in quanto abdicativo, traslativo o traslativo-costitutivo (ovvero, ancora, imprimente un vincolo di destinazione accompagnantesi ad una separazione patrimoniale), da un lato, e atto costitutivo di un rapporto personale di godimento, dall'altro<sup>10</sup>.

Tuttavia, non v'è chi non veda che se ragioni di opportunità pratica dovessero legittimare l'abbandono del nitore concettuale, asseritamente al cuore della locuzione dell'art. 2901 c.c., le medesime preoccupazioni dovrebbero tanto più giustificare la soluzione ermeneutica volta ad abbracciare anche atti costitutivi di obbligazioni; soluzione su cui ci si può ora, con maggior costrutto, soffermare.

**3. Se l'opponibilità del titolo costitutivo del diritto personale di godimento consente di affermare con facilità l'effetto di deterioramento risultante per la situazione patrimoniale del debitore, non altrettanto si può dire della contrazione di un debito che "si limiti" ad aggravare il passivo, incrementando il numero o la misura del concorso tra i creditori dello stesso debitore.**

<sup>8</sup> Cfr. Cass. 16 novembre 2020, n. 25854, in *Onelegale*; e già, Cass., 22 gennaio 1970, n. 138, in *Foro it.*, 1970, 2154 ss.

<sup>9</sup> Così, nella lettura di tale orientamento, già di NATOLI e BIGLIAZZI GERI, op. cit., 191.

<sup>10</sup> V., infatti, LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Giuffrè, 1972, 203 s.

Un argomento speso in favore della tesi affermativa, di natura letterale, si trae dallo stesso art. 2901 c.c.: il secondo comma, laddove afferma che «*agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito*», lascia fondatamente intendere **che anche l'assunzione di una garanzia personale**, ad es. mediante fideiussione, è idonea a concretare un "atto di disposizione"<sup>11</sup>.

**Non si può obiettare, al riguardo, che l'estensione è compiuta proprio dalla legge;** dunque, che la previsione sarebbe stata inutile se il punto non fosse stato controvertibile. Infatti, il dubbio che si voleva ivi dissipare è diverso e attiene alla qualificazione come oneroso (e non gratuito) di un atto la cui struttura, neutra sotto tale profilo (segnatamente rispetto ai debiti altrui), potrebbe in effetti sollevare difficoltà interpretative. **Piuttosto, è vero che nell'affrontare la questione il legislatore parrebbe aver dato per scontato quella, diversa e logicamente prioritaria, della natura ("dispositiva") dell'atto.**

Oltre a quanto appena rilevato, i dati testuali non aiutano; anzi, semmai rimangono in direzione opposta o appaiono, comunque, incolori.

La ricerca di elementi a favore della soluzione positiva, *pro* revocabilità di negozi "meramente" costitutivi di obbligazioni, impone di soffermarsi sulla previsione per cui l'adempimento del debito scaduto non è revocabile (art. 2901, comma 3, c.c.).

**Ora, com'è noto, il fondamento dell'esenzione da revocatoria ordinaria viene comunemente radicato nel carattere necessitato della *solutio*<sup>12</sup>. Con la revocatoria si possono, cioè, colpire solo atti che siano manifestazione di arbitrarietà (o di autonomia, se si preferisce) del debitore. D'altronde, se l'obbligazione è valida, l'inadempimento alla scadenza dà luogo a responsabilità e, dunque, non solo il passivo non viene "alleviato", bensì ne risulta "aggravato" dalla condotta antigiuridica dello stesso debitore, proprio contro gli interessi degli altri creditori.**

**Se appare forse non incontrovertibile l'opinione, poggiante sull'affermata inoperatività del principio della *par condicio creditorum* fuori dall'ambiente delle procedure concorsuali, per cui l'adempimento del debito scaduto dà luogo ad una situazione neutra (a somma zero) per gli altri creditori<sup>13</sup>, rimane pur sempre vero che «se vigesse la regola opposta, non solamente si rischierebbe di creare un'intollerabile paralisi o comunque un'instabilità nei traffici giuridici, bensì si finirebbe per rischiare di aggravare la complessiva esposizione debitoria, a detrimento, paradossalmente, proprio dell'interesse da proteggere»<sup>14</sup>. Questa stessa *ratio* esclude, coerentemente, che l'adempimento realizzato con mezzi "anormali", segnatamente con la *datio in solutum* possa sfuggire - per l'arbitrarietà che connota la relativa decisione - alla pauliana.**

**L'ordinamento, dunque, fuori dal concorso che si apre a seguito della dichiarazione di insolvenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, dimostra di reputare prevalente l'interesse generale del mercato alla sicurezza del credito rispetto a quello del singolo creditore (che non abbia tempestivamente agito per compiere atti conservativi sui beni**

<sup>11</sup> Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, op. cit., 192.

<sup>12</sup> Cfr. tra i molti, NICOLÒ, op. cit., 234; NATOLI, voce *Azione revocatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 895.

<sup>13</sup> Cfr. MAFFEI ALBERTI, op. cit., 51.

<sup>14</sup> Cfr. GUARDIGLI, *La sequenza preliminare-definitivo nel prisma dell'azione revocatoria*, in *Juscivile*, 2023, 811.

del suo debitore, il quale, con i medesimi beni, provveda a soddisfare le obbligazioni scadute). Il terzo, in altre parole, non può vedere pregiudicato lo stabile incameramento della prestazione per ragioni attinenti alla situazione patrimoniale del *solvens*, **allorquando, appunto, si limiti a ricevere ciò che gli è dovuto** (“*nihil dolo creditor facit qui suum recipit*”).

Tutto ciò al contempo suggerisce che il divieto (per il creditore ed il giudice) di sindacare il contegno debitorio al momento della *solutio* non esclude la valutazione della *scientia damni* (o, se si preferisce, *consilium fraudis*) al momento del compimento **dell’atto che costituisce il debito, la cui (pur, appunto, doverosa) esecuzione sia idonea a lasciare i creditori preesistenti, per l’intervento anche del nuovo creditore in sede esecutiva, in tutto o in parte insoddisfatti. Anzi, «[n]egando la revocabilità dell’assunzione di nuove obbligazioni, infatti, si potrebbe arrivare facilmente ad eludere le norme dettate in tema di azione revocatoria: sarebbe, infatti, sufficiente che il debitore...si accordasse con soggetti compiacenti, assumendo una serie di nuove obbligazioni a breve scadenza e provvedendo al loro “regolare” pagamento»<sup>15</sup>.**

Del resto, se è vero che, come anticipato, l’adempimento con mezzi differenti da quelli pattuiti, oppure compiuto *ante diem*, esibisce un’autonoma portata lesiva, in quanto frutto di un’autonoma e libera decisione del debitore di non limitarsi ad assolvere all’impegno assunto ma di ulteriormente deliberarsi per aggravarlo, si fatica a negare che sia pure contestabile proprio il **negozio costitutivo dell’obbligazione, quale massima espressione di autonomia** (dubbi, semmai, si potrebbero porre solo rispetto ad obblighi legali di contrarre).

**Si è fatto notare che, se l’azione revocatoria ordinaria consentisse di coprire anche l’ipotesi di assunzione volontaria di nuovi debiti, si giungerebbe ad affermare il principio** per cui il debitore, una volta indebitatosi, non potrebbe più contrarne<sup>16</sup>.

**L’argomento, stimolante, merita alcune considerazioni.**

In primo luogo, non è vero che ogni atto costitutivo di un nuovo debito è **impugnabile con la pauliana, potendo alle volte mancare l’eventus damni**, alle volte l’**elemento soggettivo** (*scientia damni* o, se si preferisce, *consilium fraudis*), anche in capo al terzo. Si pensi, ad es., ad un debito contratto per la manutenzione di un **importante cespite immobiliare, che ne assicura l’appetibilità sul mercato e, quindi, una migliore soddisfazione dei creditori.**

Più in generale, è pur sempre vero che quando il titolo costitutivo del debito è un contratto sinallagmatico (e non, ad es., una donazione obbligatoria) o, comunque, va **qualificato come oneroso, lo scrutinio intorno all’esistenza dell’eventus damni** si dà come **indagine sull’incidenza dei valori dello “scambio” programmato. Indagine che, peraltro, non sempre si può limitare all’apprezzamento del prezzo di mercato della prestazione**, come si desume dalla giurisprudenza in materia di revocatoria del contratto di transazione, laddove vengono in rilievo anche fattori legati alla probabilità di **realizzazione, dunque di sottoponibilità all’azione esecutiva dei creditori, dei valori positivi presenti nel patrimonio del debitore**<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., 201, nota 59.

<sup>16</sup> Cfr. MONTELEONE, op. cit., 776, testo e nota 13.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., 20 marzo 1976, n. 1016, in *Dir. fall.*, 341 ss.; Cass., 21 novembre 2013, n. 26124, in *Dejure*; Cass., 13 settembre 2017, n. 21279, in *Onelegale*; nella giurisprudenza di merito, Trib. Firenze, 9 febbraio 2023, in

Sotto altro profilo, le evoluzioni recenti (rispetto al varo del vigente c.c.) dell'ordinamento in materia di crisi e sovraindebitamento testimoniano che una valutazione circa le scelte compiute dal debitore rispetto alla propria situazione di "dissesto" patrimoniale è regolarmente compiuta. Basti pensare alla disciplina delle condizioni generali per l'esdebitazione, ossia quelle vevoli per ogni debitore (art. 280, lett. b, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, c.d. C.C.I.I.). Ancora più pregnante è la speciale disciplina dedicata al sovraindebitato, tanto quello incapiente *ex art.* 283 C.C.I.I., che evoca «la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dell'indebitamento», quanto quello già assoggettato a liquidazione controllata *ex art.* 282 C.C.I.I., laddove si subordina il provvedimento alla circostanza che il beneficiario «non [abbia] determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode»<sup>18</sup>.

Se l'*an* o il *quomodo* delle scelte di gestione del proprio patrimonio possono rilevare in sede di determinazione della meritevolezza dell'esdebitazione, appare irragionevole negare l'accesso al rimedio revocatorio al creditore che riesca a provare che il terzo fosse consapevole di aggravare il passivo del debitore, in uno scenario, cioè, in cui si tratta per il tramite della revocatoria di ottenere la postergazione dei crediti contratti "in frode" e a vantaggio di quelli pregressi (v. *amplius* par. 5) e non di pregiudicare trasversalmente i creditori, come si avrebbe appunto con il provvedimenti esdebitativo.

**4.** Una posizione per così dire mediana, già emersa, è quella che nega l'esistenza, per il solo fatto dell'assunzione di un debito che aggravi la complessiva situazione debitoria, dell'*eventus damni*, almeno sino al momento in cui non si verifichi successivo adempimento<sup>19</sup>.

Non è certo assurdo evidenziare che l'aumento della complessiva esposizione debitoria non equivale, *tout court*, ad una più difficoltosa soddisfazione dell'esistente ceto creditorio. Non si può negare infatti che l'adempimento alla scadenza è un dato incerto, in quanto pur sempre esige l'intermediazione del comportamento del debitore *solvens*, né allo stesso modo è scontato che il (nuovo) creditore si voglia insinuare nell'eventuale procedura esecutiva promossa dall'attore in revocatoria, sicché la lesione che quest'ultimo sarebbe autorizzato a lamentare si darebbe davvero soltanto all'esito della scelta operata in quest'ultima sede.

Si tratta, a ben vedere, della premessa alla base dell'orientamento giurisprudenziale che nega autonoma impugnabilità del contratto preliminare mediante l'azione revocatoria. Ciò sulla base dell'assunto che il preliminare non eseguito «*non produce effetti traslativi e conseguentemente non è configurabile come atto di*

*Giur. it.*, 2023, 2420 ss., con nota di Russo; in dottrina, LOCATELLO, *La sproporzione tra le attribuzioni transattive nella prospettiva dell'azione revocatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 192 ss.

<sup>18</sup> Cfr. sul tema e sulle sue implicazioni in tema di debito e responsabilità, cfr. SALANITRO, *Debito in crisi? Oltre la dogmatica. Spigolature sulla rilevanza costituzionale della disciplina dell'esdebitazione*, in *Diritto costituzionale*, 3, 2023, 56 ss.; PAGLIANTINI, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/19)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 684; FEMIA, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale*, in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare* a cura di Llamas Pombo, Mezzasoma, Rana e Rizzo, ESI, 2019, 239 ss.; D'AMICO, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio a cura di D'amico*, Giappichelli, 2018, 1 ss.; CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, *ivi*, 138 ss.

<sup>19</sup> Cfr. LATELLA, *La revocatoria della scissione societaria*, Giappichelli, 2022, 31 ss.; ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, IX, t. 3, Giappichelli, 2005, 164; COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, 2a ed., Cedam, 1950, 159; PICARO, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, F.lli Ruggeri, Taranto, 1946, 51.

*disposizione del patrimonio assoggettabile all'azione revocatoria ordinaria».* Coerentemente con tale premessa, la giurisprudenza di legittimità ritiene che solo «*al momento della stipula del contratto definitivo [possa] essere compiutamente valutata l'esistenza dell'eventus damni ovvero la realizzazione di una diminuzione del patrimonio del venditore o del pericolo del suo depauperamento con conseguente pregiudizio per il soddisfacimento dei crediti vantati dai terzi nei confronti del debitore - venditore*<sup>20</sup>.

**In quest'ottica, la procedimentalizzazione dell'attribuzione patrimoniale, a prescindere da ogni considerazione sulla natura del c.d. definitivo preceduto da un preliminare c.d. puro<sup>21</sup>, giustificerebbe l'impugnabilità ex art. 2901 c.c. del solo negozio che determina la produzione di effetti espressione della facoltà di disposizione (nel senso sopra precisato). Anche la dottrina avversante una lettura estensiva di quest'ultimo concetto, nel contesto dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, riconosce che l'«effetto traslativo di un bene, soggetto a revocatoria ordinaria, può essere ottenuto...anche attraverso una serie concatenata di atti aventi il risultato finale di diminuire la garanzia patrimoniale, ovvero attraverso fattispecie negoziali a formazione progressiva»<sup>22</sup>.**

**Fuori da quest'ipotesi, rispetto alla quale potrebbe pur sempre predicarsi (benché con tutte le criticità dipendenti dal suo carattere necessitato) la negozialità dell'atto definitivo “dispositivo”, fonte dell'effetto traslativo, si potrebbe generalizzare il ragionamento con riferimento alle obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro o il trasferimento di una situazione reale (dunque, in tale ultimo caso, consistenti in un dare, c.d. in senso tecnico). Si potrebbe affermare, in particolare, che solamente il relativo adempimento integri l'eventus damni: dunque, mentre i profili soggettivi del rimedio pauliano andrebbero pur sempre valutati con riguardo all'assunzione dell'obbligazione a monte, quello oggettivo si dovrebbe apprezzare a valle.**

Così, ad es., in caso di donazione obbligatoria (ad es., di una cosa altrui o di una rendita), la lesione si consumerebbe solo al momento dell'esecuzione dell'obbligazione assunta per causa di liberalità, ma la valutazione della *scientia damni* andrebbe radicata nel momento genetico. Del resto, la stessa giurisprudenza ha deciso che l'atto di trasferimento compiuto in esecuzione di un negozio fiduciario è irrevocabile ex art. 2901, comma 3, c.c., «salva la prova del carattere fraudolento del negozio con cui il debitore assume l'obbligo poi adempiuto», con necessità, dunque, in sede di impugnazione del primo di offrire la prova medesima<sup>23</sup>. E lo stesso vale per la revocatoria del contratto definitivo, rispetto al quale, giusta l'orientamento sopra richiamato, gli elementi soggettivi vanno accertati con riguardo al tempo della conclusione del preliminare. Giova precisare incidentalmente, e a scanso di equivoci, che il riferimento al carattere fraudolento del negozio costitutivo dell'obbligazione di dare non deve far pensare ad

<sup>20</sup> Così Cass., 16 aprile 2008, n. 9970, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1352 ss., con nota di MARTONE; in senso conforme, più di recente, Cass., 29 giugno 2025, n. 17480, in *Onelegale*; Cass., 23 novembre 2022, n. 34418, in *Dejure*; Cass. 22 giugno 2020, n. 12120, in *Corriere giur.*, 2021, 1112 ss., con nota di GUARDIGLI, *Contratto per persona da nominare, electio amici e valutazione della scientia damni*; Cass. 26 giugno 2019, n. 17067, in *Dejure*; Cass. 12 giugno 2018, n. 15215, in *Onelegale*; Cass. 12 maggio 2015, n. 9595, in *Onelegale*.

<sup>21</sup> Se *modus acquirendi* o doppio contratto: v. *amplius* sulla questione in relazione alla *pauliana* GUARDIGLI, op. cit., 813.

<sup>22</sup> MONTELEONE, op. cit., 777.

<sup>23</sup> Cass., 18 ottobre 1991, n. 11025, in *Giur. it.*, 1992, 1131, con nota di ONGARO.

un'operazione simulata, dacché: nel caso di simulazione del definitivo, i creditori che non possano far valere la simulazione (1415, comma 1, e 1416, cpv., c.c.), potrebbero (anche se il punto è delicato) comunque agire con la revocatoria; se la simulazione riguarda il preliminare, eventualmente dunque pure l'*expressio causae* rinvenibile nel definitivo, all'accertamento della simulazione dovrebbe conseguire l'inapplicabilità dell'esenzione di cui si discorre ex 1415, cpv., c.c.

Ad ogni modo, la costruzione solleva alcune perplessità, pur segnalando che il conflitto di interessi sotteso all'iniziativa creditoria si acuisce quando questi s'avvede del depauperamento delle risorse presenti nel patrimonio del debitore, e ferma restando la possibilità per lo stesso di rendere a sé inopponibile il trasferimento operato *solutionis causa* eseguendo, a monte, un provvedimento di sequestro (art. 2906 c.c.).

Com'è evidente nell'ambito della questione relativa alla revocabilità del preliminare - a prescindere dall'immediato profilo di lesività connesso all'efficacia prenotativa della trascrizione del medesimo (art. 2645-*bis*), oltre che alla modificazione dell'ordine di soddisfazione dei creditori che patiscano il privilegio "iscrizionale" ex art. 2775-*bis* c.c. -, una prima criticità attiene alla difficoltà di concepire il rimedio dell'azione revocatoria rispetto alla sentenza ex art. 2932 c.c. che attui un trasferimento *ope iudicis* del diritto reale (e fors'anche personale) sul bene che il creditore del promittente alienante aspira ad aggredire<sup>24</sup>.

Inoltre, con riferimento ai debiti pecuniari, immaginando che la soddisfazione del nuovo creditore avvenga in sede esecutiva, attraverso la partecipazione alla distribuzione dell'attivo, non si può non sottolineare come sia irragionevole imporre al creditore pregiudicato di attendere un atto di intervento del primo (quando non l'avvio di un autonomo processo esecutivo) per poi dover procedere nelle sedi ordinarie per ottenere la declaratoria di inefficacia del negozio alla base del titolo esecutivo. Ciò, infatti, significa probabilmente condannare la procedura esecutiva ad un'opposizione distributiva ex art. 512 c.p.c. e all'eventuale successiva sospensione da pendenza del giudizio di merito ex art. 617 c.p.c., introdotto per contestare la decisione di distribuire nonostante la pendenza di quello revocatorio.

La verità è che la nozione di «atto di disposizione» di cui all'art. 2901 c.c. finirebbe allora per doversi apprezzare, nella prospettiva ora al vaglio, sul piano economico-giuridico, dalla specola dell'acquisto da parte del terzo dell'oggetto dell'attribuzione, quale ne sia la *causa* (anche, quindi, solutoria), cui si correla la diminuzione del patrimonio del debitore.

Appare però chiaro che la lesione deriva non già dal fatto dell'adempimento ma dalla complessiva incidenza dell'operazione negoziale sulla garanzia patrimoniale generica. Ciò sotto plurimi profili. Anzitutto, l'adempimento in sé nulla dice sul carattere concretamente negativo per il patrimonio del titolo costitutivo dell'obbligazione, il quale, se a struttura corrispettiva, ben potrebbe avere un complessivo effetto migliorativo. Per

<sup>24</sup> Lo nega, ammettendo solo l'opposizione di terzo revocatoria ex art. 404, comma 2, c.p.c., la giurisprudenza Cass, 28 settembre 2011, n. 19804, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 877 ss., con nota di MURONI; Cass. 16 gennaio 1992, n. 497, in *Giust. civ.*, 1993, I, 767 ss., con nota di ANTONINI; in dottrina pare prevalere la posizione favorevole, sulla base dell'assunto che si tratta di pronunciare la declaratoria d'inefficacia non del titolo bensì del rapporto scaturente dalla sentenza, cfr. BIANCA, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2019, 451; MASTROPIETRO, *Contratto preliminare e azione revocatoria ordinaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 811; VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, Cedam, 1995, 202; e già DI MAJO, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 384 ss.

di più, in caso di obbligazione ad esecuzione periodica (di nuovo, si pensi alla donazione obbligatoria di una rendita), non è detto che sia il singolo atto solutorio a provocare l'*eventus damni*, **ben potendo essere all'uopo idonea solo la sommatoria dei pagamenti effettuati**. Per entrambe le ragioni, dunque, appare poco ragionevole imporre al creditore **di attendere che si consumi la lesione con l'ennesimo pagamento per autorizzarlo ad impugnare l'atto costitutivo del debito**.

Un'ultima considerazione critica riguarda il termine di esercizio del rimedio. Si pensi all'ipotesi, forse scarsamente probabile ma non per questo trascurabile, in cui il pagamento del debito sia previsto ad una distanza temporale superiore ad anni cinque dal perfezionamento del relativo negozio costitutivo (magari anche solo *pro parte*, come potrebbe darsi in presenza di un piano di ammortamento). Orbene, se la possibilità giuridica di esercitare la pauliana dovesse ricondursi alla *solutio*, si dovrebbe individuare **in quest'ultima il *dies a quo* della prescrizione per impugnare l'atto, giusta l'art. 2903 c.c., con conseguente incertezza delle sorti dell'atto medesimo sino a quel momento**.

**5.** Il riconoscimento della possibilità di impugnare *recta via* l'atto produttivo di un vincolo obbligatorio tale da determinare, alla luce della complessiva situazione patrimoniale del debitore, un pregiudizio alle ragioni del creditore attore - e non di **necessità in uno con l'atto di adempimento** - impone di soffermarsi, come anticipato, **sugli effetti che l'eventuale accoglimento dell'azione pauliana sortirebbe. Del resto, se la sentenza non procurasse all'attore un'utilità giuridica farebbe difetto l'interesse ad agire** e, dunque, il processo dovrebbe arrestarsi in rito, piuttosto che concludersi con un rigetto nel merito.

Naturalmente, il problema si pone in verità anche nell'ambito dell'opinione per cui è configurabile l'impugnazione pauliana, **in uno con il pagamento, del titolo dell'obbligazione contratta in frode (e adempiuta)**. Una volta dichiarato relativamente inefficace il titolo, il terzo revocato che abbia conseguito il bene oggetto della prestazione, infatti, dovrebbe - non già ritrasferire né materialmente restituire il medesimo bene, rimanendo pacificamente valido *inter partes* il negozio, bensì piuttosto - subire **l'esecuzione sul bene medesimo**.

Qualora la prestazione ricevuta consista in una somma di denaro (o in altri beni fungibili confusi nel patrimonio del terzo), il terzo sarà tenuto a restituire al *solvens* la somma medesima e agire contro di lui *in executivis* per far valere il proprio credito, intervenendo nella procedura esecutiva avviata dal creditore vittorioso in revocatoria, nel concorso con il quale risulterebbe di necessità postergato. Diversamente dalla revoca dei pagamenti in ambito concorsuale (finalizzata, secondo la maggioritaria tesi antindennitaria, ad attuare la *par condicio creditorum*), ove il credito del terzo revocato dipendente dalla revocatoria può aspirare a trovare soddisfazione solo mediante domanda di insinuazione al passivo, si potrebbe ritenere, fuori dalla liquidazione giudiziale, che il terzo possa trattenere, a titolo di compensazione, quanto gli competerebbe se concorresse con il creditore che abbia ottenuto sentenza *ex art. 2901 c.c.*

Nell'ipotesi in cui l'atto di assunzione del debito non fosse stato ancora adempiuto, **la sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria avrebbe quale effetto quello di determinare un'alterazione dell'ordine di soddisfazione dei creditori, in favore del creditore vittorioso e a detrimento di quello revocato**.

Gli effetti ora descritti, quantunque, come anticipato *supra*, non presi in diretta considerazione dall'articolato del c.c. dedicato all'istituto, non appaiono con esso in

conflitto. Invero, se la prestazione dovuta in base al titolo oggetto della pronuncia di revocatoria consiste in un *dare* in senso tecnico e il bene viene sottoposto a sequestro e **pignoramento, già la lettera dell'art. art. 2902, cpv., c.c. consente di attribuire al terzo titolare del diritto al trasferimento quello a soddisfarsi, in via subordinata rispetto al creditore revocante, sul ricavato della liquidazione. Se si tratta di un'obbligazione pecuniaria, l'inefficacia relativa del titolo si traduce semplicemente in una postergazione delle ragioni del creditore revocato**<sup>25</sup>.

Ci si può a questo punto chiedere cosa accada al rapporto obbligatorio fraudolentemente costituito in pendenza del giudizio revocatorio. Il debitore non può rifiutare di adempiere per il solo fatto di essere stato citato in giudizio *ex art. 2901 c.c.* Semmai, dal punto di vista del creditore, il rischio della precarietà del suo acquisto (o comunque quello di dover restituire la somma ricevuta) potrebbe forse autorizzare la conclusione giusta la quale il pagamento può legittimamente essere rifiutato (art. 1206 c.c.), **allo scopo di evitare, tra l'altro, le spese di adempimento dell'obbligo restitutorio (o quelle dell'esecuzione forzata)**<sup>26</sup>.

Non è però sempre sostenibile che il terzo, che abbia ricusato legittimamente la prestazione, possa far valere la responsabilità contrattuale del debitore. Così può essere **allorquando non abbia partecipato all'atto nella consapevolezza di ledere la garanzia patrimoniale generica**. Non anche però quando la *participatio fraudis* effettivamente ricorra. In tale eventualità, il danno da ritardo sembra comunque imputabile al creditore, dunque insuscettibile di ristoro.

**6. Dall'analisi sopra condotta emerge con evidenza che la possibilità di scindere il procedimento volto alla realizzazione di un'attribuzione patrimoniale nella previa costituzione dell'obbligazione e nella successiva attuazione solutoria del programmato trasferimento rende difficilmente sostenibile la tesi che nega *tout court* l'impugnabilità del primo atto, se non altro perché l'impugnazione del secondo sarebbe impedita dall'esenzione contenuta nel terzo comma dell'art. 2901 c.c. Quale che sia il contenuto della prestazione prima promessa, poi eseguita, non si può negare idoneità lesiva della garanzia patrimoniale generica alla *solutio*, sicché essa deve poter essere assoggettata al rimedio pauliano.**

**Lo snodo critico rimane piuttosto quello di comprendere se l'attivazione della tutela di cui all'art. 2901 c.c. richieda che si realizzi lo spostamento patrimoniale a detrimento della complessiva garanzia generica o se invece sia sufficiente il sorgere del vincolo a *praestare*.**

**Una volta riconosciuta, per le ragioni sopra evidenziate, l'immediata pregiudizialità dell'aggiungersi, nel futuro concorso sul patrimonio del debitore, di un (nuovo) creditore "in frode", si pone il problema di giustificare tale approdo alla luce della nozione di «atti di *disposizione* del patrimonio» che pur sempre campeggia nella**

<sup>25</sup> V. NICOLÒ, op. cit., 191: «*La inefficacia dell'atto si risolve nella esclusione del concorso in sede esecutiva fra il creditore che ha esercitato la revocatoria e il creditore il cui diritto è stato dichiarato inopponibile al primo. Il primo ha nei confronti del secondo una ragione di preferenza, la quale si risolve, nel caso che l'obbligazione sia stata adempiuta, nella possibilità che quello ha di perseguire presso il secondo i beni da questo ricevuti in adempimento*»; e, in termini, BIANCA, op. cit., 452.

<sup>26</sup> Cfr. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Utet, 2015, 252; CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 875; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 1991, 424; CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1973, 96.

lettera della norma. Non a caso, chi ha approfondito il problema non ha mancato di **evidenziare che l'inclusione nella categoria degli atti con cui il debitore assume un'obbligazione, pur corretta, fa perdere «quell'unità concettuale»** che l'art. 2901, comma 1, c.c. «*sembra prospettare*»<sup>27</sup>.

Non serve, qui, evocare la necessità di declinare *al plurale* le categorie ordinanti, né richiamare la complessità dell'esperienza umana e giuridica, per giustificare una disarticolazione della nozione in questione<sup>28</sup>.

**Senza, dunque, deformare il raffinato prodotto dell'intelaiatura dogmatica degli atti di autonomia, si potrebbe riferire obiettivamente la nozione di “atti di disposizione non al singolo diritto su di un bene ricompreso nel patrimonio del debitore - di cui si dispone nel senso di alienarlo, costituire diritti (anche personali) di godimento o di garanzia, ovvero rinunciarvi - bensì al patrimonio stesso, nella sua interezza”**<sup>29</sup>.

**La tesi non si scontra, ma anzi valorizza, il profilo letterale: l'atto di disposizione è infatti, *verbatim*, «del patrimonio» già nella lettera dell'art. 2901 c.c. Mutato il referente oggettivo, risulta coerente ricondurre la lesione alla garanzia patrimoniale generica al deliberato aumento delle passività, oltre che alla diminuzione delle attività e, quindi, all'atto costitutivo del debito piuttosto che al momento della sua esecuzione.**

Inoltre, viene in considerazione un argomento di carattere teleologico, che **s'intreccia con il progressivo distaccarsi degli istituti attualmente collocati, non a caso, nel Titolo terzo e non nel quarto del Libro sesto del c.c., dalla morsa fatale dell'azione esecutiva.** La consapevolezza in ordine alla natura essenzialmente conservativo-strumentale rispetto al conseguimento (pure coattivo) del credito dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale - non ancora pienamente acquisita, almeno in giurisprudenza, **la quale pur comprensibilmente si colloca nell'ottica dell'interesse pratico sotteso all'iniziativa giudiziaria del creditore - dovrebbe favorire un'impostazione dei problemi interpretativi che le relative disposizioni sollevano scevra di condizionamenti in tal senso. Se, dunque, anche l'azione pauliana è servente rispetto all'obbiettivo di assicurare una *conservazione* delle ragioni del creditore e non necessariamente la immediata loro realizzazione in sede esecutiva, la possibilità di impugnare l'atto che determina un incremento pregiudizievole del passivo non pare distonica, ma semmai consentanea all'attuale stadio dell'evoluzione dell'istituto.**

A conclusione della riflessione, pare doveroso rimarcare che la nozione di **“disposizione del patrimonio” rilevante ai fini dell'interpretazione dell'art. 2901 c.c., conserva un'importante funzione di filtro alle istanze di ingerenza del creditore.**

Il complemento di specificazione, infatti, vale anzitutto ad escludere gli atti materiali pur produttivi di effetti giuridici ma non negoziali. Ancora, quelli di **“conservazione” mera del patrimonio, laddove cioè non può ravvisarsi di un *eventus damni***<sup>30</sup> atteso che gli spostamenti patrimoniali (anche solo programmati) mirano ad assicurare l'utile svolgimento dell'azione esecutiva dei terzi creditori.

<sup>27</sup> Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, op. cit., 192; TERRANOVA, op. cit., 75.

<sup>28</sup> Cfr. su questi delicati snodi concettuali, cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013 e BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 25 ss.

<sup>29</sup> Cfr. NIVARRA, *La responsabilità patrimoniale*, nel *Trattato del diritto privato* diretto da Mazzamuto, VIII, t. 2, Giappichelli, 2024, 89 ss.

<sup>30</sup> Cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, op. cit., 182.

Rimangono inoltre estranei al campo di operatività del rimedio, in quanto aventi anche effetti patrimoniali ma non di *disposizione* del patrimonio, i negozi o gli atti incidenti sullo *status* della persona o familiare, che pure pregiudichino la situazione **patrimoniale del debitore: si pensi all'adozione, al riconoscimento di un figlio extramatrimoniale<sup>31</sup> o, ancora, all'esercizio del diritto al ritiro dell'opera dal commercio** «per gravi ragioni morali» (art. 142 l.d.a.); atti dai quali possono derivare conseguenze patrimoniali anche particolarmente gravose in termini di maggiori oneri o minori entrate.

<sup>31</sup> Cfr. ROSELLI, op. cit., 146; BIGLIAZZI GERI, op. cit., 7.

# Prestito responsabile e nuovi crediti nella direttiva (UE) 2023/2225 \*

di FILIPPO MORELLO

Ricercatore in Diritto privato comparato  
Università di Pisa

## ABSTRACT

Il contributo esamina la nuova disciplina sui crediti al consumo contenuta nella dir. 2023/2225. Dimostra come il nuovo strumento persegua due obiettivi primari: favorire un indebitamento sostenibile dei consumatori e regolare tipologie di credito tradizionalmente escluse dalla regolamentazione. I due obiettivi sono perseguiti, rispettivamente, con regole più severe sul prestito e con un diverso e più ampio ambito di applicazione della disciplina.

The article examines the new Directive (EU) 2023/2225 on consumer credits. It shows that the new regime has two primary objectives: making consumer credit safer and more sustainable and regulating new forms of credit products. These goals are pursued through stricter rules on consumer borrowing and a broader scope of application of the regime.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione; 2. La direttiva 2008/48 e le ragioni di una revisione; 3. La direttiva 2023/2025; 3.1. Il prestito responsabile; 3.2. I nuovi crediti al consumo; 4. Il recepimento nell'ordinamento interno; 5. Conclusioni.

**1.** Il 10 gennaio 2026 è entrato in vigore il d.lgs. 31 dicembre 2025, n. 212, che apporta una sostanziosa modifica al Testo Unico Bancario in materia di credito al consumo. **La riforma è il frutto della trasposizione, nell'ordinamento interno, della dir. 2023/2225 sui crediti al consumo, che, a sua volta, ha segnato il compimento di un lungo iter di revisione.** La materia del credito al consumo interessa motivi tipici del diritto privato europeo: la curvatura regolatoria delle norme sul contratto, una divisione labile tra il carattere privatistico e quello pubblicistico delle previsioni sostanziali e dei meccanismi di *enforcement* e, infine, un ruolo decisivo svolto dalla giurisprudenza **europea e nazionale nell'interpretare e garantire l'effettività della disciplina.** In questo quadro, la più importante continuità con la precedente dir. 2008/48/CE risiede, **senz'altro, nelle tecniche di tutela del consumatore utilizzate dai due strumenti, in particolare gli obblighi informativi, i requisiti di forma e i diritti e gli obblighi delle parti volti a riequilibrare l'asimmetria normativa tra banca e prestatore.** I due principali elementi di discontinuità sono, invece, la promozione più decisa del principio del prestito

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 20.12.2025.

responsabile e l'estensione del perimetro di applicazione della direttiva ai rapporti di credito non coperti dal regime precedente. Il presente contributo analizza la nuova direttiva, mettendo in luce, in particolare, le due citate direttrici di rinnovamento. Muovendo dalle critiche più ricorrenti alla precedente direttiva, lo scritto ripercorre il percorso di riforma portato a termine dal legislatore europeo, enfatizzando il contributo **della nuova disciplina alla sostenibilità del credito, l'attenzione alle nuove tipologie di prestito e, infine, la trasposizione nell'ordinamento italiano**

**2.** La dir. 2008/48/CE sul credito al consumo ha rappresentato un sensibile miglioramento rispetto alla dir. 87/102/CE<sup>1</sup>. **L'obiettivo principale del nuovo strumento** era garantire un elevato livello di protezione dei mutuatari e un mercato del credito funzionante e competitivo per i creditori<sup>2</sup>. La direttiva disciplinava diverse forme di «contratti di credito ai consumatori» (art. 1), ossia contratti di credito mediante i quali **un prestatore professionale concede capitale a una persona fisica dietro l'obbligo di rimborso con interessi**. Tale ampio ambito di applicazione era limitato dal lungo elenco **di esenzioni di cui all'articolo 2, par. 2, che escludeva, tra gli altri, i prestiti non garantiti**, le carte di credito, gli scoperti di conto e i pagamenti rateali in cui il capitale prestato è inferiore a **200 €**<sup>3</sup>. La direttiva prevedeva, nel rapporto tra consumatore e prestatore, principalmente due categorie di norme. In primo luogo, una serie di obblighi di **trasparenza a carico dei prestatori, tra cui l'obbligo di fornire informazioni nella pubblicità e nella fase precontrattuale (artt. 4-7; 11) e l'obbligo della forma scritta (art. 10)**<sup>4</sup>. **In secondo luogo, una serie di prescrizioni volte a riequilibrare l'asimmetria tra le parti. Tra questi, l'obbligo di valutare il merito creditizio dei mutuatari (art. 8), il diritto di questi ultimi di recedere entro quattordici giorni dalla conclusione del contratto (art. 14), le facoltà di liberarsi da un contratto di credito collegato a un contratto di fornitura di beni o servizi dal quale abbiano receduto (art. 15) e di adempiere agli obblighi previsti dal contratto di credito in qualsiasi momento mediante rimborso anticipato (art. 16).**

La direttiva ha rappresentato uno dei più discussi interventi europei in materia di rapporti di consumo. Molto si è parlato, nei circa quindici anni dalla sua approvazione, della sua attuazione negli ordinamenti nazionali<sup>5</sup>, tra cui quello italiano<sup>6</sup>; dei modelli regolatori e contrattuali proposti dal diritto europeo del credito al consumo, comprensivo

<sup>1</sup> Dir. 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo; dir. 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la dir. 87/102/CEE.

<sup>2</sup> Programmatico, in tal senso, il considerando 8: «È opportuno che il mercato offra un livello di tutela dei consumatori sufficiente, in modo da assicurare la fiducia dei consumatori. Ciò dovrebbe rendere possibile la libera circolazione delle offerte di credito nelle migliori condizioni sia per gli operatori dell'offerta sia per i soggetti che rappresentano la domanda, sempre tenendo conto di situazioni particolari nei singoli Stati membri».

<sup>3</sup> L'articolo 2, par. 2, escludeva, tra gli altri, i contratti di credito garantiti (lett. a), i contratti di credito il cui importo totale è inferiore a 100 euro (lett. c), gli scoperti da rimborsare entro un mese (lett. e) e i prestiti senza interessi (lett. f).

<sup>4</sup> **Le informazioni standard europee sul credito al consumo (SECCI) di cui all'art. 5 e il tasso annuo effettivo globale (TAEG) previsto dall'art. 19 hanno effettivamente uniformato la forma e il contenuto delle informazioni da divulgare al fine di rendere comparabili le offerte di credito (cfr. allegato II, par. 3, direttiva).**

<sup>5</sup> DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, *Implementation of the Consumer Credit Directive. Study, IP/A/IMCO/ST/2011-15*, gennaio 2012.

<sup>6</sup> *Ex multis*, DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La Direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, 2009.

anche della successiva dir. 2014/17 sui mutui immobiliari<sup>7</sup>; del *deficit* di effettività delle **previsioni della direttiva, dovuto all'ampio margine di trasposizione lasciato agli Stati membri** e alla, inevitabile, assenza di meccanismi di *enforcement*<sup>8</sup>; delle soluzioni rimediali adottate dalla Corte di Giustizia attorno ai contratti di credito, non tanto **utilizzando la direttiva stessa ma nell'ingente contenzioso sulle clausole vessatorie**<sup>9</sup>. In parallelo a questi nodi, le fluttuazioni del mercato del credito negli ultimi due decenni hanno evidenziato un **deficit congenito della direttiva: l'assenza di strumenti efficaci per promuovere il credito responsabile**. Le previsioni della direttiva non hanno adeguatamente prevenuto, nella crisi del debito sovrano e privato del 2007-2008 come, in misura diversa, in quella pandemica del 2020-2021, **l'accensione di prestiti insostenibili per consumatori e banche, causando sovra-indebitamento dei primi e deterioramento dei crediti delle seconde**<sup>10</sup>. In parallelo, il mercato europeo del credito si è evoluto in nuove direzioni, seguendo i cambiamenti strutturali e le evoluzioni **tecnologiche del sistema finanziario**. L'evoluzione del cd. *shadow banking* e la digitalizzazione hanno trasformato il panorama delle banche e dei fornitori di credito non bancari, moltiplicando i canali di accesso al credito e rendendo i prodotti creditizi più frammentati e insidiosi<sup>11</sup>.

**L'esigenza di rimediare a queste carenze ha spinto la Commissione europea a intraprendere un lungo percorso di revisione. Già nel 2017, il Piano d'Azione per i servizi finanziari ai consumatori ha ribadito l'importanza di un mercato unico più solido e sicuro per il credito al consumo, da perseguire attraverso obblighi di valutazione del merito creditizio più rigorosi rispetto a quelli previsti dalla direttiva**<sup>12</sup>. Nel 2018-2019, **un'iniziativa di consultazione ha raccolto le osservazioni di diverse associazioni di imprese e consumatori; le parti interessate hanno sottolineato la necessità di rivedere lo strumento in modo approfondito, esprimendo una forte richiesta di uniformità delle norme sostanziali e di certezza del perimetro della direttiva**<sup>13</sup>. Nella relazione

<sup>7</sup> FEJOS, *Social justice in EU financial consumer law*, in *Tilburg Law Review*, 2019, 24, 68.

<sup>8</sup> CHEREDNYCHENKO E MEINDERTSMA, *Irresponsible lending in the post-crisis era: is the EU Consumer Credit Directive fit for its purpose?*, in *Journal of Consumer Policy*, 2019, 42, 483; CHEREDNYCHENKO, *Full harmonisation of retail financial service contract law: A success or a failure?*, in GRUNDMANN & ATAMER (a cura di), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law. Failure and Challenges of Contracting*, Kluwer Law, 2011, 221 ss.

<sup>9</sup> MICKLITZ E REICH, *The Court and Sleeping Beauty: the revival of the Unfair Contract Terms Directive*, in *Common Market Law Review*, 2014, 771. **Il riferimento è, ovviamente, all'ampio contenzioso sulla dir. 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, su cui spesso è stato richiesto l'intervento della Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.**

<sup>10</sup> **L'assenza di tali disposizioni nella direttiva è stata messa in discussione da diversi studiosi.** Tra questi DOMURATH, *Consumer debt and the social function of contract*, in *European law Journal*, 2016, 6, 22, 758; COMPARATO, *The design of consumer and mortgage credit law in the European system*, in MICKLITZ E DOMURATH (a cura di), *Consumer debt and social exclusion in Europe*, Ashgate, 2015, 9. **L'inadeguatezza dell'approccio della dir. 2008/48/CE in materia di prevenzione e trattamento del sovraindebitamento è riconosciuta dalla stessa Commissione europea nel documento *Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive on Consumer Credits. Commission Staff Working Document, SWD (2021) 171 final*, 10.**

<sup>11</sup> CAMBRIDGE CENTER FOR ALTERNATIVE FINANCE, *The 2nd global alternative finance market benchmarking report*, giugno 2021, 74 ss., mostra le cifre notevoli dei prestiti al consumo non bancari in Europa nel periodo 2015-2020.

<sup>12</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione. Piano d'azione riguardante i servizi finanziari destinati ai consumatori: prodotti migliori, maggiore scelta*, COM (2017) 139 final, 10.

<sup>13</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Evaluation of the Consumer Credit Directive (Directive 2008/48/EC) Summary report - public consultation*, Ref. Ares (2019) 3218540 - 16/05/2019.

sull'attuazione della dir. 2008/48/CE del 2020, la Commissione ha concluso che, ad eccezione dei diritti di recesso e di rimborso anticipato dei mutuatari e delle norme sul calcolo dei costi del credito, molte disposizioni risultano applicate in modo scarsamente efficace o incoerente. L'ambito di applicazione ristretto, le definizioni vaghe di cui all'art. 3, l'apparato informativo obsoleto, la mancanza di norme adeguate sulla solvibilità e l'assenza di una regolamentazione organica dei dati creditizi sono gli ambiti di intervento individuati dalla Commissione<sup>14</sup>. Questi motivi sono stati riproposti nella successiva Proposta di direttiva sui Crediti al Consumo, pubblicata dalla Commissione il 30 giugno 2021, e sfociata nella dir. 2023/2225 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 2008/48/CE (Consumer Credit Directive 2), adottata il 18 ottobre 2023 dal Parlamento europeo e dal Consiglio<sup>15</sup>.

**3.** La nuova direttiva ha quindi un più ampio ambito di applicazione, abbassando la soglia minima da 200 € a 100 €, riducendo il numero e la portata dei crediti non soggetti alla disciplina e introducendo definizioni più comprensive nell'art. 3. La riforma semplifica inoltre la normativa in materia di informativa (articoli 7-13 e 22-25), rafforza l'obbligo di valutare il merito creditizio (articoli 18 e 19) e vieta le pratiche di vendita abbinata e di c.d. *bundling* nella commercializzazione del credito (articolo 14). Il nuovo testo rafforza, inoltre, la posizione contrattuale dei consumatori mediante obblighi di tolleranza in caso di difficoltà finanziarie dei mutuatari (articolo 35) e limiti massimi ai tassi di interesse e ai costi del credito (articolo 31). Infine, stabilisce regole di condotta più dettagliate per i fornitori di credito. Questi profili rappresentano evoluzioni di sicuro interesse per la materia. Per ciascuna delle previsioni citate, sarebbe possibile instaurare un parallelo con il precedente regime e discuterne le implicazioni in termini di effettività, di strumenti rimediali ed effetti sugli incentivi per le parti contrattuali. La parte restante del presente contributo si sofferma, in particolare, sulle norme che esprimono più direttamente il rinnovato impegno a promuovere il prestito responsabile e a regolare nuovi rapporti creditizi, espressione di un cambio di paradigma rispetto al testo precedente in vigore.

**3.1** Contenere gli elevati costi del credito e i tassi di insolvenza dei consumatori è uno degli obiettivi cardine del nuovo regime<sup>16</sup>. Su questo punto, la nuova direttiva riprende alcune delle novità introdotte dalla dir. 2014/17 relativa al credito immobiliare<sup>17</sup>. In primo luogo, l'art. 18 della dir. 2014/17 costituisce la norma modello per l'obbligo di valutazione del merito creditizio. Ai sensi dell'articolo 18 della nuova direttiva, la «valutazione approfondita» del merito creditizio «è effettuata nell'interesse del consumatore, per evitare pratiche irresponsabili in materia di concessioni di prestiti e sovraindebitamento» (par. 1). Tale valutazione deve necessariamente tenere conto, almeno, del reddito, delle spese e di altre informazioni economiche e finanziarie elencate

<sup>14</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive on Consumer Credits. Commission Staff Working Document, SWD (2021) 171 final.*

<sup>15</sup> Dir. 2023/2225 del Parlamento e del Consiglio del 18 ottobre 2023 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la dir. 2008/48/CE.

<sup>16</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Study on possible impacts of a revision of the CCD. Final report, 2021*, 13. Sul punto anche COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive on Consumer Credits. Commission Staff Working Document, SWD (2021) 171 final.*

<sup>17</sup> Dir. 2014/17 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle dir. 2008/48/CE e 2013/36/UE e del reg. 1093/2010.

del mutuatario (par. 2). Inoltre, i prestatori sono tenuti a concedere il credito solo quando la valutazione indichi che gli obblighi «saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto» (par. 5). Letto alla luce di una importante giurisprudenza della Corte precedente sulla omologa previsione della precedente **direttiva, l'art. 18 sembra formulare un vero e proprio divieto di concedere il credito** in caso di esito negativo della valutazione<sup>18</sup>. Infine, sempre in linea con la dir. 2014/17, la disposizione vieta ai creditori di annullare o modificare successivamente il contratto a danno del consumatore nel caso in cui la valutazione sia stata condotta in modo errato (par. 7). Il legislatore europeo riconosce, in sostanza, che il semplice interesse del prestatore al rimborso non garantisce, di per sé, la sostenibilità crediti, perseguibile invece con un articolato obbligo di valutazione del merito creditizio<sup>19</sup>.

**Un'interessante novità riguarda la considerazione dell'evoluzione tecnologica attorno al cd. *credit scoring*, e in particolare l'attenzione verso tecniche di valutazione automatizzata e l'impiego di dati, finanziari e non, provenienti da diverse fonti**<sup>20</sup>. Ai sensi dell'art. 18, par. 6, se la valutazione viene effettuata mediante la profilazione o altro trattamento automatizzato dei dati personali, i consumatori hanno il diritto di richiedere e ottenere una spiegazione chiara e comprensibile della logica della decisione, dei rischi connessi, della rilevanza e degli effetti (lett. a), di esprimere la propria opinione al creditore (lett. b), di chiedere un riesame della valutazione e della decisione del creditore sul prestito (lett. c). La disposizione riprende le norme del GDPR in materia di processo decisionale automatizzato, in particolare gli articoli 13, 14 e 22, nonché le norme in materia di trasparenza e controllo umano previste dagli articoli 13 e 14 del c.d. AI Act<sup>21</sup>.

Oltre al merito creditizio, una serie di previsioni stabilisce regole rigorose sui contratti di credito con il chiaro intento di ridurre i rischi per i consumatori. Le previsioni **a cui si allude sono evidentemente ispirate all'idea per cui, anche quelli creditizi e finanziari, sono prodotti a tutti gli effetti, la cui pericolosità per i consumatori è spesso dettata da errori o leggerezze nella loro creazione o, più spesso, nella loro somministrazione**<sup>22</sup>. **In questo senso, l'art. 31 della direttiva impone agli Stati membri di adottare «misure intese a prevenire efficacemente gli abusi e a far sì che ai consumatori**

<sup>18</sup> C. giust., 18 dicembre 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance SA contro Ingrid Bakkaus e altri*.

<sup>19</sup> L'obbligo esplicito di negare il credito ai mutuatari non meritevoli è stato considerato come la più importante innovazione della dir. 2014/17. Sul punto, VANNEROM, *Towards a European Single Market for Mortgage Credit: from scratch to...?*, in *European Journal of Consumer Law*, 2015, 91; PELLECCIA, *La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 2, 206.

<sup>20</sup> ROCCO DI TORREPADULA, *L'uso del credit scoring algoritmico nella valutazione del merito creditizio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2, 213; MATTASOGLIO, *La valutazione «innovativa» del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2020, 2, 187 ss.

<sup>21</sup> **L'art. 22 del GDPR conferisce all'interessato il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata esclusivamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione (par. 1), ma la disposizione non si applica quando la decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto.** La letteratura sull'art. 22 del GDPR è vasta; si veda, tra le tante, WACHTER, MITTELSTADT e FLORIDI, *Why a right to legibility of automated decision making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7, 2, 76; MALGIERI e COMANDÈ, *Why a right to legibility of automated decision making exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7, 4, 243. Il cd. AI Act è il reg. 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica il reg. C.E. 300/2008, i reg. U.E. 167/2013, 168/2013, 2018/858, 2018/1139 e 2019/2144, e le dir. 2014/90, 2016/797 e 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

<sup>22</sup> CHEREDNYCHENKO, *Freedom of contract in the post-crisis era: Quo vadis?*, in *European Review of Contract Law*, 2014, 10, 390.

non possano essere applicati tassi [...] eccessivamente elevati» (par. 1), e consente agli stessi di prevedere «divieti o limitazioni riguardo a spese o commissioni specifiche». La formulazione definitiva è il risultato di un compromesso raggiunto in sede di Consiglio, che ha temperato la più invasiva previsione di un limite massimo nazionale ai tassi di **interesse, al tasso annuo effettivo globale o al costo totale del credito**. L'opzione di un limite di legge a una o più di queste voci di credito è stata quindi scartata, in favore di un regime più mite e certamente più gradito ai prestatori.

A proposito di commercializzazione, l'art. 14 della direttiva consente le pratiche di vendita aggregata, ma vieta quella abbinata (par. 1). Le uniche operazioni esplicitamente autorizzate dai successivi paragrafi sono l'apertura e la gestione di un conto di pagamento o risparmio per le operazioni finalizzato all'adempimento e alla gestione del prestito in corso e una polizza assicurativa collegata al contratto, nel qual caso al consumatore deve essere consentito di accettare un'offerta alle stesse condizioni da un fornitore del servizio diverso dal prestatore del credito. La previsione più interessante, a questo proposito, è il divieto di utilizzare «i dati personali relativi alla diagnosi di malattie oncologiche dei consumatori» ai fini della stipulazione della polizza per un periodo stabilito dagli Stati Membri (par. 4). In un senso simile, l'art. 15 vieta di desumere il consenso dei consumatori attraverso «opzioni predefinite», in particolare «caselle preselezionate», cioè moduli precompilati che non consentono ai consumatori di esprimere un consenso pieno e informato alla conclusione del contratto. La conclusione del contratto può certamente avvenire a seguito della fornitura di un servizio di consulenza da parte della banca o dell'intermediario, nel rispetto degli obblighi informativi e di condotta previsti dall'art. 16, mentre è vietata la conclusione del contratto di credito senza previa richiesta e accordo esplicito (art. 17). Il carattere esplicito del consenso serve, evidentemente, a garantire la piena e consapevole adesione a un contratto che comporta un impegno economico spesso significativo, e fa il paio con il requisito della forma scritta e le informazioni da inserire necessariamente nel contratto, tratto ormai caratteristico del formalismo consumeristico in materia finanziaria<sup>23</sup>.

Oltre alla nuova valutazione del merito creditizio e ai limiti di *design* e di commercializzazione dei crediti, l'obiettivo di promuovere un mercato del credito più sostenibile emerge, pur in modo meno diretto, anche in altre previsioni. In primo luogo, il potenziamento degli obblighi di informazione negli artt. 8-12 è accompagnato dall'obbligo di fornire «adeguate spiegazioni sul contratto di credito», formula anch'essa derivata dall'art. 16, dir. 2014/17, e volta a rendere l'informativa meno statica. A proposito degli obblighi di informazione, il considerando 36 chiarisce che il nuovo regime degli obblighi di informazione «dovrebbe far salva la dir. 93/13/CEE del Consiglio». Il riferimento sembra essere all'art. 4, par. 2, della direttiva, che, come noto, esclude dal sindacato di vessatorietà le clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto, «nella misura in cui tali clausole siano redatte in un linguaggio chiaro e comprensibile», e che, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha finito per imporre un obbligo di trasparenza sostanziale ed economica delle clausole<sup>24</sup>. In breve, il senso di

<sup>(23)</sup> Il capo V della direttiva, intitolato «Forma e contenuto dei contratti di credito», prevede l'obbligo della forma scritta e della consegna della copia cartacea del contratto alle parti (art. 20) e l'obbligo di inserire nel contratto una serie di informazioni «in modo chiaro e conciso» (art. 21).

<sup>(24)</sup> Il requisito del linguaggio chiaro e comprensibile è stato interpretato in senso estensivo dalla Corte di Giustizia a partire dal fondamentale caso del 30 aprile 2014, C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*. Secondo la Corte, rientrano nell'esenzione di cui all'art 4, par. 2 solo le clausole redatte in modo tale da garantire la

questo inciso sembra essere il seguente: il rispetto degli obblighi di trasparenza previsti dalla nuova direttiva non implica automaticamente che la clausola contrattuale sia trasparente ai fini del controllo di vessatorietà. Un altro esempio di questo **coordinamento si trova nell'art. 29, par. 1, sul diritto al rimborso anticipato con una riduzione del costo totale del credito**. Il chiarimento per cui «nel calcolare tale riduzione devono essere presi in considerazione tutti i costi che il creditore pone a carico del consumatore» è chiaramente inteso a includere sia i costi iniziali che quelli ricorrenti **sostenuti dalla banca. Tale risultato parrebbe ispirato all'interpretazione dell'art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE**, fornita dalla Corte di giustizia nel noto caso *Lexitor*<sup>25</sup>. In secondo **luogo, l'art. 35 della direttiva introduce l'obbligo di esercitare una «ragionevole tolleranza»** prima di far valere i diritti nei confronti del debitore inadempiente. La norma suggerisce anche le misure da attuare a livello domestico per evitare l'eventuale insolvenza del debitore, tra cui il rifinanziamento totale o parziale del contratto di credito o la modifica dei termini e delle condizioni originari<sup>26</sup>. In terzo luogo, la direttiva introduce un insieme di regole di condotta per i prestatori. Si tratta delle «norme di **comportamento» di cui all'art. 32 e dei requisiti di conoscenza e competenza per il personale di cui all'art. 33. Nel primo caso, si impone il rispetto di alcuni standard organizzativi, di remunerazione del personale, di confezionamento delle offerte e dei prodotti finanziari e della loro commercializzazione, la cui puntuale declinazione e implementazione sono rimesse al diritto nazionale**<sup>27</sup>. In particolare, il creditore e **l'intermediario del credito devono agire «in maniera onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori»** in tutte le fasi del processo di credito (par. 1) e attuare politiche di remunerazione in linea con il principio di una gestione prudente ed efficace dei rischi (par. 2 e 3)<sup>28</sup>. **L'art. 33 impone poi un livello minimo di conoscenza al personale impiegato nel ciclo del credito e rinvia la relativa vigilanza alle autorità nazionali.**

**comprensione e l'adesione consapevole dei consumatori. In quest'ottica, il considerando 36 della proposta** dovrebbe essere interpretato nel senso che il rispetto degli obblighi di informazione previsti dalla nuova direttiva non rende automaticamente comprensibile **la clausola contestata ai sensi dell'art. 4, par. 2, dir. 1993/13/CEE**. La sentenza *Kásler* ha dato origine a una significativa giurisprudenza europea, tra cui C. giust., 20 settembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc e altri contro Banca Românească SA*; 31 maggio 2018, C-483/16, *Zsolt Sziber contro ERSTE Bank Hungary Zrt*; 14 marzo 2019, C-118/17, *Zsuzsanna Dunai contro ERSTE Bank Hungary Zrt*; 3 ottobre 2019, C-260/18, *Kamil Dziubak e Justyna Dziubak contro Raiffeisen Bank International AG*.

<sup>25</sup> C. giust., 11 settembre 2019, C-383/18, *Lexitor Sp. z o.o contro Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo*. Sulla vicenda *Lexitor*, ex multis, NERVI, *La vicenda «Lexitor»: una questione di metodo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 3, 709; DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della «riduzione del costo totale del credito» spettante al consumatore. Considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 280.

<sup>26</sup> La modifica può consistere nella proroga della durata del contratto, nella modifica del tipo, nel differimento di tutte o parte delle rate, nella modifica dei tassi di interesse e persino nella remissione parziale e nel consolidamento del debito.

<sup>27</sup> Le norme di condotta sono uno strumento normativo efficace dal punto di vista regolatorio, che tuttavia non prevede, almeno esplicitamente, strumenti di *enforcement* privatistico. Il problema è stato ampiamente discusso in relazione alla direttiva MiFID II; cfr. CHEREDNYCHENKO, *'Contract governance in the EU: conceptualizing the relationship between investor protection regulation and private law'*, in *European Law Journal*, 2015, 21, 4, 500; DELLA NEGRA, *MiFID II and Private Law*, Hart Publishing, 2019).

<sup>28</sup> **Ai sensi dell'articolo 32, «la maniera in cui i creditori remunerano il proprio personale e gli intermediari del credito, nonché la maniera in cui gli intermediari del credito remunerano il proprio personale, non impediscono il rispetto dell'obbligo di cui al paragrafo 1» (par. 2), che a sua volta stabilisce l'obbligo di agire in maniera onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori.**

**3.2** Il secondo contributo significativo della direttiva, come anticipato, consiste nel **chiarimento e nell'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina**<sup>29</sup>. Il passaggio dal credito al consumo ai crediti al consumo, dichiarato anche nel nome del nuovo strumento, è perseguito mediante una serie di modifiche. Tra questi, l'abbassamento a 100 € dell'importo minimo dei crediti disciplinati dalla direttiva, un elenco più rigoroso di esenzioni nel nuovo articolo 2 e definizioni più precise nel nuovo art. 3<sup>30</sup>. Dal primo punto di vista, se la dir. 2008/48/CE prevedeva crediti da un minimo di 200 a un massimo di 75.000 euro, il regime attuale abbassa il limite minimo a 100 e quello massimo a 100.000. Come chiarito dal considerando 15, la riduzione della soglia minima a 100 € è mirata esplicitamente a includere i «contratti di credito a breve termine ad alto costo» nell'ambito di applicazione della direttiva. I cd. *payday loans* sono posizioni debitorie di importo modesto, con durata breve e tasso di interesse elevato, solitamente concessi con una valutazione sommaria del merito creditizio a mutuatari ad alto rischio, la cui solvibilità è appunto garantita dalla ricezione mensile dello stipendio. Sono prestiti a costi elevati per i mutuatari, spesso a redditi medio-bassi, che si sommano in spirali debitorie contratte per estinguere esposizioni precedenti. In linea di principio, l'abbassamento della soglia minima a 100 euro è volto ad applicare la direttiva a tali contratti.

Una serie di rapporti, la cui inclusione nella disciplina era negata o incerta, è ora soggetta alla direttiva del 2023. La direttiva si colloca nel solco del precedente regime rispetto a locazioni e *leasing*, per i quali si continua a prevedere che siano esclusi dalla disciplina i contratti «che non prevedono obbligo od opzione di acquisto dell'oggetto del contratto» (art. 2, par. 2, lett. g), essendo invece compresi i contratti di *leasing* ai consumatori con obbligo o opzione di acquisto. Mentre i *leasing* senza opzione di acquisto equivalgono, per molti versi, a vere e proprie locazioni, negli altri il pagamento del canone anticipa il prezzo di vendita, avvicinandosi quindi a una concessione di credito mediante dilazione del prezzo. A questo proposito, i considerando 16 e 17 affrontano gli schemi «compra ora, paga dopo», cioè dilazioni di pagamento, concesse con o più spesso senza interessi, che consentono ai consumatori di acquistare beni e usufruire di servizi senza pagare l'intero prezzo al momento della conclusione del contratto. I considerando chiariscono che queste soluzioni sono diffuse, in particolare, nell'economia delle piattaforme, dove vengono utilizzate dai *marketplace* digitali per incentivare gli acquisti e i consumi. A dispetto della dichiarazione d'intenti dei considerando, l'art. 2, par. 2, escludono l'applicazione della direttiva a molte dilazioni di pagamento, tra cui le dilazioni senza interessi, in cui il prezzo deve essere corrisposto entro 50 giorni dalla fornitura delle merci o dalla prestazione di servizi (lett. h), e quelle concesse, senza spese, per saldare debiti preesistenti (lett. i)<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Il campo di applicazione limitato è stato storicamente considerato un punto debole della direttiva, come emerge da COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive on Consumer Credits. Commission Staff Working Document, SWD (2021) 171 final*.

<sup>30</sup> L'art. 2 esclude ancora alcuni rapporti di credito, tra cui i contratti di credito garantiti da ipoteca o da una garanzia equivalente (par. 2, lett. a), quelli inferiori a 100 € (lett. c), quelli tra datori di lavoro e dipendenti (lett. d), quelli che sono il risultato di una transazione in giudizio (lett. e) e quelli che riguardano il pagamento differito, a titolo gratuito, di un debito esistente (lett. g).

<sup>31</sup> I giorni non sono 50, ma 14, quando i creditori sono «microimprese, piccole o medie imprese quali definite nella raccomandazione 2003/361/CE quando tali fornitori di merci o prestatori di servizi offrono servizi della società dell'informazione ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della dir. 2015/1535».

Per quanto riguarda invece i scoperti – cioè contratti con cui il creditore «mette a disposizione del consumatore fondi che eccedono il saldo del conto corrente di **quest'ultimo**» – e gli sconfinamenti – cioè scoperti «tacitamente accettati», spesso nella **forma dell'ordine di pagamento eccedente le disponibilità del correntista** – la direttiva elimina le limitazioni precedenti. La direttiva del 2008 escludeva infatti dal proprio raggio gli scoperti da rimborsare entro un mese e si applicava solo in parte a quelli da rimborsare su richiesta o entro tre mesi. In modo simile, agli sconfinamenti si applicavano solo alcune norme della direttiva. Nel nuovo testo, rispettivamente agli artt. 24 e 25, le regole europee sembrerebbero includere scoperti e sconfinamenti senza limitazioni. Nella sostanza, se le regole speciali su queste tipologie di credito non variano rispetto a quelle del 2008, che prevedevano principalmente obblighi di informativa e di notifica, è la piena applicazione di tutte le norme della nuova direttiva a ogni forma di scoperto a segnare un notevole ampliamento del perimetro normativo.

A completamento di queste modifiche, il considerando 15 precisa che, per i crediti con «un importo totale del credito al di sotto di 200 EUR, i crediti senza interessi e senza altre spese [...] e i crediti che devono essere rimborsati entro tre mesi e che comportano solo spese di entità trascurabile», residua un margine per gli Stati membri, che **«dovrebbero poter escludere l'applicazione di un numero definito e limitato di disposizioni della presente direttiva [...] al fine di evitare oneri inutili per i creditori, tenendo conto delle specificità del mercato e delle particolari caratteristiche di tali contratti di credito, come la loro durata più breve, garantendo nel contempo un livello più elevato di protezione dei consumatori»**. Tale chiarimento, nel garantire un certo margine in sede di trasposizione agli Stati membri, esprime il difficile equilibrio tra **l'istanza di regolare quanti più possibili crediti ai consumatori e la necessità, per crediti** con entità e rischi più contenuti, di non gravare eccessivamente il rapporto, con il rischio di ripercussioni sulla disponibilità a prestare di banche e intermediari.

In questo quadro di allargamento del perimetro della direttiva, una considerazione a parte merita la regolamentazione del *crowdfunding* ai consumatori. I fornitori di servizi di *crowdfunding* sono piattaforme online che mettono in contatto la domanda e **l'offerta di capitali senza essere parte integrante del rapporto finale. Le piattaforme di crowdfunding** creditizio intermediano prestiti tra prenditori e prestatori, fornendo ai primi prestiti flessibili e facilmente accessibili costituiti dal capitale prestato dai secondi, solitamente risparmiatori e piccoli investitori<sup>32</sup>. I rapporti di *crowdfunding* sono, nella maggior parte dei casi, fasci di rapporti costituiti da un contratto tra ciascun utente e la piattaforma e da un insieme di prestiti a valle tra i mutuatari e i prestatori<sup>33</sup>. Il *crowdfunding* non era disciplinato dalla dir. 2008/48/CE in quanto, a differenza dei contratti di credito tradizionali, non vi è in esso alcun prestatore professionale che origina il prestito e lo iscrive al proprio bilancio<sup>34</sup>. Vista la diffusione e i rischi di questo

<sup>32</sup> THAKOR, *FinTech and banking: what do we know?*, in *Journal of Financial Intermediation*, 2020, 41, 100858; VALLÉE e ZHENG, *Marketplace lending: a new banking paradigm?*, in *Review of Financial Studies*, 2018, 32, 5, 1939.

<sup>33</sup> Sul punto, *ex multis*, ARMOUR e L. ENRIQUES, *The promise and perils of crowdfunding: between corporate governance and consumer contracts*, in *The Modern Law Review*, 2018, 81; KIRBY e WORTNER, *Crowdfunding: An Infant Industry Growing Fast*, IOSCO Staff Working Paper, 2014.

<sup>34</sup> FERRETTI, *Peer-to-Peer Lending and EU Credit Laws: A Creditworthiness Assessment, Credit-Risk Analysis or ... Neither of the Two*, in *German Law Journal* 2021, 22, 1, 102; JØRGENSEN, *Peer-to-peer lending. A new digital intermediary, new legal challenges*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, 2, 2018, 233.

nuovo modello di intermediazione, la proposta di direttiva elaborata dalla Commissione recava, nella sua versione originaria, una disciplina apposita e approfondita dei fornitori di servizi di *crowdfunding* ai consumatori. La proposta affrontava il *crowdfunding* in **modo chiaro, considerando, per molti versi, l'intermediario come un vero e proprio creditore**, estendendo le norme sui «contratti di credito» ai «servizi di credito di crowdfunding» (vecchio art. 3, par. 1, nn. 2 e 3). Le piattaforme di *crowdfunding* sarebbero quindi state soggette alle disposizioni in materia di pubblicità e trasparenza, alle norme sulla progettazione e la commercializzazione dei prodotti di credito, **all'obbligo di valutare del merito creditizio, ai requisiti di forma e contenuto dei contratti di credito**, ai diritti di recesso e di rimborso anticipato, alle norme sui tassi di interesse e sui costi del credito, alle regole di condotta per i prestatori e alle disposizioni in materia di educazione finanziaria e sostegno ai consumatori.

Il legislatore europeo ha tuttavia ritrattato questa assimilazione del *crowdfunding* ai prestatori di credito bancario. Nella dir. 2023/2225, il considerando 93 ricorda che il *crowdfunding* destinato ai consumatori è escluso dal reg. 2020/1503 sui fornitori di servizi di *crowdfunding* alle imprese e afferma che la Commissione «dovrebbe valutare la necessità di ulteriori misure per tutelare i consumatori che intendono sottoscrivere un credito [...] tramite *crowdfunding*». **A questa indicazione fa eco l'art. 46, par. 2**, sul riesame della direttiva, che indica il 20 novembre 2025 come data in cui la Commissione **avrebbe dovuto valutare l'eventuale estensione della direttiva ai fornitori di servizi di *crowdfunding* per consumatori**. Non constano, tuttavia, prese di posizione della Commissione in proposito entro o successivamente alla data indicata. La direttiva è **dunque chiara nell'indicare che il *crowdfunding* rivolto ai consumatori non è, in quanto tale, soggetto alla direttiva**. Per meglio dire, le piattaforme sono soggette alla disciplina **ove operino come «intermediari del credito» ai sensi dell'art. 2, par. 1, n. 12, e cioè** intermedino contratti di credito al consumo come definiti dalla direttiva<sup>35</sup>. Questa circostanza esclude inevitabilmente dalla direttiva i prestiti *peer-to-peer* tra consumatori, nei quali non è presente un «creditore» che opera «nell'esercizio di una sua attività commerciale o professionale» come richiesto dallo stesso art. 2, par. 1, n. 2.

**4. L'approvazione del d. lgs. 31 dicembre 2025, n. 212, in vigore dal 10 gennaio 2026**, avvenuto a valle di una consultazione pubblica avviata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze chiusa il 4 settembre 2026, **inaugura la nuova stagione del credito al consumo anche nell'ordinamento interno**<sup>36</sup>. La novella delle norme del TUB incide su una disciplina in larga misura fedele alla direttiva del 2008, ma segnata da **alcune specificità**. Tra queste, sicuramente, **l'intervento legislativo successivo alla vicenda Lexitor, che ha modificato il regime dell'estinzione anticipata, e arrivato a valle,**

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 3, par. 1, n. 12, un «intermediario del credito» è «una persona fisica o giuridica che non agisce come creditore o notaio e non presenta semplicemente, direttamente o indirettamente, un consumatore a un creditore e che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, dietro remunerazione, che può essere costituita da una somma di denaro o da qualsiasi altro vantaggio economico pattuito».

<sup>36</sup> D.lgs. 31 dicembre 2025, n. 212, avente a oggetto «Recepimento della direttiva n. 2225 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la dir. 2008/48/CE», pubblicato nella G.U. n. 6 del 09 gennaio 2026. La nuova disciplina è attuata in conformità all'art. 4 della l. 13 giugno 2025, n. 91 (Legge di Delegazione), recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea».

tra le altre cose, di una pronuncia della Corte costituzionale<sup>37</sup>. Le direttrici delle nuove regole sono le stesse della direttiva, cioè la promozione del prestito responsabile e **l'estensione a rapporti creditizi fino ad oggi non coperti dalla disciplina. Rispetto al secondo punto di vista, in particolare, l'art. 122 TUB contiene nuove e più puntuali esenzioni dall'applicazione della disciplina. Rimangono escluse le dilazioni di pagamento («compra ora, paga dopo») senza interessi, concesse direttamente dal fornitore e senza il coinvolgimento di terzi finanziatori, entro 50 giorni dall'acquisto<sup>38</sup>. Per i prodotti «compra ora, paga dopo» con importi minimi e rimborsi a termine molto breve, considerati a basso rischio, è previsto un regime semplificato. La cessione del credito *pro-soluto* a terzi autorizzati, una prassi molto diffusa nel settore bancario, sarà d'ora in poi compresa tra le offerte di credito e regolata dal TUB. Un'altra importante modifica riguarda la definizione di agente in attività finanziaria, che, nel riformato Titolo VI-bis, diviene «intermediario del credito», come previsto dalla direttiva<sup>39</sup> Come nella direttiva, i fornitori di servizi di *crowdfunding* sono soggetti alla disciplina ove qualificabili come «intermediari», nel qual caso sono tenuti a iscriversi al rispettivo registro.**

Come menzionato, **l'armonizzazione massima è in realtà nominale, poiché la direttiva consente agli Stati membri di adottare diverse soluzioni nella trasposizione. Le scelte del legislatore nazionale si concentrano principalmente sull'adozione di un regime semplificato sull'inadempimento e sul rischio di inadempimento del consumatore per le dilazioni di pagamento qualificabili come contratti di credito ai sensi della disciplina, per i contratti a basso rischio, quelli di importo inferiore a 200 euro, e per i contratti senza interessi o con rimborso entro tre mesi. Ai creditori è consentito proporre la sottoscrizione di polizze assicurative collegate al contratto, ma le norme sullo scoperto e sull'insolvenza sono più stringenti rispetto a quelle previste dalla direttiva. Il decreto legislativo vieta ai creditori di imporre costi superiori a quelli strettamente necessari a coprire le spese effettivamente sostenute da essi. Infine, la disciplina prevede una serie di esenzioni per le microimprese e le PMI che operano come intermediari del credito e conferisce poteri regolatori e sanzionatori alle autorità nazionali competenti. Il legislatore interno non si è invece avvalso della possibilità di prevedere regole ulteriori e più stringenti a proposito di una serie di altre previsioni: l'apertura di un conto di pagamento associato al prestito credito, le restrizioni sui servizi di consulenza, l'esenzione degli sconfinamenti dalle regole sulla valutazione del merito creditizio, la riduzione del periodo di recesso riconosciuto al consumatore e i divieti a proposito delle commissioni bancarie.**

**5.** La nuova direttiva segna un importante aggiornamento del regime armonizzato relativo ai crediti ai consumatori. La promessa di regole più stringenti e di maggiori **garanzie nell'accesso al credito per i consumatori europei parrebbe, in parte, mantenuta. Al tempo stesso, l'estensione del perimetro della disciplina concretizza il passaggio dal**

<sup>37</sup> SANTAGATA, *Prime note sulla nuova disciplina del rimborso anticipato del credito ai consumatori (e del credito immobiliare)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 2, 179; MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori. Tra legge, Abf e Corte Costituzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 1, 49.

<sup>38</sup> **Le dilazioni offerte da imprese di grandi dimensioni (non PMI) nell'ambito della fornitura di servizi della società dell'informazione sono escluse se il rimborso gratuito deve avvenire entro 14 giorni.**

<sup>39</sup> **L'introduzione dell'art. 12-bis nel d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 segna un cambiamento importante per i fornitori che agiscono come intermediari o creditori accessori. Questi saranno tenuti a iscriversi in un registro informatico specifico, gestito dall'OAM (Organismo Agenti e Mediatori).**

credito ai crediti ai consumatori. Per entrambe le direzioni di intervento, tuttavia, è necessario segnalare un depotenziamento del testo finale rispetto alle premesse di *policy* e alle versioni preliminari, segno degli inevitabili compromessi con l'influente settore bancario e finanziario. Il successo di questa direttiva, come della precedente, dipenderà dalla capacità della giurisprudenza, europea e nazionale, di saldare le nuove norme con il tessuto di tutele consumeristiche europee presenti in altri strumenti normativi, tra cui, senz'altro, le dir. 1993/13/CEE sulle clausole vessatorie e 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette. Al tempo stesso, al giudice e all'interprete interni spetterà proseguire nel cammino di integrazione tra le norme del diritto privato regolatorio di fonte europea e i principi e le regole del diritto civile.

## sezione II

---

# CONTRATTO IN GENERALE

# Le Sezioni Unite si pronunciano sul danno da risoluzione per mancato pagamento dei canoni locatizi \*

di LEONARDO CORUCCI

Dottorando di ricerca in Diritto privato  
Università di Pisa

(CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civili, sent. 25 febbraio 2025, n. 4892; Pres. D'Ascola – Est. Dell'Utri)

## ABSTRACT

A seguito dei contrastanti orientamenti sorti in seno alla giurisprudenza di legittimità, la sentenza in esame interviene a dirimere la questione concernente la corretta individuazione del danno risarcibile in caso di risoluzione anticipata del contratto di locazione immobiliare per inadempimento del conduttore, nell'ipotesi di restituzione dell'immobile da parte di quest'ultimo.

*In light of the divergent interpretations that have arisen in the case law, the judgment in question addresses the issue concerning the proper determination of the recoverable damages in cases of early termination of a real estate lease agreement due to the tenant's breach, particularly in circumstances where the property has been returned by the tenant.*

**SOMMARIO:** 1. La vicenda alla base della pronuncia; 2. La questione giuridica e i differenti orientamenti; 3. Il danno da risoluzione; 4. La soluzione delle Sezioni Unite.

## 1. La vicenda alla base della pronuncia

La vicenda ruota intorno alla corretta qualificazione del danno risarcibile in caso di risoluzione per inadempimento del conduttore di un contratto di locazione immobiliare. In seno alla giurisprudenza di legittimità, sul tema si erano formati due contrastanti orientamenti interpretativi. Conseguentemente, la questione veniva rimessa alle Sezioni Unite, al fine di comporre il contrasto.

Prima di analizzare la soluzione accolta, appare necessaria una breve ricognizione dei fatti di causa e delle questioni giuridiche sottese. La fattispecie concreta riguardava un contratto di locazione immobiliare stipulato tra una società immobiliare (in qualità di locatore) e una persona fisica (in qualità di conduttore). A seguito dell'inadempimento di quest'ultimo, resosi moroso per il mancato pagamento di alcuni canoni, la società locatrice chiedeva e otteneva la risoluzione del contratto. Dopo un'iniziale inerzia da parte del conduttore nel riconsegnare il bene, quest'ultimo lo restituiva spontaneamente. Nonostante la riacquistata disponibilità dell'immobile, il locatore conveniva in giudizio il conduttore al fine di chiedere – tra le altre – il risarcimento del “maggior danno” ex art. 1591 c.c. In particolare, il danno richiesto si sostanziava in tutti i canoni di locazione

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 20.06.2025.

non corrisposti fino alla data di naturale (o legale) scadenza del contratto o, quantomeno, fino alla data dell'eventuale conclusione di una nuova locazione.

In primo grado, il Tribunale accoglieva solo parzialmente la domanda attorea e condannava il conduttore al pagamento di una somma esigua rispetto alla richiesta avanzata. La società locatrice proponeva appello e mutava il fondamento giuridico della richiesta risarcitoria, agendo ai sensi dell'art. 1453 c.c. Nonostante la diversa qualificazione giuridica prospettata nel gravame, la domanda veniva rigettata. In conformità al primo grado, la Corte d'Appello riteneva la domanda infondata sulla base di un minoritario indirizzo della giurisprudenza di legittimità secondo il quale, intervenuto il rilascio dell'immobile a seguito della risoluzione del contratto, non può configurarsi un risarcimento a favore del locatore coincidente con i canoni che sarebbero stati esigibili se il contratto fosse stato regolarmente eseguito. Invero, non potrebbe ravvisarsi «*in tale mancata percezione una diminuzione del patrimonio del creditore - locatore rispetto alla situazione nella quale egli si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'inadempimento del conduttore, stante il carattere corrispettivo del canone rispetto alla privazione del godimento*»<sup>1</sup>. Al più, secondo tale orientamento, un danno, coincidente con la mancata percezione dei successivi canoni, potrebbe configurarsi solo nel caso in cui, al momento della restituzione, l'immobile si trovi in condizioni tali da non consentire al locatore di godere del bene in alcun modo.

Avverso la sentenza d'appello, la società locatrice proponeva ricorso per Cassazione. Per quanto qui d'interesse, la ricorrente col primo motivo impugnava la sentenza d'appello «*per violazione dell'art. 1453 c.c. in combinato disposto con l'art. 1223 c.c. (in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.), per avere la corte territoriale negato il risarcimento dei danni relativi al conseguimento dei canoni di locazione fino alla naturale cessazione del contratto sulla base di un orientamento della giurisprudenza di legittimità minoritario*». In particolare, si faceva valere l'erronea qualificazione causale del contratto effettuata dai giudici di merito, i quali riconducevano il canone a mero corrispettivo per il sacrificato godimento diretto dell'immobile da parte del locatore.

La Terza Sezione della Cassazione, rilevato il contrasto, rimetteva il ricorso alla Prima Presidente per l'assegnazione della questione alle Sezioni Unite. L'ordinanza di rimessione, dopo aver esposto i tradizionali orientamenti contrastanti, vaglia l'applicabilità dell'art. 1591 c.c.<sup>2</sup> al fine della determinazione dei danni risarcibili in favore del locatore nel caso di specie.

Con sentenza n. 4892 del 25 febbraio 2025<sup>3</sup> le Sezioni Unite hanno composto il contrasto giurisprudenziale.

<sup>1</sup> Cfr. Cass., 10 dicembre 2013, n. 27614, in *Corr. giur.*, 2014, 1341, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, *Risolto il contratto e riconsegnato l'immobile va risarcito il contraente che non riesce subito a rilocare a terzi?*

<sup>2</sup> Che prevede la liquidazione automatica dei danni da ritardata restituzione, sancendo l'obbligo di corrispondere il canone convenuto sino alla effettiva riconsegna e facendo salvo l'eventuale "maggior danno", v. CALVO, *sub art. 1591*, in *Codice civile. Commentario fondato da Schlesinger*, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2014, 247 ss.; e ancora BELLONI PERESSUTTI, *sub art. 1591*, in *Commentario breve al Codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, CEDAM, 2021, 2048 ss.; M. TRIMARCHI, *La locazione*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato* diretto da Perlingieri, ESI, 2013, 351 ss.

<sup>3</sup> v. in *Il Foro Plus*, con nota di IULIANI, *Brevi note in tema di risoluzione anticipata del contratto di locazione e risarcimento del danno* e di PESCE, *Locazione, risoluzione anticipata, danno: le cinque idee di sez. un. 4892/25*; in questa Rivista, 6 marzo 2025, con nota di PESCE, *Danno da risoluzione anticipata della locazione: Sez. un. 4892/2025*

## 2. La questione giuridica e i differenti orientamenti

Centro di gravità dell'intera vicenda è l'istituto della risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. Il Codice civile riserva l'applicazione di questa disposizione ai soli contratti con prestazioni corrispettive<sup>4</sup> e prevede la possibilità di sciogliere il contratto in caso di mancato adempimento di una delle parti: la parte non inadempiente sarà legittimata a scegliere se mantenere in vita il contratto, esercitando l'azione di adempimento, oppure se scioglierlo, optando per la risoluzione. Ciò che accomuna le due ipotesi è la possibilità di proporre congiuntamente<sup>5</sup> l'azione risarcitoria, invero viene fatto «salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno»<sup>6</sup>.

In senso più specifico, come si legge nell'ordinanza di rimessione<sup>7</sup>, la questione che le Sezioni Unite sono chiamate a dirimere attiene alla corretta individuazione delle componenti risarcibili del danno che il locatore-creditore può chiedere ai sensi dell'art. 1453 c.c. *Sub specie*, se – nel caso in cui il locatore abbia optato per la risoluzione del contratto di locazione – il danno debba coincidere con i canoni dovuti fino alla scadenza (naturale o legale) del contratto ovvero fino all'instaurarsi di un nuovo rapporto locatizio. Nel corso degli anni, le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza di massimo grado non sono state univoche e hanno dato vita a un contrasto fondato su argomentazioni giuridiche divergenti, che hanno evidentemente risentito delle elaborazioni dottrinarie esistenti sul tema<sup>8</sup>.

La *querelle* può riassumersi in questi termini: un primo orientamento, più risalente e prevalente, che risponde in senso affermativo al quesito; un secondo orientamento, più recente ma minoritario, che si esprime in senso negativo.

L'indirizzo prevalente, in ipotesi di risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, riconosce in capo al locatore il diritto al risarcimento del danno per l'anticipata cessazione del rapporto, da individuare nella mancata percezione dei canoni concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore o sino alla

<sup>4</sup> Definiti come i contratti ove «non si richiede la contemporaneità delle obbl. delle parti, con riguardo al momento dell'insorgenza e dell'esecuz., essendo sufficiente che le obbl. medesime siano legate e contrapposte nel sinallagma negoz. nel senso che l'una venga concepita e assunta come reciproco giustificativo dell'altra, una in funzione dell'altra», così ZACCARIA, sub art. 1453, in *Commentario breve al Codice Civile* a cura di Cian e Trabucchi, CEDAM, 2021, 1830 s.

<sup>5</sup> Ma anche autonomamente, così CARNEVALI, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir., I tematici*, I, Giuffrè, 1990, 1080.

<sup>6</sup> *Ibidem*; BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 1326; ZACCARIA, op. cit., 1842

<sup>7</sup> V. Cass., ord., 9 novembre 2023, n. 31276, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 43 ss., con nota di PLAIA, *Locazione – Risoluzione anticipata del contratto di locazione e risarcimento del danno*; in *Giur. it.*, 2024, 1304 ss., con nota di MONTANARI, *Risoluzione della locazione e risarcimento del danno: in vista delle Sezioni unite*; in *Resp. civ. e prev.*, 2024, 119 ss., con nota di NANNA, *Danno da risoluzione del contratto di locazione tra risarcibilità dell'interesse positivo ed obblighi di condotta del locatore*; in *Accademia. Rivista dell'associazione dei civilisti italiani*, 2024, 314 ss., con nota di CUFFARO, *Risoluzione della locazione e risarcimento del danno*; in *Foro it.*, 2024, I, 3291 ss., con nota di PESCE, *Disposizioni e norme sul risarcimento del danno da anticipata risoluzione di un rapporto contrattuale locatizio*; in *Il Foro plus*, con nota di PALMIERI, *Le sezioni unite chiamate a dirimere il contrasto sul risarcimento spettante al locatore in caso di risoluzione per inadempimento del conduttore*; in questa rivista, 8 aprile 2024, con nota di VERONA, *Al vaglio delle Sezioni Unite la risarcibilità del danno da risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore*.

<sup>8</sup> V. *infra* par. 3

scadenza<sup>9</sup>. Tuttavia, occorre dare atto che l'orientamento in parola ha subito una significativa evoluzione nel corso dell'elaborazione giurisprudenziale. Invero, all'iniziale impostazione che faceva coincidere *sic et simpliciter* il danno subito dal locatore con i canoni *percipiendi*, ha fatto seguito una soluzione che, volta a scongiurare inefficienti automatismi, rimetteva al giudice l'apprezzamento in concreto sull'ammontare del danno risarcibile. In altre parole, al locatore non inadempiente – che abbia richiesto di risolvere il contratto – si riconosce il diritto a ricevere, a titolo di risarcimento, una somma che potrebbe *astrattamente* coincidere con i canoni che avrebbe dovuto ottenere fino alla scadenza del rapporto, come se l'inadempimento non si fosse verificato, ma *concretamente* da verificare caso per caso<sup>10</sup>. Anzitutto, quest'evoluzione permette di evitare, come già evidenziato, qualsiasi automatismo nella determinazione del risarcimento, evitando che lo stesso coincida *in re ipsa* con i canoni dovuti sino alla scadenza; secondariamente, evita possibili confusioni tra l'azione risarcitoria e l'azione di adempimento e tiene distinti il danno evento e il danno conseguenza, giacché solo quest'ultimo è risarcibile ai sensi dell'art. 1223 c.c. Per quanto attiene all'*onus probandi*, graverà in capo al locatore-creditore la prova del nesso di causalità giuridica tra l'evento (qui, l'inadempimento del conduttore) e le conseguenze pregiudizievoli, in ossequio all'art. 1223 c.c., per cui il danno deve comprendere «*la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto [...] siano conseguenza immediata e diretta*» dell'inadempimento. Inoltre, il locatore sarà onerato di dar prova di «*essersi attivato per rendere conoscibile con i mezzi ordinari la disponibilità dell'immobile per una nuova locazione*»<sup>11</sup>. In aggiunta a quest'ultimo contrappeso, il conduttore potrà poi dar prova di quanto possa eccepire al locatore ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. secondo cui «*il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*».

All'indirizzo appena esposto si contrappone un orientamento minoritario, accolto dalle decisioni di merito *de quibus*. Secondo tale orientamento, in ipotesi di risoluzione del contratto e successivo rilascio dell'immobile, l'omessa percezione, da parte del locatore, dei canoni che sarebbero maturati sino alla scadenza del contratto ovvero fino al momento di una nuova locazione, «*non configura di per sé un danno da perdita subita, né un danno da mancato guadagno*»<sup>12</sup>. La base giuridica di quest'asserzione attiene all'individuazione della dimensione causale del contratto di locazione, come evidenziato dalle Sezioni Unite nella sentenza in esame<sup>13</sup> e, per conseguenza, alla differente funzione del canone. Se, secondo l'orientamento maggioritario, il canone è lo strumento che soddisfa l'interesse del locatore a ottenere una liquidità monetaria

<sup>9</sup> da ultimo accolto incidentalmente da Cass., 5 gennaio 2023, n. 194, in *DeJure*; ma soprattutto cfr. Cass., sez. III, 5 maggio 2020, n. 8482, in *Danno resp.*, 2021, 1, 100 ss., con nota di BOSETTI, *Risoluzione della locazione addebitabile al conduttore e risarcimento del danno* e in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 271, con nota di MOLINARO, *Risoluzione del contratto di locazione e danno da anticipata cessazione del rapporto contrattuale*; Cass., 13 febbraio 2015, n. 2865, in *Corr. giur.*, 2015, 756, con nota di AMENDOLAGINE, *Inadempimento e risoluzione anticipata della locazione: quando scatta il diritto al risarcimento del danno*; Cass., 24 aprile 2008, n. 10677, in *DeJure*

<sup>10</sup> V. Cass., 13 febbraio 2015, n. 2865, cit.

<sup>11</sup> Cass., 9 novembre 2023, n. 31276, cit.; per una più approfondita analisi v. *infra* par. 4.

<sup>12</sup> cfr. Cass., 10 dicembre 2013, n. 27614, cit.; Cass., sez. III, 20 gennaio 2017, n. 1426, in *DeJure*

<sup>13</sup> ove esamina questo specifico aspetto, «*sul piano dell'identificazione della causa del contratto*», v. *infra* par. 4

immediata, secondo l'indirizzo minoritario, il canone costituisce esclusivamente il corrispettivo per la privazione del godimento diretto dell'immobile. Corollario di quest'ultima impostazione è che, a seguito del volontario rilascio, un danno potrebbe al più configurarsi solo se, «*per le concrete condizioni in cui si trova l'immobile, la restituzione del bene non abbia consentito al locatore di poter esercitare, né in via diretta né in via indiretta, il godimento di cui si era privato concedendo il bene in locazione, commisurandosi in tal caso la perdita al tempo occorrente per il relativo ripristino*»<sup>14</sup>. Del resto, se il canone «*rappresenta l'equivalente della privazione della possibilità di esercitare il godimento [...] in via diretta*»<sup>15</sup>, l'eventuale risoluzione, ove sia seguita dalla restituzione dell'immobile, comporta il venir meno della giustificazione causale del pagamento dei canoni restanti e, pertanto, di qualsiasi pretesa all'ottenimento degli stessi a titolo di risarcimento. In tal senso, il canone rappresenta una modalità di godimento indiretto del bene «*sostitutiva del possibile godimento diretto*»<sup>16</sup>. Pertanto, a seguito del ripristinato materiale godimento dell'immobile, non si realizzerebbe alcuna *deminutio patrimonii*<sup>17</sup>. In conclusione, il patrimonio del locatore non sarà leso da questa vicenda, dato che la restituzione dell'immobile lo andrà a porre nella medesima situazione economica precedente al contratto. Su tali premesse giuridiche, i giudici dell'orientamento minoritario escludono che i canoni *percipiendi* possano essere riconosciuti al locatore a titolo di risarcimento del danno.

Merita un breve cenno una decisione della Cassazione che, pur collocandosi nel solco dell'orientamento maggioritario, se ne discosta parzialmente e cerca di temperare gli interessi in gioco ponendo un limite al *quantum* risarcitorio. In particolare, il risarcimento del danno *ex art. 1453 c.c.* dovrebbe concretizzarsi in un importo pari al «*mancato incasso di una somma mensile per l'intervallo temporale presumibilmente necessario per instaurare un nuovo rapporto locatizio*», il quale dovrebbe cristallizzarsi nel «*periodo di preavviso spettante al conduttore per l'esercizio del suo recesso*»<sup>18</sup>. In altri termini, si introduce una presunzione fondata sulla coincidenza tra il periodo di preavviso e il tempo necessario a stipulare una nuova locazione dell'immobile. Si tratta di un'impostazione rimasta del tutto isolata poiché, come osservato dalla giurisprudenza successiva, per «*la diversità dei presupposti e, in particolare, l'assenza di inadempimento nel caso del recesso*»<sup>19</sup>, le due ipotesi non possono essere assimilate.

Un'analisi attenta degli orientamenti mostra che la questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite verte sulla scelta tra risarcibilità dell'interesse positivo oppure, *a contrario*, del solo interesse negativo e alla qualificazione causale del contratto. Dunque, la questione travalica il contratto di locazione e sfocia in un tema caro alla dottrina: il danno da risoluzione.

<sup>14</sup> Cass., 10 dicembre 2013, n. 27614, cit.

<sup>15</sup> v. Cass., 10 dicembre 2013, n. 27614, cit.

<sup>16</sup> v. Cass., 10 dicembre 2013, n. 27614, cit.

<sup>17</sup> Così NANNA, op. cit., 123 s.

<sup>18</sup> Cass., 14 gennaio 2014, n. 530, in *Corr. giur.*, 2014, 915, con nota di CARRATO, *Risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore ed onere della prova riguardante il danno subito dal locatore*

<sup>19</sup> Così Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, cit.

### 3. Il danno da risoluzione

La soluzione della questione attiene al più ampio tema della corretta qualificazione del danno da risoluzione. Il tema interessa da decenni la più autorevole dottrina e se un indirizzo appare certamente preferibile e prevalente, non mancano opinioni contrarie.

Le correnti dottrinarie che si contrappongono sono essenzialmente due: chi sostiene la risarcibilità dell'interesse negativo<sup>20</sup> e chi supporta la tesi del risarcimento dell'interesse positivo<sup>21</sup>; a queste si contrappone una tesi isolata<sup>22</sup>, secondo cui sarebbe astrattamente possibile la cumulabilità dei due interessi, tuttavia la dottrina maggioritaria è unitaria nel negare questa possibilità<sup>23</sup>.

I concetti di interesse negativo e positivo hanno origine dagli studi dello Jhering sulla *culpa in contrahendo*<sup>24</sup>. Nell'evoluzione dottrina, questi hanno travalicato i confini della responsabilità precontrattuale e sono approdati nel diverso contesto giuridico del danno da risoluzione per inadempimento.

L'elemento di *discrimen* tra le due teorie sta nell'individuazione dell'interesse leso e, dunque, risarcibile. I sostenitori della risarcibilità dell'interesse negativo affermano che l'azione risarcitoria dovrebbe porre il soggetto leso nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato se non avesse concluso il contratto. Pertanto, la parte non inadempiente dovrà essere ricollocata nella situazione patrimoniale in cui si trovava anteriormente alla conclusione dell'accordo<sup>25</sup>, con la specificazione che eventuali danni successivi alla stipulazione potranno essere inseriti nel computo solamente quando funzionali a soddisfare l'interesse risarcitorio in questione. In definitiva, il risarcimento dell'interesse negativo – non a caso anche detto “danno da affidamento” – tutela

<sup>20</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale di adempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 330 ss.; GUERRERA, *Della cosiddetta condizione risolutiva tacita nel diritto civile e commerciale italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1927, 79 ss.; MARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1985, I, 369 ss.; MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Jovene, 2013, 113 ss.; ID., *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 820 ss.; PIRAINO, *Il danno da risoluzione*, in *Le corti fiorentine*, 2017, 49 ss.

<sup>21</sup> V. *ex multis* BELFIORE, op. cit., 1327 ss.; ID., *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Giuffrè, 1988, 313 ss.; AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 1942, 137 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, 83 ss.; LUMINOSO – CARNEVALI – COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1990, 199 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, V. *La responsabilità*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2021, 313 ss.; SACCO, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVIII, 1998, 61 ss.; ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 2012, 269 ss.; BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Cedam, 2004, 147 ss.; DELLACASA, *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare: il “danno da risoluzione” alla prova*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, 1095 ss.; anteriormente al codice civile del 1942, in senso conforme v. COVIELLO JR., *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, 33 ss.

<sup>22</sup> V. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, 1962, 368 ss.

<sup>23</sup> Per una disamina su questa tesi v. su tutti LUMINOSO, op. cit., 183 ss. e, ancora, P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 644

<sup>24</sup> Cfr. JHERING, *Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Della “culpa in contrahendo” ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione* a cura di Procchi, Jovene, 2005, 31 ss.; e per una breve disamina, cfr. MOLINARO, *Culpa in contrahendo e danni risarcibili: l'esatta portata dell'interesse negativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2024, 189 ss. e, ancora, ANZANI, *Interesse positivo e interesse negativo nelle diverse forme di responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1696 s.

<sup>25</sup> Così VILLA, *Brevi riflessioni sul danno da inadempimento e da risoluzione*, in *Giust. civ.*, 2024, 208, il quale effettua una puntuale disamina sulle varie teorie, aderendo alla tesi positiva con alcune riflessioni sulla possibilità di scelta alternativa tra interesse positivo e negativo.

l'incolpevole affidamento riposto nell'altrui comportamento corretto e, in concreto, permette alla parte non inadempiente di chiedere il risarcimento del danno nella sua composizione di danno emergente e lucro cessante, coincidenti rispettivamente nel ristoro delle spese sostenute in vista di un contratto operativamente fallito e negli affari alternativi persi.

L'argomento principale che fa da sostegno a questa dottrina sta nella scelta che la parte non inadempiente fa ai sensi dell'art. 1453 c.c.<sup>26</sup>: il soggetto fedele, agendo per la risoluzione, fa venire meno la prestazione in ragione dell'inefficacia *ex tunc* della risoluzione [che opererà, tuttavia, *ex nunc* nell'ipotesi di contratti di durata, stante il disposto dell'art. 1458 c.c., comma 1, senza che ciò intacchi le argomentazioni alla base dell'indirizzo in esame], dimostrando così di non avere più alcun interesse alla stessa. Dunque, scegliendo la risoluzione, la parte fedele mostrerebbe la sua volontà di rinunciare alla prestazione a lui destinata e, conseguentemente, non vi sarebbe motivo di risarcire l'interesse positivo per porla nella situazione in cui si sarebbe trovata se il contatto fosse stato eseguito, dal momento che la stessa vi ha rinunciato. Inoltre, si fa valere una supposta incompatibilità tra retroattività della risoluzione e risarcimento dell'interesse positivo, dato che l'obbligo risarcitorio è un succedaneo di quello contrattuale, il quale è tuttavia venuto meno a seguito della vicenda risolutoria<sup>27</sup>. Si giungerebbe così alla conseguenza inaccettabile per cui la parte che ha chiesto la risoluzione andrebbe a ottenere più di quanto gli sarebbe spettato dalla fisiologica attuazione del rapporto<sup>28</sup>, ricevendo un risarcimento pari al valore della prestazione a lui dovuta e, al contempo, liberandosi dall'obbligo di compiere la propria controprestazione. In realtà, questa contraddittorietà «*non sussiste se si tengono presenti gli scopi della risoluzione e del risarcimento dell'interesse positivo*»<sup>29</sup>. Lo scopo primario della retroattività è garantire alla parte non inadempiente, che veda frustrato il proprio interesse dedotto nel contratto, di rientrare quanto prima sul mercato e tornare «*alla ricerca della controprestazione perduta*»<sup>30</sup>, nonché recuperare l'eventuale prestazione già eseguita. Pertanto, ai fini di una corretta analisi, deve tenersi a mente che l'inadempimento assume qui una doppia veste: sia di elemento legittimante la risoluzione (fermo il requisito della non scarsa importanza *ex art.* 1455 c.c.) sia di evento originatore dell'eventuale danno. Dunque, il rimedio risolutorio e risarcitorio sono indipendenti tra loro, seppur legati da un rapporto di complementarità, come dimostra il fatto che dal mancato adempimento potrebbe non derivare alcuna conseguenza dannosa senza che ciò possa valere a escludere la possibilità di richiedere la risoluzione. Di conseguenza, il risarcimento non potrà considerarsi assorbito nel nucleo di effetti che si producono al momento della risoluzione e, in particolare, nelle restituzioni a questa conseguenti. Inoltre, altra dottrina corrobora la critica nei confronti di questa tesi sul presupposto che l'inadempimento, identificato «*non più come causa giustificativa della risoluzione [...] ma come fatto storico verificatosi prima della risoluzione*», abilita al

<sup>26</sup> V. *supra* par. 2

<sup>27</sup> VERDICCHIO, *Danno "positivo" o danno "negativo"? (brevi note sul tipo di danno risarcibile nel caso di risoluzione del contratto per inadempimento)*, in *Dir. giur.*, 2005, 640.

<sup>28</sup> CARNELUTTI, *op. cit.*, 330; MARELLA, *op. cit.*, 369; VERDICCHIO, *op. cit.*, 641

<sup>29</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 1080, il quale a sua volta rinvia alle argomentazioni sul punto di LUMINOSO, *op. cit.*, 167 ss., 199 ss., 213 ss.

<sup>30</sup> NANNA, *op. cit.*, 126

«risarcimento del danno positivo secondo le regole comuni di ogni inadempimento»<sup>31</sup>. In altri termini, siccome il fatto concreto da cui si origina il danno si è verificato prima della risoluzione del contratto, allora ben potrà configurarsi un danno da questo derivante senza che il venir meno della prestazione contrattuale possa interferire in qualche modo.

All'opposto, qualora si opti per la tesi dell'interesse positivo, la parte danneggiata dovrà essere posta, mediante il risarcimento, nella medesima condizione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato correttamente adempiuto. Deve perciò attuarsi un risarcimento per equivalente che sia idoneo a soddisfare l'interesse dedotto nel contratto e le occasioni che si sarebbero realizzate se il contratto non fosse entrato nella sua fase patologica. In ultima analisi, riconoscere l'interesse positivo significa dare rilevanza risarcitoria all'interesse che la parte ha dedotto nel contratto al fine di realizzarlo mediante l'attuazione del regolamento contrattuale<sup>32</sup>. Come osservato da autorevole dottrina, questa rappresenta la tesi prevalente dacché «consolidata presso la nostra cultura giuridica (dottrina e giurisprudenza) e trova, comunque, sicuri riscontri già sul piano dell'analisi testuale degli enunciati normativi»<sup>33</sup>. Un primo argomento sistematico a sostegno dell'indirizzo in questione risiede nella collocazione del risarcimento del danno da risoluzione nel più ampio *genus* della responsabilità per inadempimento *ex art. 1218 c.c.*<sup>34</sup>. Pertanto, dal momento che nella responsabilità contrattuale si riconosce la risarcibilità dell'interesse positivo, allora anche al danno da risoluzione dovrebbero applicarsi i medesimi criteri di liquidazione. Altro argomento è quello che attiene alla *littera* codicistica: dalla lettura dell'art. 1453 c.c. appare limpida l'intenzione del legislatore di riconoscere il rimedio risarcitorio sia nel caso di risoluzione sia nell'ipotesi di rimedio manutentivo, a prescindere dalla preferenza per l'uno o l'altro rimedio. Un terzo argomento è di carattere storico e attiene alla mancata riproduzione dell'art. 1611 del previgente Codice<sup>35</sup>, specificamente dettata per la disciplina della locazione, ove si prevedeva che «nel caso di risoluzione del contratto per colpa dell'inquilino», questi fosse tenuto «a pagare la pigione pel tempo necessario ad una nuova locazione ed a risarcire i danni che fossero derivati dall'abuso della cosa locata». Il fatto che una siffatta disposizione non sia stata introdotta lascia supporre – in assenza di indicazioni all'interno della Relazione al Codice – una volontà del legislatore del '42 di evitare riproposizioni inutili e pleonastiche, in quanto il generale assetto normativo predisposto dall'art. 1453 c.c., in combinato con l'art. 1227, comma 2, c.c., sarebbe stato sufficiente a regolare le ipotesi specialmente disciplinate da quella norma. A riprova di ciò, la giurisprudenza si è occupata espressamente di questo aspetto e ha aderito a questa tesi per cui sarebbe superflua nell'assetto predisposto dal Codice civile vigente «*potendo [questa] questione essere risolta in applicazione del principio generale di cui all'art.*

<sup>31</sup> CARNEVALI, *ibidem*.

<sup>32</sup> in tal senso appare coerente il ragionamento che effettuano le Sezioni Unite sul requisito causale del contratto al fine di avallare la tesi maggioritaria, v. *infra* par. 4

<sup>33</sup> BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1326

<sup>34</sup> LUMINOSO, op. cit., 224-225; CARNEVALI, op. cit., 1080; VERDICCHIO, op. cit., 639; in senso contrario v. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 837 e DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, 112 e MONTANARI, *Risoluzione del contratto*, op. cit., 789 s.

<sup>35</sup> cfr. NANNA, op. cit., 127

1453 cod. civ., con il contemperamento (ignoto al previgente codice) offerto dall'art. 1227 cod. civ.»<sup>36</sup>.

*In nuce*, la tesi maggioritaria garantisce al contraente fedele di potersi liberare da un legame contrattuale leso nel requisito fondamentale della fiducia e rientrare sul mercato per ricercare una nuova controparte; ferma la possibilità di chiedere il risarcimento del danno, al fine di essere collocato nella medesima posizione patrimoniale che avrebbe avuto nel caso di esecuzione fedele del contratto, anziché percorrere la strada dell'azione di adempimento.

Autorevole dottrina ha sostenuto la tesi positiva con convincenti argomentazioni tratte dall'analisi economica del diritto<sup>37</sup>. Anzitutto, ha osservato che l'interesse positivo si caratterizza per una maggior efficienza economica nell'indurre il debitore a evitare l'inadempimento; i contraenti saranno meno propensi a violare il regolamento contrattuale quando sia posto «*a carico del debitore inadempiente un risarcimento non inferiore all'interesse positivo dell'altra parte*»<sup>38</sup>. Invero, riconoscere il solo ristoro dell'interesse negativo costituirebbe un disincentivo alla risoluzione (dovendosi preferire l'azione di adempimento), col rischio di giungere all'inefficiente risultato di immobilizzare le risorse della parte fedele destinate all'esecuzione della sua prestazione. Dunque, quando la parte non inadempiente si trovi «*di fronte alla paralisi a cui è giunto il rapporto contrattuale*», è certamente preferibile optare per la risoluzione così che possa «*liberarsi dal vincolo precedente e rivolgersi al mercato per acquisire una prestazione sostitutiva*»<sup>39</sup>. Specularmente, la configurabilità sistematica di un risarcimento notevolmente superiore al danno effettivo subito dalla parte non inadempiente si risolverebbe in una previsione inefficiente<sup>40</sup> poiché incoraggerebbe l'inadempimento nei casi in cui la violazione contrattuale comporti un vantaggio superiore al danno occasionato alla controparte. Quest'ultima è la teoria del c.d. inadempimento efficiente, la quale prende le mosse dal concetto di “*efficient breach of contract*” di derivazione anglosassone<sup>41</sup>. In generale, il risarcimento non dovrà essere sistematicamente inferiore al danno effettivamente subito dall'altra parte, altrimenti si incentiva l'altra a essere inadempiente rendendo la disciplina risarcitoria del tutto inefficiente. Nonostante siffatte premesse, questa dottrina non appare rinnegare del tutto l'interesse negativo. Ferma l'impossibilità di cumulare le due ipotesi, ci si è chiesti se sia possibile per il soggetto danneggiato scegliere alternativamente il risarcimento dell'interesse negativo, qualora quest'ultimo appaia maggiore di quello positivo<sup>42</sup>. Un'ipotesi del genere – seppur residuale – potrebbe configurarsi nei casi in cui le spese sostenute in vista della stipulazione del contratto, siano superiori ai ricavi che sarebbero stati ottenuti in ragione dell'esecuzione. In particolare, il Trimarchi annovera in questa

<sup>36</sup> Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, cit.

<sup>37</sup> P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 83 ss.; ID., *Interesse positivo e interesse negativo*, cit., 637 ss.

<sup>38</sup> P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo*, cit., 639

<sup>39</sup> VILLA, op. cit., 210

<sup>40</sup> P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo*, cit., 640

<sup>41</sup> Cfr. BIRMINGHAM, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, in *Rutgers Law Review*, 1970, *passim*; e successivamente GOETZ e ROBERT, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, in *Columbia Law Review*, 1977, 77, *passim*.

<sup>42</sup> P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo*, cit., 642.

categoria quelle situazioni in cui il danno positivo sia di difficile prova ovvero il regolamento contrattuale sia diretto a soddisfare interessi non patrimoniali difficilmente enucleabili in termini monetari. In questi casi, accordare la risarcibilità dell'interesse negativo implicherebbe una maggior efficienza nell'indurre il debitore all'adempimento della prestazione. Occorre, tuttavia, individuare le basi normative cui ancorare il risarcimento dell'interesse negativo nel caso di inadempimento. Si è osservato che, nei casi di interesse positivo patrimoniale di difficile carattere probatorio, il fondamento giuridico per una siffatta operazione sarebbe individuabile nell'art. 1226 c.c. che ammette la valutazione equitativa del danno; nei casi di interessi non patrimoniali, il risarcimento dell'interesse negativo potrebbe ammettersi solo ove possa assicurarsi una rigida e obiettiva valutazione degli stessi per la quale le spese sostenute possono ragionevolmente costituire un parametro accettabile<sup>43</sup>.

#### 4. La soluzione delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite, dopo una breve ricognizione degli indirizzi giurisprudenziali esistenti, si sono espresse sul quesito oggetto dell'ordinanza di rimessione: se, nel caso di risoluzione per inadempimento del conduttore, il risarcimento debba coincidere con i canoni dovuti fino alla scadenza (naturale o legale) del rapporto o fino alla nuova eventuale locazione dell'immobile.

Con argomentazioni convincenti, le Sezioni Unite si discostano dall'orientamento minoritario e optano per l'indirizzo maggioritario, mostrandosi a favore della risarcibilità dell'interesse positivo del danno da risoluzione. L'orientamento minoritario cade in una fallacia argomentativa, dal momento che identifica la dimensione causale del contratto di locazione nella rinuncia al godimento diretto da parte del locatore, la quale mal si concilia con la realtà giuridico-dinamica della locazione.

Si tratta di una visione ancorata alla nozione di causa intesa come funzione economico-sociale, distante dal concetto di causa in concreto ormai prevalente in giurisprudenza e in dottrina<sup>44</sup>. In generale, se la causa quale funzione economico-sociale può definirsi come la sintesi degli effetti del contratto, individuata *ex ante* dal legislatore nei vari tipi contrattuali sulla base dell'utilità sociale che realizzano, la causa in concreto rappresenta l'assetto di interessi programmato dalle parti attraverso il contratto, alla cui realizzazione esso è preordinato.

In relazione a questo aspetto, le Sezioni Unite sottolineano che deve essere valorizzata la dimensione individuale dello scambio, il quale deve soddisfare lo specifico nucleo di interessi che le parti vogliono realizzare mediante il contratto. L'adesione al concetto di causa in concreto appare ancora più evidente ove si afferma che lo schema contrattuale «è destinat[o] a prospettare la realizzazione di un nuovo, originale e più avanzato assetto economico-giuridico»<sup>45</sup> per i contraenti, il quale potrà soddisfarli solo in caso di puntuale esecuzione.

<sup>43</sup> P. TRIMARCHI, *ibidem*; e così anche VILLA, op. cit., 212

<sup>44</sup> In particolare, dopo il *revirement* di Cass., 8 maggio 2006, n. 10490 in *DeJure*; e tra la dottrina cfr. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, *passim*; per una ricostruzione dell'istituto v. NAVARRETTA, sub art. 1343, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale* a cura di Navarretta e Orestano, Utet, 2011, 590 ss.

<sup>45</sup> v. Cass., 25 febbraio 2025, n. 4892, in *DeJure*

Applicando questi concetti al caso di specie, l'interesse del locatore sarà quello di trasformare la disponibilità dell'immobile in una liquidità monetaria e, viceversa, l'interesse del conduttore sarà quello di convertire la sua disponibilità economica nel temporaneo godimento del bene altrui. Il fatto che il locatore fosse una società immobiliare che realizzava il suo profitto – tra l'altro – mediante l'acquisto di immobili da cedere in locazione, mostra il totale disinteresse per questa al godimento diretto del bene quanto piuttosto a ottenere un vantaggio monetario. Invero, nella realtà contrattuale, la rinuncia al godimento diretto rappresenta solamente una delle varie sfaccettature del prisma causale del contratto di locazione – probabilmente la più marginale, come osservano le Sezioni Unite. Si pensi alle numerose ipotesi di immobili acquistati a soli fini di investimento (al fine di ricavarne le rendite) o all'ipotesi – pertinente al caso di specie – di società commerciali che hanno quale attività elettiva la locazione al solo fine di profitto.

Evidentemente, solo un corretto adempimento del regolamento contrattuale potrà dare piena soddisfazione agli interessi dedotti dalle parti. Abbracciando questa prospettiva, ecco che la risoluzione per inadempimento del conduttore, nonostante la restituzione del bene, non potrà valere quale integrale ricostituzione della sfera patrimoniale del locatore, dal momento che questi aveva raggiunto «*un diverso e più avanzato assetto economico-giuridico della propria sfera patrimoniale*» attraverso il contratto<sup>46</sup>. Difatti, gli interessi dedotti nel regolamento contrattuale andranno a permeare l'intera vicenda, finanche l'eventuale fase patologica occasionata dall'inadempimento.

Sulla base di queste premesse, l'interesse frustrato dall'inadempimento non potrà ritenersi reintegrato dalla riacquistata disponibilità dell'immobile. Scegliere l'indirizzo minoritario significherebbe rendere del tutto irrilevante il programma contrattuale costruito dalle parti e, conseguentemente, gli interessi per suo tramite realizzati. La restituzione volontaria dell'immobile non potrà mai costituire il ripristino della situazione patrimoniale delle parti, al più sarà tale da reintegrare la situazione anteriore alla stipulazione del negozio, la quale tuttavia risulta superata proprio dal nuovo assetto negoziale.

Dunque, qualora si ammettesse che la restituzione del bene elimini la dannosità dell'inadempimento, allora si affermerebbe la «*definitiva cancellazione dell'interesse positivo*» che è invece parte essenziale del danno contrattuale ai sensi dell'art. 1223 c.c., «*finendo col determinare la sostanziale assimilazione del danno da inadempimento al danno precontrattuale, per tradizione identificato nella limitata considerazione del solo interesse negativo*»<sup>47</sup>. Sennonché, come ricordano le Sezioni Unite, la giurisprudenza di legittimità ha già più volte rilevato che alla risoluzione per inadempimento si accompagna sempre il diritto al risarcimento del *quantum lucrari potuit* (interesse positivo). Le motivazioni a sostegno di ciò sono essenzialmente due: primariamente, il fatto che l'azione di risoluzione è alternativa all'azione di adempimento, ove quest'ultima è strumento elettivo per conseguire l'interesse positivo e, secondariamente, che le ipotesi di responsabilità contrattuale e precontrattuale verrebbero a essere trattate allo stesso modo, pur essendo situazioni differenti. In

<sup>46</sup> Id.

<sup>47</sup> Id.

definitiva, la mora del conduttore per mancato pagamento dei canoni dovrà considerarsi alla stregua di qualsiasi altro inadempimento, applicando gli ordinari criteri di liquidazione del danno contrattuale risarcibile.

Infine, la sentenza in esame si esprime sulla possibilità di estendere la disciplina dell'art. 1591 c.c. alla fattispecie concreta<sup>48</sup>, per cui le regole di liquidazione del danno normativamente individuate *ex ante* per il danno da mancata riconsegna del bene sarebbero state funzionali alla determinazione dei danni risarcibili in favore del locatore nel caso di risoluzione. Questa prevede che il conduttore, inadempiente all'obbligo di restituzione del bene *ex art.* 1590 c.c., sia tenuto a corrispondere al locatore una somma pari al canone convenuto fino all'effettiva riconsegna, facendo salvo l'obbligo di risarcire l'eventuale "maggior danno". Le Sezioni Unite si oppongono all'estensione analogica dell'art. 1591 c.c. al caso di specie. In particolare, sottolineano che la previsione dell'art. 1591 c.c. si occupa specificamente del risarcimento del danno derivante da uno specifico inadempimento: la mancata o ritardata riconsegna dell'immobile. Dunque, la sua applicazione analogica al caso dell'inadempimento *sub specie*, coincidente con la mancata corresponsione dei canoni, «*non trov[a] giustificazione, dovendo confermarsi la positiva riferibilità della norma di cui all'art. 1591 c.c. alle sole conseguenze risarcitorie connesse al ritardo nella restituzione dell'immobile da parte del conduttore*»<sup>49</sup>. Infatti, anche volendo accostare il "ritardo nella riconsegna" – che letteralmente è legato al solo caso della restituzione dopo la scadenza – al momento successivo della risoluzione (e, quindi, anteriore alla scadenza), l'effetto sarebbe incoerente con l'obiettivo, poiché il concetto di "maggior danno" rimarrebbe circoscritto ai danni «*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*»<sup>50</sup>.

Da ultimo occorre dare atto che le Sezioni Unite risolvono, ancorché implicitamente, due questioni emerse nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul punto. *In primis*, dal silenzio sulla quantificazione del risarcimento in relazione al periodo di preavviso relativo al recesso del conduttore, si desume il definitivo abbandono dell'isolata tesi che inquadrava il periodo di preavviso come limite al *quantum* risarcitorio<sup>51</sup>. Secondariamente, con riferimento alla mancata riproposizione dell'art. 1611 c.c. del previgente codice<sup>52</sup>, pur non occupandosene espressamente, le Sezioni Unite sembrano sposare quell'indirizzo per cui la disposizione non è stata reintrodotta perché pleonastica, rientrando nella generale disciplina prevista dall'art. 1453 c.c.<sup>53</sup>

Evidentemente, le Sezioni Unite hanno scelto di aderire a pieno all'orientamento maggioritario che riconosce la risarcibilità dell'interesse positivo, conforme al costante indirizzo qualificante il risarcimento del danno contrattuale derivante da

<sup>48</sup> Come prospettato nell'ordinanza di rimessione, v. *supra* par. 1.

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> V. *supra* par. 2.

<sup>52</sup> V. *supra* par. 3.

<sup>53</sup> Aderendo alla soluzione della giurisprudenza dell'orientamento maggioritario che già si era espressa in questo senso, cfr. Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, cit.

inadempimento come ristoro del *quantum lucrari potuit*; relegando l'interesse negativo (*id quod interest contractum non fuisse*) alla sola responsabilità precontrattuale.

Tuttavia, consapevoli del paventato rischio di indebito arricchimento per la parte non inadempiente nel caso di risarcimento dell'interesse positivo, le Sezioni Unite hanno ricercato un corretto bilanciamento. A coronamento dell'evoluzione dell'indirizzo maggioritario, si è riconosciuto che l'individuazione del *quantum* risarcitorio debba essere compito esclusivo del giudice del merito, il quale dovrà tener «*conto di tutte le circostanze del caso concreto*»<sup>54</sup>. Ciò vuole evitare un'identità *ipso iure* del danno del locatore con i canoni non percepiti ed escludere, altresì, che comportamenti negligenti del locatore possano aggravare la posizione del debitore danneggiante. In altri termini, si «*impone l'esclusione di ogni astrattezza teorica*» e di qualsiasi automatismo che affermi l'identità tra danno e canoni non percepiti. Come evidenzia la Corte, in un breve passaggio, la coincidenza del *quantum* risarcitorio con i canoni dovuti è qualcosa che attiene alla “normalità” delle situazioni<sup>55</sup> ma ciò non deve escludere una verifica del giudice sull'effettività di tale coincidenza.

L'indagine di tale coincidenza sulla realtà effettiva rispetto all'*id quod plerumque accidit* è condotta ponendo in capo al locatore l'onere di provare di essersi diligentemente attivato – una volta ottenuta la restituzione dell'immobile – per rendere conoscibile la rinnovata disponibilità dello stesso a terzi. Sarà compito del locatore, cioè, dimostrare di aver cercato di «*riattivare le possibilità di recupero della redditività del proprio bene*»<sup>56</sup>, venuta meno per la rottura del programma contrattuale.

In sostanza, *tertium non datur*: o il locatore, ottenuta la restituzione del bene, opta per il godimento diretto e, allora, nessun pregiudizio potrà lamentare a partire dal momento in cui abbia riottenuto quel bene oppure, qualora non interessato ad una fruizione diretta, deve dar prova di aver fatto quanto in suo potere «*per eliminare o attenuare il pregiudizio subito reperendo altri conduttori*», secondo una logica non dissimile a quella sottesa all'art. 1227, co 2, c.c.; «*se ciò il locatore non ha fatto o lo ha fatto con negligenza, imputet sibi*»<sup>57</sup>.

A questo punto, è interessante notare che il fondamento dell'onere di attivarsi per rimettere a reddito il bene (e conseguentemente di doverne dar prova in giudizio) venga individuato dalla Suprema Corte nel ‘giudizio *ex fide bona*’. Nella condivisibile lettura delle Sezioni Unite, sarebbe contrario a buona fede il comportamento di colui che, non volendo fruire direttamente del bene, una volta ottenutane la restituzione da parte del debitore-conduttore, non si attivi per poter ricavare *aliunde* quel che il fallito programma contrattuale avrebbe dovuto procurargli.

Il punto risulta di notevole importanza poiché rivitalizza la lettura del giudizio *ex fide bona* come giudizio valutativo e non già integrativo del contenuto del rapporto obbligatorio<sup>58</sup>. In altre parole, la buona fede imporrebbe una valutazione della condotta

<sup>54</sup> Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, cit.

<sup>55</sup> «*Conseguenze dannose effettivamente ricollegabili all'inadempimento, normalmente identificabili con la perdita dei canoni previsti fino alla naturale scadenza*», v. Cass., 25 febbraio 2025, n. 4892, cit.

<sup>56</sup> Cass., 25 febbraio 2025, n. 4892, cit.

<sup>57</sup> PESCE, *Danno da risoluzione anticipata*, op. cit., 4.

<sup>58</sup> cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. - Sez., civ., II*, Utet, 1988, 154 ss.; BRECCIA, *Diligenza e Buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 1968, *passim*; BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 205 ss.

delle parti che non si fondi esclusivamente su un giudizio di astratta conformità alla *regula iuris* ma anche su un giudizio di congruità «rispetto a certe esigenze pratiche, che le circostanze dal caso possono rivelare»<sup>59</sup>.

Peraltro, il giudizio *ex fide bona* non viene, per così dire modificato o attenuato, ove venga condotto nella «fase che segue la formale risoluzione degli effetti del negozio», come hanno cura di precisare le Sezioni Unite<sup>60</sup>.

Dunque, il locatore avrà l'onere di provare di essersi diligentemente attivato, una volta ottenuta la restituzione dell'immobile, per rendere conoscibile la rinnovata disponibilità a terzi; cioè, dovrà dimostrare di aver cercato di «riattivare le possibilità di recupero della redditività del proprio bene»<sup>61</sup>, venuta meno per la rottura del programma contrattuale. Altresì, in capo allo stesso graverà l'onere di dimostrare il nesso di causalità giuridica tra l'evento e le conseguenze pregiudizievoli da esso derivante, inteso quale carattere di derivazione “immediata e diretta” dall'inadempimento come sancito dall'art. 1223 c.c. Infine, il giudice dovrà tenere in considerazione quanto sia stato opposto dal debitore ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., per cui il risarcimento dovrà calcolarsi anche alla luce del comportamento della parte fedele che abbia chiesto la risoluzione: non dovranno prendersi in considerazione quei danni che siano stati occasionati dalla condotta non diligente della stessa. In conclusione, il *quantum* del risarcimento dovrà essere depurato da quelle situazioni che non avrebbero inciso negativamente sulla quantificazione risarcitoria se la parte fedele avesse agito diligentemente. Nel caso in esame – la Corte osserva – tale obbligo si andrà a esprimere nell'utile che «il locatore avrà ricavato (o che 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»<sup>62</sup> [v. Cass., 25 febbraio 2025, n. 4892, cit.].

Le Sezioni Unite accolgono una soluzione che risulta coerente con la giurisprudenza precedente e, seppur con le dovute cautele in tema di onere probatorio, riconosce la risarcibilità dell'interesse positivo nelle ipotesi di danno da risoluzione del contratto di locazione.

<sup>59</sup> MACARIO, *sub* art. 1375, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale* a cura di Navarretta e Orestano, II, Utet, 2011, 727 ss.

<sup>60</sup> Cass., 25 febbraio 2025, n. 4892, cit.

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> *Id.*

**BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E  
ASSICURAZIONI**

# Legittimazione diretta e concorrente nell'assicurazione contro i danni a beneficio dell'acquirente di immobili da costruire \*

di GRETA GRAZIANO  
Dottoranda di ricerca  
Università di Catania

(CORTE DI CASSAZIONE sezione terza civile, sent. 27 gennaio 2025, n. 1909; Pres. Scrima – Est. Spaziani)

## ABSTRACT

Secondo la recente pronuncia della Corte di Cassazione, oggetto del commento, la polizza assicurativa decennale «postuma», di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 122 del 2005, ha natura di assicurazione contro i danni per conto di chi spetta, di cui l'acquirente rappresenta unico beneficiario. Al di fuori di questo schema tipo, l'autonomia delle parti può spingersi a prevedere una legittimazione concorrente in capo al costruttore, in deroga al disposto dell'art. 1891, comma 2, c.c.

*The article analyzes a recent ruling by the Court of Cassation, which recognized that the ten-year «postuma» insurance policy referred to in Article 4 of Legislative Decree No. 122 of 2005 is a type of damage insurance on behalf of whoever is entitled, which the buyer is the sole beneficiary. Outside of this standard framework, the autonomy of the parties can extend to providing concurrent legitimacy to the builder, in derogation of the provisions of the second paragraph of Article 1891 of the Italian Civil Code.*

**SOMMARIO:** 1. Il caso; 2. Questioni di diritto; 3. Premessa: la normativa TAIC; 4. Il tipo di contratto assicurativo: assicurazione per la responsabilità civile o assicurazione contro i danni; 5. Contratto a favore di terzi o per conto altrui? 6. I danni coperti dalla polizza; 7. La legittimazione dell'acquirente e del costruttore; 8. Conclusioni.

## 1. Il caso

La sentenza in oggetto trae origine da un caso peculiare di responsabilità per difettosa progettazione e realizzazione di un immobile detenuto in forza di un contratto di locazione finanziaria da una società.

Tale immobile veniva fatto costruire dalla società di *leasing* prima di concederlo **alla società utilizzatrice, commissionando alcuni lavori ad un'altra società**. Quest'ultima aveva stipulato una polizza assicurativa decennale postuma con una compagnia assicurativa al momento della costruzione, consegnando la polizza alla società utilizzatrice.

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 17.11.2025.

A distanza di tempo, si verificava il cedimento del piazzale dell'immobile, sicché la società utilizzatrice in seguito all'esperimento del procedimento di ATP volto ad accertare e quantificare i danni, citava in giudizio i progettisti, i direttori dei lavori e gli esecutori dell'opera, dinnanzi al Tribunale di Alessandria, al fine di ottenere il risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 1669 c.c. e dell'art. 2043 c.c.

Questi ultimi si costituivano in giudizio chiamando in causa le rispettive società assicurative ed eccepevano la prescrizione dell'azione ex art. 1669, comma 2, c.c.

**Il tribunale di Alessandria, espletata l'istruttoria, accoglieva quest'ultima eccezione sicché fondava la condanna al risarcimento del danno della società appaltatrice e dei direttori dei lavori sull'art. 2043 c.c., e non sull'art. 1669 c.c., con la conseguente esclusione della copertura assicurativa. Escludeva, inoltre, la responsabilità di un'altra società che aveva contribuito alla realizzazione del piazzale, ossia la società subappaltatrice.**

**La società utilizzatrice proponeva appello presso la Corte d'appello di Torino, che accoglieva il motivo di gravame volto a censurare il rigetto della domanda risarcitoria proposta dall'appellante nei confronti della società appaltatrice e riteneva inammissibile, invece, il motivo di gravame volto a censurare la declaratoria di prescrizione dell'azione ex art. 1669 c.c.**

**L'inammissibilità trovava la sua ragion d'essere, secondo la Corte d'Appello, nel fatto che la declaratoria di prescrizione incideva solo sull'operatività della polizza e non sull'importo risarcitorio, sicché nessuna doglianza poteva essere fatta valere da un soggetto terzo, estraneo al rapporto assicurativo, che non si era surrogato nei diritti della società assicurata (la società appaltatrice), rimasta contumace in appello.**

Avverso la sentenza di secondo grado e, nello specifico, avverso tale punto relativo alla legittimazione ad agire nei confronti della compagnia assicurativa, la società utilizzatrice dell'immobile proponeva ricorso per Cassazione, denunciando la violazione e falsa applicazione degli artt. 81, 99, 100, 323 c.p.c. e 2900 c.c., relativi alla legittimazione ad impugnare in relazione all'applicazione dell'art. 1669 c.c. e dell'art. 4 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, ossia il decreto introdotto dal legislatore al fine di tutelare l'acquirente di un immobile ancora da costruire (di seguito: normativa TAIC).

**L'interpretazione che la Corte ha offerto di quest'ultima disciplina sembra porsi come criterio guida per il giurista che si interfaccia con la sua applicazione.**

## 2. Questioni di diritto

La ricorrente chiedeva il riconoscimento della legittimazione a far valere i diritti derivanti dal contratto di assicurazione, che riteneva essere stato stipulato in esecuzione dell'obbligo di cui all'art. 4 del d.lgs. 122/2005, posto in capo al costruttore dell'immobile da costruire.

Le *querelles* attorno alle quali ruota la richiesta della ricorrente sono principalmente due.

**In primo luogo, può l'acquirente di un immobile di nuova costruzione agire direttamente nei confronti della compagnia assicuratrice?**

Porsi questa domanda presuppone che il giurista si interroghi previamente sul tipo di contratto che l'art. 4 del d.lgs. n. 122/2005 impone di stipulare al costruttore

dell'immobile, ovvero se si tratta di un contratto di assicurazione contro i danni o di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile.

In secondo luogo, viene in rilievo la questione relativa al presupposto soggettivo dell'obbligo di cui all'art. 4: in altri termini, può una persona giuridica invocare la tutela prevista dal d.lgs. n. 122/2005?

Si tratta di profili di rilevante interesse giuridico attinenti all'interpretazione della normativa preposta dal legislatore alla tutela dell'acquirente di immobili da costruire, di cui appare prioritario fornire un quadro, chiaramente non esaustivo, ma necessario al fine di sondare il ragionamento seguito dalla Corte di Cassazione.

### 3. Premessa: la normativa TAIC

L'acquisto della «casa familiare» è uno degli obiettivi che segna il passaggio alla vita adulta, il cui raggiungimento sembra sempre più lontano e difficile, un'operazione rischiosa e tanto agognata dalle nuove generazioni che vivono sulla propria pelle una crescente condizione di precariato. Un desiderio che trova sempre meno soddisfazione rispetto ad alcuni anni fa, ma che resta sintomo di una particolare tendenza diffusa in Italia, probabilmente riconducibile alle gravi problematiche correlate all'utilizzo dei contratti di locazione (immobili vetusti, conflittuali relazioni tra proprietari e conduttori, contratti in nero, frammentarietà della disciplina urbanistica, eccessivo aumento dei canoni in alcune metropoli)<sup>1</sup>.

Il rischio dell'investimento è acuito dall'esigenza di acquistare immobili nuovi. Ciò è dovuto principalmente a due fattori: da un lato, il pessimo stato in cui si trovano quelli già esistenti e, dall'altro, la necessità di perseguire elevati standard energetici (si veda la recente proposta di Direttiva 2021/0426 (COD) sulla prestazione energetica nell'edilizia (*energy Performance of Building Directive – EPBD*)).

Per tale ragione, tale obiettivo di vita si realizza attraverso un'operazione economica-giuridica che consiste nella stipula di un contratto preliminare con effetti anticipati, con cui l'acquirente ottiene la proprietà di un immobile che deve ancora venire ad esistenza. Non pochi sono gli inconvenienti che possono verificarsi: si pensi agli inconvenienti che attengono al rilascio dei permessi urbanistici, alla ricerca di soggetti interessati all'acquisto delle unità immobiliari nonché gli inadempimenti di alcuni acquirenti nel versamento delle somme oppure alla crisi del costruttore per ragioni di bilancio sue proprie, ma anche ai rialzi dei tassi di interesse collegati al finanziamento richiesto dal costruttore e alla crescita dei prezzi delle materie prime necessarie per la prosecuzione della costruzione<sup>2</sup>.

Tali variabili possono determinare lo stallo nella prosecuzione dei lavori, determinando il mancato raggiungimento dell'obiettivo di una vita e la perdita dei risparmi frutto di grandi sacrifici. Questa è la ragione che ha spinto il legislatore ad intervenire con la normativa TAIC, il d.lgs. n. 122/2005, nel tentativo di offrire una tutela sostanziale al soggetto che, alla luce dei suddetti rischi, si presume essere la parte debole del rapporto di compravendita: il promissario acquirente.

<sup>1</sup> Così SEMPRINI, *Immobili da costruire e tutele per l'acquirente: il d. lgs. n. 122/2005 tra asimmetrie contrattuali e conformazione dell'operazione economica*, Giappichelli, 2024.

<sup>2</sup> Così D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, 911.

Emerge, quindi, che la finalità della normativa in questione non è solo quella di rendere effettivo il principio scolpito nell'art. 47 Cost., secondo cui la Repubblica deve favorire «l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione», ma anche quella di tutelare l'acquirente debole, tentando di eliminare lo squilibrio contrattuale esistente tra promissario acquirente e promittente alienante.

La realizzazione di una «equa ed adeguata tutela dei diritti dell'acquirente discendenti dalla stipula del contratto diretto all'acquisto o al trasferimento di un immobile da costruire» è avvenuta attraverso la previsione di varie disposizioni che incidono sull'autonomia contrattuale, quale il diritto di prelazione per l'acquirente, di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 122/2005 (tutela estesa dalla Corte Costituzionale anche all'acquirente di «immobile su carta», ossia l'immobile per il quale non è stato ancora richiesto il permesso di costruire)<sup>3</sup>, l'obbligo per il costruttore di fornire una fideiussione a garanzia delle somme versate in caso di crisi, di cui all'art. 2 del decreto, e l'obbligo per il costruttore di stipulare una polizza assicurativa contro i danni all'immobile a favore dell'acquirente, previsto dall'art. 4, strumenti che sono volti a ribilanciare l'asimmetria informativa relativa all'affidabilità della controparte, che può condurre l'acquirente alla sottovalutazione dei rischi.

L'attenzione verso il contraente debole del rapporto contrattuale è in linea con la legislazione nazionale, conformatasi alle direttive eurounitarie: si pensi alla disciplina specifica a tutela del consumatore (prima introdotta negli artt. 1469 *bis*, 1469 *sexies* c.c., poi trasfusa nel Codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.), ma anche le regole relative ai rapporti tra imprese (caso emblematico quello della legge sulla subfornitura, c.d. terzo contratto, l. 18 giugno 1998, n. 192)<sup>4</sup>.

Molti sono i dubbi interpretativi che restano vividi, nonostante il tentativo **conformativo che, a distanza di vent'anni, ha cercato di compiere il legislatore, intervenendo a gamba tesa sulla libertà contrattuale dell'autonomia privata. Invero, nel 2022, con i decreti ministeriali n. 125 del 6 giugno 2022 e n. 154 del 20 luglio 2022, attuativi dei modelli standard di fideiussione ed assicurazione, si è tentata una «conformazione dell'operazione economica», consistita nella sua procedimentalizzazione (ovvero il collegamento funzionale tra i momenti negoziali dell'operazione), nelle previsioni delle nullità relative e nella predeterminazione del contenuto dei negozi implementata nei modelli standard di garanzia fideiussoria e di polizza assicurativa.**

Le questioni giuridiche affrontate dalla Corte di Cassazione nella sentenza in oggetto riflettono l'esigenza di rispondere a tali dubbi.

#### **4. Il tipo di contratto assicurativo: assicurazione per la responsabilità civile o assicurazione contro i danni?**

Chiarite le esigenze che stanno alla base della normativa TAIC, è possibile analizzare la prima questione affrontata dalla Corte relativa al tipo di contratto

<sup>3</sup> Così RATTI, *Paradossi legislativi nella tutela dell'acquirente di beni immobili da costruire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1509

<sup>4</sup> Così ROPPO, *Il contratto del duemila*, 5<sup>a</sup> ed., Giappichelli, 2020, 85.

assicurativo che ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 122/2005 il costruttore ha l'obbligo di stipulare.

Il testo normativo non è chiaro sul punto, sicché non vi è univocità interpretativa: invero, tale dato è richiamato ora dagli uni, ora dagli altri per sostenere le varie tesi che oscillano tra la qualificazione della polizza quale assicurazione contro i danni per conto altrui e assicurazione della responsabilità civile.

È, piuttosto, il dato teleologico ad essere dirimente. Proprio la finalità di tutelare **l'acquirente dell'immobile da costruire è centrale nel ragionamento seguito dalla Corte di legittimità nell'individuazione del tipo di contratto che il costruttore ha l'obbligo di stipulare ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 122/2005.**

Per comprendere la rilevante incidenza della risoluzione di tale questione sulla tutela processuale del promissario acquirente – questione che verrà esaminata di seguito – è necessaria una premessa sulle caratteristiche distintive tra le due tipologie di assicurazioni.

La principale differenza si coglie rispetto alla causa dei due tipi di contratto che si ripercuote sull'interesse che la compagnia assicurativa assume l'obbligo di coprire.

L'assicurazione per la responsabilità civile (art. 1917 c.c.) è il contratto in base al quale l'assicuratore assume l'obbligazione di tenere indenne l'assicurato dal rischio delle azioni civili per risarcimento danni causati da lui o da persone di cui risponde. I presupposti operativi al cui ricorrere sorge tale obbligazione sono i seguenti: **l'esistenza di un fatto dannoso e la sua ascrivibilità all'assicurato in termini di responsabilità. La sua funzione è eliminare gli effetti patrimoniali negativi derivanti da un debito di responsabilità. Per tale ragione si ritiene che abbia causa indennitaria, trasferendo dall'assicurato all'assicuratore il rischio di depauperamento causato dalle pretese risarcitorie di terzi, superando la tesi secondo cui la funzione della responsabilità civile fosse l'eliminazione dell'insicurezza giuridica creata dalle pretese di terzi**<sup>5</sup>.

Secondo la sistematica del codice civile, l'assicurazione della responsabilità civile è una *species* dell'assicurazione contro i danni<sup>6</sup>.

L'interesse dell'assicurato è differente rispetto a quello dell'assicurazione contro i danni per conto altrui, nella quale l'interesse è quello evitare gli effetti negativi di un danno subito da un proprio bene a seguito di un sinistro. Ciò si ripercuote, anche sulla condizione processuale del terzo danneggiato. Invero, nell'ordinaria assicurazione civile, il terzo danneggiato è estraneo al contratto e non ha alcun diritto esercitabile direttamente nei confronti dell'assicuratore del responsabile. La sua garanzia è solo indiretta e mediata. L'unico modo per tutelare il proprio interesse è agire tramite l'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.), con il rischio di vedersi opposte tutte le eccezioni contrattuali.

Nell'assicurazione per la responsabilità civile, invero, la possibilità di un'azione diretta del terzo danneggiato verso l'assicuratore è un'ipotesi eccezionale che deve essere espressamente prevista dalla legge o dal contratto. Un esempio è l'assicurazione RCA

<sup>5</sup> Così HERMARD, *Theorie et pratique des assurances terrestres*, Recueil Sirey, 1925.

<sup>6</sup> Così FRANZONI, voce *Responsabilità civile (assicurazione della)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, XII, Utet, 1996, 397; FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXXVI, Giuffrè, 1973, 165; SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, I, Utet, 1991, 61; si segnala anche la tesi secondo cui si tratta di assicurazione contro il rischio di insorgenza di un debito, così DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Giuffrè, 1956, 324.

(art. 144 cod. ass.), che attribuisce al danneggiato un vero e proprio diritto sostanziale verso l'assicuratore, nei limiti delle somme assicurate, anche se resta lo stesso diritto del danneggiato verso il responsabile civile, con le relative eccezioni contrattuali. Ancora, **inevitabile è il riferimento all'azione diretta nella responsabilità civile sanitaria**, introdotta dalla legge Gelli Bianco. Prima di tale previsione, la tutela del danneggiato era condizionata alla chiamata in garanzia da parte della struttura sanitaria o del medico. Secondo la giurisprudenza consolidata prima della legge Gelli-Bianco, la regola generale era che solo l'assicurato potesse agire contro il proprio assicuratore, non il terzo<sup>7</sup>.

Fuori dai casi di azione diretta espressamente prevista, l'immediatezza della tutela per il terzo verrebbe meno, essendo condizionata dalla chiamata in giudizio dell'assicurato verso l'assicuratore. Senza tale domanda, l'assicurazione non potrebbe liquidare **nessun indennizzo al terzo, se non in virtù dell'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c.**, con elevati costi in termini di tempo e denaro dello stesso danneggiato.

Invece, nell'assicurazione contro i danni per conto altrui o per conto di chi spetta<sup>8</sup> la situazione è diversa. L'assicurato, che non coincide con il contraente, è il titolare dell'interesse esposto al rischio. Egli non è obbligato a pagare il premio, ma è creditore dell'indennizzo e può avanzare tale pretesa direttamente nei confronti dell'assicuratore. **Nell'assicurazione contro i danni, l'assicurato coincide necessariamente con il beneficiario.** A differenza dell'assicurazione RC (responsabilità civile) Terzi, dove l'azione diretta è l'eccezione e deve essere prevista, nell'assicurazione contro i danni per conto altrui o di chi spetta, la legittimazione diretta del soggetto assicurato (che è anche il danneggiato/beneficiario) è la norma<sup>9</sup>, **come previsto dall'art. 1891, 2 comma, c.c.** Questo è in linea con il principio indennitario (art. 1904 c.c.), che mira a evitare che il contraente non titolare dell'interesse consegua un indebito arricchimento.

Terminata la necessaria, benché non esaustiva, premessa circa le principali differenze tra assicurazione contro i danni e assicurazione civile, è possibile comprendere a pieno le tesi richiamate dalla Corte di legittimità nel tentativo di risolvere la questione **preliminare relativa al tipo di contratto che il costruttore ha l'obbligo legale di stipulare e consegnare all'acquirente persona fisica.**

In primo luogo, la Corte non accoglie la tesi di chi sostiene che il legislatore ha **imposto la stipula di un'assicurazione della responsabilità civile.** L'argomento principale speso dai sostenitori di questa tesi è quello relativo al riferimento testuale alla responsabilità *ex art. 1669 c.c.*

Tale tesi, secondo la Corte, non è accoglibile in quanto la conseguenza sarebbe che unico legittimato a far valere i diritti derivanti dalla polizza è il contraente costruttore, in **difetto di espressa previsione attributiva dell'azione diretta al danneggiato.**

**Dall'altro lato, vi è chi ritiene che la polizza assicurativa decennale di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 122/2005 integri una figura di assicurazione contro i danni per conto altrui o di chi spetta. Da ciò discenderebbe la diretta legittimazione dell'assicurato a far valere i diritti della polizza nei confronti dell'assicurazione, che può essere esclusiva o concorrente, in quanto non è richiamato il limite di cui all'art. 1891, comma 2, c.c. A**

<sup>7</sup> Cass. 20 aprile 2007, n. 9516, in *DeJure*.

<sup>8</sup> Sulla differenza tra questi due tipi si veda DONATI e VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, 3ª ed., Giuffrè, 1987, 115.

<sup>9</sup> Così Cass., 20 dicembre 2017, n. 30653, in *Diritto e Giustizia*, 2017, che richiama a sua volta Cass., 23 dicembre 2011, n. 28695 e Cass., 19 luglio 2004, n. 13329, entrambe in *DeJure*.

sostegno di tale ricostruzione, tale tesi richiama la lettera dell'art. 4, contenente l'espressione «a beneficio dell'acquirente».

È quest'ultima tesi ad essere accolta dalla Corte di Cassazione che giunge a ritenere che l'obbligazione del costruttore di stipulare la polizza assicurativa e di consegnarla all'acquirente non può che essere adempiuta attraverso la conclusione di un contratto di assicurazione contro i danni per conto altrui o per conto di chi spetta.

A sostegno di ciò, supera l'argomento basato sul dato testuale, dato ambiguo e richiamato in entrambe le tesi, ritenendo fondamentale l'argomento teleologico. Invero, l'esigenza di tutela corrispondente ad un interesse superindividuale dell'ordinamento giuridico che ha spinto il legislatore ad intervenire con la normativa TAIC non può che dirsi effettiva solo nel caso in cui l'acquirente sia in grado di chiamare direttamente in giudizio la compagnia assicurativa, senza interposizione alcuna.

All'argomento teleologico si lega quello sistematico, che guarda alle altre previsioni dell'ormai ventennale decreto legislativo preposte alla tutela dell'acquirente di immobile da costruire. La Corte fa esplicitamente riferimento alla possibilità di recedere dal contratto preliminare concluso in funzione dell'acquisto dell'immobile ed escutere la fideiussione diretta a garantire la restituzione delle somme e di ogni altro corrispettivo effettivamente riscossi, nonché gli interessi legali maturati fino al momento in cui si è verificato l'inadempimento (possibilità inserita con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), nonché la previsione che l'inadempimento alla stipula della polizza dia luogo ad un vizio genetico dell'atto traslativo, determinandone la nullità relativa.

Inoltre, ragionando *a contrario*, a voler immaginarlo quale contratto di assicurazione per la responsabilità civile, la conseguenza sarebbe che unico legittimato a far valere i diritti della polizza è il costruttore contraente, sicché l'acquirente non potrebbe invocare il pagamento diretto dell'indennizzo assicurativo in suo favore.

Infine, altro argomento a sostegno della natura di assicurazione contro i danni è l'intervento conformativo del d.lgs. n. 14/2019 con cui il legislatore ha voluto vincolare le parti medesime al contenuto e alle caratteristiche della polizza del modello standard approvato con decreto ministeriale.

Dunque, l'acquirente di immobili da costruire può agire direttamente nei confronti della compagnia assicurativa in virtù della polizza stipulata e consegnatagli dal costruttore in esecuzione dell'art. 4 del d.lgs. n. 122/2005.

## 5. Contratto a favore di terzi o per conto altrui?

La Corte, precisato che il contratto, in esecuzione dell'obbligo legale di contrarre di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 122/2005, non può che essere un contratto di assicurazione contro i danni, tiene a specificare un ulteriore profilo relativo alla classificazione del contratto che il costruttore ha l'obbligo di stipulare.

La ricorrente ritiene che la propria legittimazione si fondi sul fatto che il contratto in questione sarebbe un contratto a favore di terzo, ossia quel contratto in base al quale uno dei contraenti (che viene detto promittente) si obbliga nei confronti dell'altro contraente (che viene detto stipulante) ad eseguire una prestazione in favore di un terzo.

Non si intende approfondire il dibattito circa la natura giuridica del contratto a favore di terzo, per quanto interessante sia la questione che divide la dottrina tra chi sostiene che si tratti di un contratto tipico, con una causa costante, tipica, che sarebbe

quella di attribuire al terzo il diritto e chi, invece, sostiene che si tratti di un contratto ordinario munito di una clausola accessoria che fa deviare gli effetti tipici di quel contratto verso il terzo. Dibattito che, a parere di chi scrive, potrebbe risolversi a favore **di quest'ultima tesi, se si dà rilievo alla sistematica del codice – atteso che l'istituto è situato all'interno della disciplina dei contratti e non nella sezione dedicata ai contratti tipici.**

**Ciò che preme sottolineare, invece, ai fini della presente trattazione, è un'altra caratteristica del contratto a favore di terzo: si fa riferimento al fatto che il terzo, per poter beneficiare della prestazione, deve emettere la dichiarazione di volerne profittare, perdendo così il suo diritto di rifiutare.**

Di tale negozio giuridico – benché una parte della dottrina lo consideri un atto **giuridico in senso stretto, con ciò che ne consegue in relazione all'impugnabilità per i vizi della volontà – si discute circa il carattere recettizio, che impone al terzo l'onere di comunicare la sua volontà di profittare degli effetti del contratto agli altri contraenti.**

**Ordunque, osservando l'istituto attraverso la lente della finalità che la normativa TAIC impone all'interprete, ossia la tutela del promissario acquirente, ciò che emerge è che se si richiedesse una tale dichiarazione, ai fini dell'efficacia del contratto assicurativo nei confronti del terzo beneficiario, si renderebbe facoltativo l'acquisto dei diritti derivanti dal contratto assicurativo, in totale rotta di collisione con la previsione dell'irrinunciabilità della tutela offerta dal d.lgs. n. 122/2005 all'acquirente.**

Ma conseguenza ben più grave della tesi a sostegno della qualificazione del **contratto quale contratto a favore di terzi è quella derivante dalla facoltà prevista dall'art. 1411 c.c.**, secondo cui lo stipulante può revocare la stipulazione fino a che il terzo non abbia dichiarato di volerne profittare: in tal modo lo stipulante condizionerebbe in **maniera irreversibile la legittimazione dell'acquirente a far valere i diritti derivanti dal contratto di assicurazione stipulato in suo favore.**

Dunque, la Corte nega, seppure incidentalmente, che la polizza assicurativa decennale postuma sia un contratto a favore di terzo, atteso che si giungerebbe ad **affievolire la tutela dell'acquirente, facendola dipendere dalla volontà dello stipulante.**

In passato, vi è stato chi ha sostenuto che tale assicurazione obbligatoria rappresentasse una forma di contratto a favore di terzo<sup>10</sup>. La Corte di legittimità, tuttavia, ritiene superata tale tesi. Nel caso del contratto assicurativo posto a tutela del contraente debole, essa non può che essere una peculiare fattispecie di assicurazione per conto di chi spetta.

## 6. I danni coperti dalla polizza

**Il riferimento testuale dell'art. 4 all'art. 1669 c.c., che una parte della dottrina richiama a supporto della tesi che propende per la qualificazione del contratto quale assicurazione per la responsabilità civile, è, per la Corte di Cassazione, una scelta testuale del legislatore con una funzione ben precisa: ossia quella di delimitare l'oggetto del contratto di assicurazione.** Esso non incide sul tipo di contratto che il promittente costruttore deve stipulare.

<sup>10</sup> Così D'ARRIGO, op. cit., 950.

Il contenuto minimo della polizza coincide con i pregiudizi materiali e diretti all'immobile, nonché i danni ai terzi, di cui il costruttore sia responsabile ai sensi dell'art. 1669 c.c., con l'esclusione dei danni imputati sulla base del diverso titolo di cui all'art. 2043 c.c.

Ciò significa che il presupposto dell'operatività della garanzia assicurativa è l'accertamento della responsabilità del costruttore ai sensi dell'art. 1669 c.c. per i danni causati all'immobile o ai terzi.

Ciò è confermato anche dal recente intervento conformativo del legislatore volto a determinare il contenuto minimo della polizza, derogabile solo *in melius* a favore dell'acquirente. L'inderogabilità *in peius* di tale disposizione ha condotto la giurisprudenza a ritenere nulle quelle clausole, che, facendo riferimento alla necessità della dichiarazione di inagibilità e della compromissione della stabilità, introducono una limitazione alla responsabilità dell'assicuratore, dal momento che derogano al chiaro disposto normativo (art. 4, d.lgs. n. 122/2005) che prevede che la polizza in esame deve coprire i danni *ex art.* 1669 c.c.<sup>11</sup>

## 7. La legittimazione dell'acquirente e del costruttore

La questione preliminare circa il tipo di contratto che il costruttore deve stipulare incide sulla legittimazione dell'acquirente degli immobili da costruire. Affinché possa riconoscersi tale legittimazione è necessario che ricorra il presupposto soggettivo della fattispecie di cui all'art. 4. È necessario che il soggetto che invoca la tutela del d.lgs. n. 122/2005 dimostri di rientrare nella definizione di «acquirente di immobile da costruire», di cui all'art. 1 lett. a) della normativa TAIC.

Sulla base del tenore letterale, ad avere la legittimazione a far valere i diritti derivanti dalla polizza è la *persona fisica* che sia promissaria acquirente, che acquisti un immobile da costruire o che abbia assunto obbligazioni per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un immobile da costruire.

Sin da subito si segnala l'approccio anomalo adottato dal legislatore, il quale fa riferimento alla sola «persona fisica», con esclusione dell'unico concetto ad esso contrapposto, ovvero la persona giuridica<sup>12</sup>.

La Corte richiama sullo sfondo il dibattito interpretativo che ruota al significato da attribuire a tale espressione. Al paragrafo 5.2.a. della sentenza si dà atto dell'esistenza di più tesi. Tuttavia, la Corte adotta un approccio prudenziale: preferisce la «più attendibile tesi fondata sul dato letterale della disposizione, secondo cui l'acquirente-persona fisica può beneficiare della tutela di favore a prescindere dall'attività nell'esercizio della quale effettua l'acquisto».

Dunque, al di fuori del presupposto soggettivo richiesto dalla fattispecie di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 122/2005, non sussiste l'obbligo del costruttore di stipulare e consegnare la polizza assicurativa al promissario acquirente persona giuridica.

<sup>11</sup> Sulla prassi condotta dalle compagnie assicurative di inserire clausole che richiedono la dichiarazione di agibilità o la compromissione della stabilità dell'immobile si veda Trib. Savona, 06 aprile 2018, n.385, in *DeJure*.

<sup>12</sup> SEMPRINI, op. cit., 14.

Resta, comunque, il fatto che le parti nella loro autonomia contrattuale possono decidere di prevedere un contratto a favore di una persona giuridica. La persona giuridica, in virtù del contratto di assicurazione contro i danni, stipulato in suo beneficio, può esercitare i diritti derivanti dal contratto direttamente verso la compagnia assicurativa secondo lo schema tipo previsto dall'art. 1891 c.c.

Astrattamente, dunque, sì, la persona giuridica può citare direttamente la compagnia assicurativa, purché il contratto sia stato stipulato dalle parti nell'esercizio dell'autonomia privata e non in esecuzione dell'obbligo di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 122/2005. Altrimenti, in quest'ultimo caso, non potrebbe dirsi integrato il presupposto soggettivo della suddetta fattispecie, con conseguente improcedibilità della domanda presentata dalla persona giuridica a far valere i diritti della polizza stipulata dal costruttore.

Nel caso di specie, la questione si colora di sfumature ancora più interessanti attinenti alla legittimazione concorrente del costruttore: la compagnia assicurativa era stata citata dal contraente-costruttore, verso cui aveva avanzato domanda di manleva. La ricorrente, acquirente dell'immobile, con le memorie ex art. 183 c.p.c. aveva chiesto l'estensione della domanda del contraente-costruttore.

**Il presupposto dell'estensione della domanda è che sussistano tutte le condizioni dell'azione esercitata dal costruttore. Dunque, la domanda che la stessa Corte di Cassazione impone al giudice di rinvio nella valutazione di fatto, attinente all'interpretazione del contratto, è la seguente: poteva il costruttore citare in giudizio direttamente la compagnia assicurativa? Aveva legittimazione diretta e concorrente a quella del beneficiario acquirente?**

**Or dunque, sulla base del tenore letterale dell'art. 1891, comma 2, c.c., nel contratto tipico dell'assicurazione contro i danni per conto altrui, unico e solo legittimato a far valere i diritti derivanti dal contratto nei confronti dell'assicuratore è il beneficiario. Il contraente può farli valere solo se sussiste il consenso dell'assicurato: «i diritti derivanti dal contratto spettano all'assicurato, e il contraente, anche se in possesso della polizza, non può farli valere senza espresso consenso dell'assicurato medesimo».** Ciò significa che vi sarebbe bisogno di una previsione espressa di tale concorrente legittimazione in capo al costruttore-contraente.

In altre parole, il ragionamento seguito dalla Corte sembra ruotare attorno al perno **del presupposto soggettivo. Se l'autonomia privata ha replicato il contenuto dell'art. 4, predisponendo la polizza in favore di una persona fisica, è ammissibile la domanda presentata dal costruttore nei confronti della compagnia assicurativa, posto che problemi circa la legittimazione concorrente non ve ne sarebbero perché l'art. 4 non conosce la limitazione di cui all'art. 1891, comma 2, c.c.**

**Dall'altro lato, se l'autonomia privata ha inteso stipulare un contratto assicurativo contro i danni, a favore di una persona giuridica, lo schema è quello disciplinato dall'art. 1891, comma 2, c.c.** Ne consegue che sarebbe necessario verificare che vi sia pattuizione espressa in tale senso.

Può ritenersi un principio consolidato quello secondo cui, nell'assicurazione per conto di chi spetta, il contraente può esercitare i diritti solo con il consenso espresso dell'assicurato. Tale consenso può risultare anche da una formale dichiarazione

dell'assicurato successiva al sinistro<sup>13</sup> o da una pattuizione *ab initio* contenuta in apposita clausola del contratto stipulato per conto. In mancanza di espresso consenso, **l'assicurato che si rivolge in giudizio esclusivamente nei confronti del soggetto responsabile, senza chiamare in causa la compagnia assicurativa, vedrebbe frustrata la garanzia della sua pretesa. Dunque, la giurisprudenza prevalente ritiene che tale consenso non possa essere tacito o presunto da comportamenti dell'assicurato, come l'azione di risarcimento del danno esperita dall'assicurato nei confronti del contraente-vettore in caso di assicurazione dei trasporti**<sup>14</sup>.

Tuttavia, una maggior elasticità, a parer di chi scrive, dovrebbe riservarsi proprio **in quest'ultimo caso, ossia quello in cui l'assicuratore sia chiamato in giudizio dal contraente nella causa incoata dall'acquirente: dalla sua costituzione in giudizio potrebbe desumersi il suddetto consenso, trattandosi di comportamento univoco circa la volontà di consentire al contraente di esercitare i diritti derivanti dal contratto. Sul punto la giurisprudenza maggioritaria sembra negare l'equiparazione di tale comportamento con la necessaria manifestazione di consenso richiesta dall'art. 1891, 2 comma, c.c.**<sup>15</sup> In senso contrario, ed in maniera del tutto minoritaria, sembra porsi quell'orientamento secondo cui, **l'ipotesi in cui l'assicurato-danneggiato convenga in giudizio il contraente, che assume l'iniziativa di chiamare in giudizio l'assicuratore, è un'ipotesi in cui la condotta omissiva dell'assicurato sarebbe indicativa della volontà di abdicare all'esercizio dei propri diritti verso l'assicuratore, acconsentendo implicitamente ad un loro esercizio da parte del contraente.**

**L'interrogativo circa la derogabilità dello schema tipo dell'art 1891, 2 comma, c.c.** ne pone un altro relativo al coordinamento della legittimazione concorrente con il principio indennitario. Si tratta di comprendere se la possibilità che il contraente ha, sulla base della previsione pattizia, di esercitare i diritti derivanti dal contratto, anche in via esclusiva<sup>16</sup> rappresenti o meno un indice dell'esistenza, in capo a questo soggetto, di quell'interesse all'assicurazione, *ex art. 1904 c.c.*, senza il quale il contratto di assicurazione contro i danni è nullo.

Si potrebbe ammettere che, attraverso il meccanismo della stipulazione per conto, il proprietario del bene ottenga di far transitare il costo assicurativo del rischio su un soggetto che, in conseguenza della relazione che lo lega al bene, ha un interesse, concorrente con quello del proprietario, all'integrità del bene stesso (interesse all'integrità che prescinde anche da ogni addebitabilità del sinistro che eventualmente colpisca il bene assicurato, come risulta dal fatto che l'assicurazione per conto si distingue da quella di r.c., proprio per il fatto di prescindere da detta addebitabilità dell'evento dannoso, come affermato in giurisprudenza)<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Cass., 20 luglio 2004, n. 13456, in *Dir. trasp.*, 2005, 736; Cass., 10 novembre 2003, n. 16826, in *Danno resp.*, 2004, 987

<sup>14</sup> Cass., 13 dicembre 2007, n.26253, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1642, al riguardo cfr. Cass., 20 luglio 2004, n. 13456, in *Dir. trasp.*, 2005, 736; Cass., 10 novembre 2003, n. 16826, cit.; in dottrina si veda, TINCANI, *Consenso dell'assicurato e azione del contraente nell'assicurazione danni per conto di chi spetta*, in *Dir. trasp.*, 2000, 472.

<sup>15</sup> Cass., 16 dicembre 2005, n. 27714, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 933

<sup>16</sup> Cass., 19 novembre 1999, n. 12823, in *Dir. trasp.*, 2000, 465.

<sup>17</sup> Cass., 10 novembre 2003, n. 16826, cit., e da Cass., sez. un., 18 aprile 2002, n. 5556, in *DeJure*; sulla natura «indiretta», o concorrente, dell'interesse del contraente a stipulare in favore dell'assicurato si veda in dottrina FARENZA, *Diritto delle assicurazioni private*, 3ª ed., Giappichelli, 2010, 143.

Ed in tal senso, talvolta, la giurisprudenza ha ammesso che l'interesse ad assicurare (ex art. 1904 c.c.) non sia solo del proprietario, ma anche di chi sopporta il danno patrimoniale per un rapporto economico-giuridico, ipotizzando una legittimazione diretta (e non «per conto») del soggetto non proprietario alla stipula di una polizza<sup>18</sup>.

Tuttavia, secondo un'altra interpretazione, in questi casi, più che l'attribuzione di un interesse diretto al non proprietario, si verifica un accordo sul trasferimento del costo assicurativo del rischio, funzionale a una previsione di legittimazione esclusiva del contraente non proprietario, ma il contratto resta stipulato nell'altrui interesse. L'interesse ad assicurare deve sussistere in capo al proprietario nel rispetto del principio indennitario. Questa tesi ritiene che dall'assicurazione per conto possa derivare anche la copertura della responsabilità civile del contraente, tramite apposita clausola<sup>19</sup>, senza ricorrere alla figura dell'interesse e al principio indennitario.

**In sintesi, dunque, l'esercizio dei diritti derivanti dal contratto di assicurazione spetta all'assicurato, che sia persona fisica o giuridica, ma può essere attribuita al contraente attraverso espresso accordo o, secondo una tesi minoritaria, ma condivisibile, implicitamente desumibile dal comportamento processuale del beneficiario a dell'assicurazione contro i danni per conto altrui.**

## 8. Conclusioni

**L'approccio prudentiale della Corte appare condivisibile alla luce dell'univocità del dato normativo relativo al presupposto soggettivo.**

Occorre, tuttavia, segnalare quella tesi dottrinale<sup>20</sup>, **che, sottolinea l'esigenza di una riforma della normativa TAIC, proprio alla luce delle contraddizioni applicative generate da una condizione soggettiva così limitante, quale è il riferimento testuale alle persone fisiche. Non può che condividersi l'opinione di chi sottolinea l'ingiusta disparità di trattamento generato da tale definizione tra imprenditore individuale e impresa collettiva.**

Se la presunzione di debolezza in capo alla persona fisica poteva dirsi ragionevole **all'indomani dell'introduzione della disciplina: era evidente la finalità di tutela dell'acquisto dell'abitazione, come previsto dalla stessa legge Delega<sup>21</sup>.** Alla luce dei successivi interventi legislativi in materia non può più dirsi tale, essendosi registrato un vero e proprio cambio di rotta: **dall'eliminazione, nei principi e criteri direttivi della delega legislativa, del riferimento all'abitazione, sostituito con il generico concetto di «acquisto di un immobile da costruire» (all'art. 2, comma 1, lett. a, e all'art. 3, comma 1, lett. a),** nonché la previsione di una disciplina dotata di carattere speciale per gli immobili abitativi (gli artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 122/2005, che prevedono il diritto di prelazione in

<sup>18</sup> Cass., 19 maggio 2004, n. 9469, in *Assicurazioni*, 2005, II, 10

<sup>19</sup> Cass., 10 novembre 2003, n. 16826, cit.

<sup>20</sup> Così Tucci, *Le problematiche connesse al finanziamento dell'immobile da costruire: garanzie fideiussorie, assicurative e nuove procedure in materia di suddivisione del finanziamento fondiario e frazionamento dell'ipoteca*, in LOBUONO – LOPIS – MACARIO (a cura di), *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, Atti dell'incontro di studi – Scuola di specializzazione per le professioni legali di Lucera 18-19 novembre 2005*, Giuffrè, 2008, 137.

<sup>21</sup> Si veda Delega al Governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, presentata il 30 maggio 2001 (d'iniziativa dei deputati Duilio, Bindi, Ciani, Ladu, Meduri, Molinari, Pasetto, Pistone, Reduzzi, Ruggeri, Rusconi, Soro), art. 2 (Principi e criteri direttivi della delega legislativi)

sede di vendita forzata e all'esenzione all'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare). La specialità di tali discipline – espressamente dedicate agli immobili ad uso abitativo – fa propendere per ritenere il d.lgs. n. 122/2005 applicabile a tutti gli immobili da costruire.

Alla luce di ciò, si ritiene che a fronte del segnalato ampliamento del perimetro applicativo della normativa avvenuto nel corso dei lavori preparatori (con indicazione di tutti gli immobili da costruire, in luogo delle sole costruzioni abitative), sarebbe stato **logico ed opportuno estendere l'operatività delle tutele in favore di tutti gli acquirenti** (persone fisiche e persone giuridiche).

**Tuttavia, in un'ottica ricostruttiva** *de iure condito*, si potrebbe sostenere la tesi estensiva secondo cui la disciplina TAIC andrebbe estesa alla persona fisica «consumatore», con esclusione delle tutele delle persone fisiche che operino in veste imprenditoriale, professionale, a prescindere da valutazioni in concreto sulla presenza di una effettiva asimmetria di potere contrattuale tra le parti (asimmetria presunta).

# Idoneità del mutuo “condizionato” a costituire titolo esecutivo \*

di **FABIANA LEO**

Dottoranda in Giurisprudenza  
Università degli Studi di Cagliari

(CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civili, sent. 6 marzo 2025, n. 5968 – Pres. D’Ascola – Est. De Stefano)

## ABSTRACT

Le Sezioni Unite della Cassazione ammettono il rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Siracusa, affermando la possibilità di inquadrare come titolo esecutivo un contratto di mutuo accompagnato da un deposito irregolare o negozi equipollenti, senza che sia necessario l’intervento di un atto ulteriore che attesti lo svincolo effettivo della somma mutuata. Nel risolvere il contrasto giurisprudenziale, la Corte chiarisce le modalità della messa a disposizione della somma ritenute sufficienti per il perfezionamento del contratto di mutuo, e individua i caratteri necessari per l’esercizio dell’azione esecutiva, concentrandosi sull’esistenza di una concreta obbligazione di restituzione in capo al mutuatario.

*The United Sections of the Court admit the reference for a preliminary ruling requested by the Court of Siracusa, declaring the possibility to consider as an executory title a loan contract accompanied by an irregular deposit or an equivalent act, without the need for a further document attesting the actual release of the borrowed sum. In resolving the jurisprudential contrast, the Court clarifies the manner in which the provision of the sum is deemed sufficient for the formation of the contract, and identifies the elements necessary for the exercise of the enforcement action, focusing on the existence of a concrete obligation of restitution on the part of the borrower.*

**SOMMARIO:** 1. Il caso; 2. Il perfezionamento del contratto; 3. La configurabilità di un titolo esecutivo; 4. Conclusioni.

## 1. Il caso

La sentenza in esame trae origine da una vicenda riguardante un mutuo fondiario, contrassegnato da alcune peculiarità. In particolare, il contratto di mutuo stipulato tra le parti stabilisce l’immediata restituzione alla banca della somma erogata al mutuatario, a titolo di deposito infruttifero e fino al perfezionamento delle garanzie stabilite dal medesimo contratto<sup>1</sup>. Lo svincolo dell’importo a favore del mutuatario, con conseguente disponibilità materiale della somma, è previsto solo in seguito al consolidamento delle garanzie, così come il rimborso del finanziamento attraverso delle rate mensili.

A seguito del mancato pagamento di alcune di queste rate, la banca avvia il procedimento di esecuzione forzata, poi proseguito dalla società cessionaria del credito

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 19.12.2025.

<sup>1</sup> La principale sarebbe la costituzione dell’ipoteca.

originato da questo mutuo. Il mutuatario si oppone con atto di citazione al precetto notificatogli da quest'ultima, chiedendo la sospensione del titolo esecutivo, lamentando la carenza dei requisiti fissati dall'art. 474 c.p.c. A fronte del rigetto dell'istanza da parte del Giudice unico del Tribunale di Siracusa, lo stesso propone un procedimento di reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. presso il medesimo Tribunale, che dispone il rinvio pregiudiziale della questione alle Sezioni Unite, ex art. 363-bis c.p.c., poi ritenuto ammissibile dalla Prima Presidente.

In particolare, il Tribunale di Siracusa si domanda se un contratto così stipulato possa fungere da titolo esecutivo ex art. 474, comma 2, n. 3, c.p.c. solo dopo l'attestazione dello svincolo delle somme, o anche in assenza della stessa, allorché si possa determinare l'insorgenza di un obbligo restitutorio caratterizzato da attualità. Ulteriormente, si richiede alle Sezioni Unite di specificare se il suddetto svincolo delle somme debba essere necessariamente attestato nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata per permettere al contratto di costituire titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma 2, n. 3, c.p.c. Su questi punti l'ordinanza di rinvio pregiudiziale rileva infatti un contrasto giurisprudenziale scaturito da una recente sentenza della sezione Terza civile<sup>2</sup>.

Interviene la Procura Generale con requisitoria scritta, sostenendo che il contratto di mutuo costituisce titolo esecutivo ogniqualvolta sia perfezionato con la *traditio*; questa regola non viene meno quando il contratto prevede il versamento della somma su un deposito cauzionale infruttifero, pur sottraendolo temporaneamente alla disponibilità del mutuatario. Dal momento che l'istituto di credito si è obbligato a svincolare le somme in presenza di determinate condizioni, il contratto si considera idoneo a fondare l'esercizio dell'azione esecutiva.

Il mutuatario propone eccezioni di rito, lamentando il mancato contraddittorio sulla sussistenza dei presupposti del rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c., nonché l'inesistenza dei presupposti stessi, così come richiesti dalla legge.

La pronuncia in commento si dimostra di particolare rilievo in questo settore, andando a incidere sull'attività di recupero dei crediti da parte dei mutuanti e sull'effettiva ampiezza degli effetti esecutivi immediati del mutuo, strumento che non accenna a tramontare nonostante la progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari.

## 2. Il perfezionamento del contratto

Le Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi sulla configurabilità di un'obbligazione attuale di restituzione della somma a carico del mutuatario in presenza di un accordo negoziale con cui una banca concede una somma a mutuo, erogandola al mutuatario ma convenendo che l'importo sia immediatamente restituito alla mutuante, per essere svincolato solo al verificarsi di determinate condizioni.

Nel rigettare le eccezioni di rito proposte dalla parte resistente, la Corte sottolinea l'importanza di affrontare una questione di diritto che, pur essendo stata già visionata «non risulti ancora definitivamente "risolta" in virtù di una soluzione che superi i contrasti, anche solo latenti, tra i precedenti di legittimità». Come si vedrà, questa pronuncia non è la conseguenza di una profonda spaccatura nella giurisprudenza, ma nasce dall'esigenza di uniformare i principi in materia di mutuo.

<sup>2</sup> Cass., 3 maggio 2024, n. 12007, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

Pur non essendo una questione esplicitamente contestata dalle parti, per un esame **compiuto della fattispecie, la Corte parte da un'analisi del perfezionamento del contratto.** Il mutuo è collocato nel novero dei contratti c.d. reali, caratterizzati dal posizionamento della consegna della cosa non nella fase esecutiva ma in quella di formazione del negozio **stesso. Un'autorevole posizione dottrinale**<sup>3</sup> descrive la realtà come la «*combinazione di una dichiarazione con un comportamento*»; a differenza dei contratti consensuali, la manifestazione del consenso delle parti è dunque necessaria ma non sufficiente, in assenza di *traditio rei* il mutuo non si può considerare perfezionato<sup>4</sup>.

**La Corte si colloca in questa strada ormai acquisita da tempo all'opinione dominante**<sup>5</sup>, affermando che «*la messa a disposizione può essere solo ficta o giuridica o figurativa o meramente contabile*». Sembra opportuno analizzare più da vicino le modalità attraverso le quali si può realizzare la *traditio*, **alla luce dell'evoluzione degli strumenti di pagamento**, tenendo conto del fatto che sia la normativa antiriciclaggio che le misure normative tese a limitare l'uso di contante nelle transazioni commerciali hanno accentuato l'utilizzo di strumenti alternativi al trasferimento di denaro. Diversamente, potrebbero permanere alcune zone grigie, osservando il fenomeno dal punto di vista strettamente giuridico, **relativamente all'effettivo contenuto pratico della realtà.** Si potrebbe affermare che la Corte stia proponendo un modello di realtà offuscata, caratterizzata da una consegna delle cose solo ideale.

Ebbene, le Sezioni Unite sono costanti nel fare esplicito riferimento al mutuo come **contratto reale, rivedendo solamente le modalità della consegna alla luce dell'evoluzione** negli scambi di denaro.

È oramai giurisprudenza consolidata della Corte che la disponibilità della somma da parte del mutuatario risulti equivalente alla consegna materiale, ai fini della conclusione del contratto di mutuo; si ritiene che il mutuatario possa disporre della somma quando il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del primo, in forza del quale la somma esce dal patrimonio del mutuante per entrare in quello del mutuatario, e «*dunque nella sua giuridica disponibilità*»<sup>6</sup>. Si fanno rientrare nel medesimo paradigma anche i casi in cui la somma venga depositata in un libretto fruttifero di risparmio al portatore, poi costituito in pegno<sup>7</sup>, nonché in un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali<sup>8</sup>.

Ugualmente, la *traditio* è stata considerata realizzata anche attraverso la consegna di un assegno, come un circolare interno, intestato alla parte mutuataria, che abbia dichiarato di accettarlo quale "denaro contante", rilasciandone quietanza a saldo<sup>9</sup>. La dottrina giunge alle stesse conclusioni, sottolineando come questi strumenti presentino strutture e caratteristiche tali da farne uno strumento di pagamento alquanto sicuro, al

<sup>3</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, 1943, 169.

<sup>4</sup> cfr. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, V, Vallardi, 1972, 59; GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Giuffrè, 1940, 182; SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, VI, UTET, 1975, 613.

<sup>5</sup> Pur permanendo delle voci discordanti.

<sup>6</sup> Così Cass., 3 dicembre 2021, n. 38331, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>7</sup> Così Cass., 3 luglio 1999, n. 6881, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>8</sup> Così Cass., ord. 27 ottobre 2017, n. 25632, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>9</sup> Così Cass., 30 novembre 2011, n. 25569, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

punto che «*la parentesi tra la stipulazione del mutuo e la materiale disponibilità della somma [è] del tutto insensibile ad accidenti giuridici e quindi anche giuridicamente pressoché irrilevante*»<sup>10</sup>.

In particolare, nel caso di specie non vi sono dubbi relativamente al perfezionamento del contratto, in quanto il mutuatario ha disposto della somma per una **successiva operazione, pur essendo anch'essa «meramente contabile»**, con conseguente **insorgere dell'obbligazione di restituzione in capo allo stesso. L'iniziale erogazione della somma si è dunque tradotta in una concreta possibilità di utilizzo da parte del mutuatario, permettendo allo stesso di trarre dal contratto di mutuo quell'utilità massiva che intendeva conseguire.**

Sembra però condivisibile la preoccupazione verso la presenza quantomeno di un **atto di disposizione contabile, quale un bonifico, o un atto pubblico che attesti l'effettiva costituzione del deposito o del pegno. Il riconoscimento dell'equivalenza di forme di consegna “smaterializzate” a quelle materiali non autorizza a ritenere sufficiente il solo *dicere*, o a prescindere da un'indagine sull'esistenza di una consegna contabile**<sup>11</sup>. Si impone dunque un certo rigore nella documentazione bancaria, che deve essere sempre informata ai criteri di trasparenza e accessibilità.

### 3. La configurabilità di un titolo esecutivo

Chiarito il presupposto attinente al perfezionamento del contratto, la Suprema Corte volge l'attenzione all'astratta configurabilità del titolo esecutivo nel caso in cui il mutuatario retroceda la somma al mutuante in deposito irregolare o pegno, altrettanto irregolare. La sentenza individuata come all'origine del contrasto<sup>12</sup>, esclude l'esistenza di un'obbligazione attuale di restituzione della somma, in capo al mutuatario, fino allo svincolo della somma stessa; la pronuncia in questione sottolinea la necessità dell'intervento di un atto ulteriore rispetto al contratto di mutuo, consacrato nelle forme di atto pubblico o scrittura privata autenticata *ex art. 474 c.p.c.*, in grado di attestare l'effettivo ritrasferimento della somma mutuata.

Nella pronuncia citata<sup>13</sup>, la Corte si concentra sul concreto assetto di interessi predisposto liberamente dalle parti, evidenziando come la somma fosse stata immediatamente vincolata e sottratta alla disponibilità del mutuatario, in modo tale da rendere possibile l'accertamento della sussistenza di un'obbligazione restitutoria. In questo senso, la sentenza conferma la giurisprudenza precedente in materia, per cui il deposito irregolare e i negozi equipollenti perseguono una funzione cauzionale, da cui discende *ex lege* il trasferimento della proprietà delle cose fungibili<sup>14</sup>. Sulla base di questo presupposto, la Corte considera la somma di denaro parte del patrimonio di proprietà della banca, sostanzialmente invertendo il rapporto di debito – credito.

<sup>10</sup> FAUSTI, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile del CNN* diretto da Perlingieri, IV, ESI., 2004, 36

<sup>11</sup> Come osservato anche da NARDONE, *Le Sezioni Unite sul mutuo con deposito cauzionale tra l'autosufficienza del titolo e l'irrinunciabile realtà contabile*, in *Riv. di Diritto del Risparmio*, 2025, 3 ss.

<sup>12</sup> Cass., 3 maggio 2024, n. 12007, cit.

<sup>13</sup> Cass., 3 maggio 2024, n. 12007, cit.

<sup>14</sup> per una visione del contrasto esistente invece in sede dottrinale cfr. Simonetto, *I contratti di credito*, CEDAM, 1994, 334 ss.

Le Sezioni Unite muovono dai presupposti illustrati nella sentenza citata per chiarire i principi di diritto applicabili. In particolare, si esclude che il caso in esame possa sussumersi nella fattispecie di mutuo tecnicamente condizionato, in cui la messa a disposizione della somma è subordinata al verificarsi di un evento incerto e successivo alla conclusione del contratto. In tal caso, per aversi un titolo esecutivo è necessario che la stessa messa a disposizione sia documentata in un atto separato, dotato degli stessi requisiti di forma del titolo originario.

La Corte sottolinea che *«ciò che è stato posposto e rapportato alla verifica di un successivo evento è, invece, l'adempimento di una distinta - sebbene indissolubilmente collegata - obbligazione [...] di svincolare definitivamente la somma costituita in deposito irregolare al verificarsi di quanto convenuto»*<sup>15</sup>. Dunque, il cuore della questione consiste nel capire se, al momento del perfezionamento del contratto, fosse pienamente formata un'obbligazione di restituzione univoca, attuale e incondizionata, tale da essere idonea a costituire presupposto di un titolo esecutivo.

**È proprio su quest'ultimo punto che ruota la decisione in esame. Ogni volta che non viene esclusa un'obbligazione restitutoria con i suddetti requisiti, anche se la concreta disponibilità della somma viene posticipata a un momento successivo per effetto di un deposito irregolare o di un negozio equipollente, il contratto di mutuo è di per sé idoneo a fondare un'esecuzione forzata, senza che sia necessario l'intervento di un separato atto che attesti lo svincolo della somma.** Come prospettato anche dal Pubblico Ministero, i patti accessori vengono inquadrati come incidenti sulla facoltà del mutuatario di disporre della somma mutuata, andando a regolarne le concrete modalità. Si delinea dunque un mutuo arricchito di un negozio atipico, *«con causa di garanzia o di cauzione, accessorio e funzionalmente collegato al mutuo cui accedes»*<sup>16</sup>.

Il deposito irregolare è un atto di disposizione negoziale della somma, non un'anticipazione della restituzione<sup>17</sup>. Pur restando pochi dubbi relativamente alla presenza di un collegamento tra i due negozi<sup>18</sup>, la costituzione del deposito non incide sulle caratteristiche del debito, e non sarebbe di per sé idonea ad escludere la persistenza dell'obbligazione di restituzione.

Di conseguenza, si afferma che quando la somma viene effettivamente messa a disposizione del mutuante, e questi assume *«un'obbligazione univoca, espressa e incondizionata di restituirla»*, si può configurare un credito certo, liquido ed esigibile, necessario e sufficiente per l'integrazione di un titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c., senza che occorra un separato atto che attesti l'avvenuto svincolo.

La Corte non si sofferma però su un ulteriore aspetto legato al collegamento tra i due contratti, cioè l'esito di un eventuale inesatto o totalmente assente adempimento dell'obbligazione di svincolare la somma da parte del mutuante. Si ammette da tempo la possibilità di rifiutare l'esecuzione della prestazione nel caso in cui la controparte non

<sup>15</sup> Cass., 6 marzo 2025, n. 5968, cit., 9.

<sup>16</sup> Cass., 6 marzo 2025, n. 5968, cit., 10.

<sup>17</sup> come una tesi aveva sostenuto con riferimento al mutuo garantito da pegno irregolare; si veda VAIANO e MORELLI, *Del comodato – Del mutuo – Del conto corrente*, art. 1803 – 1833, in *Commentario teorico-pratico al codice civile* diretto da De Martino, Pem, 1977, 229.

<sup>18</sup> SCUDERI, *Collegamento negoziale e contratti di finanziamento*, ESI., 2025, 17 ss.

esegua la prestazione richiesta da un contratto collegato al primo<sup>19</sup>, purché sussista un **rapporto di collegamento funzionale caratterizzante l'intera operazione economica. Infatti, nonostante l'art. 1460 c.c. richiama l'eccezione di inadempimento solo con riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive, l'opinione maggioritaria la vede applicabile a quei rapporti funzionalmente collegati tra loro, nonostante le prestazioni in questione siano oggetti di rapporti diversi.**

Non è però chiaro quale sia il livello minimo di dipendenza reciproca tra le prestazioni, avendo la Corte richiesto, in alcune occasioni, un vincolo di corrispettività tra le prestazioni<sup>20</sup>. **Pare che l'analisi sia dunque ancorata esclusivamente ai canoni ermeneutici contenuti negli art. 1362 ss. c.c., non essendo state tracciate linee guida più precise.**

Da ultimo, può essere utile considerare la posizione di un'autorevole dottrina<sup>21</sup>, che muove da vari riferimenti legislativi, tra cui spicca l'art. 1823 c.c. in materia di conto corrente, per spiegare il valore dell'espressione «esigibilità», o per meglio dire il suo contrario, nell'ambito dei negozi di credito. In particolare, si identifica l'inesigibilità nel *pactum de non petendo* che impone al creditore l'obbligo di non richiedere la prestazione. Il riflesso sul terreno processuale è l'esistenza di una particolare eccezione dilatoria riconosciuta al debitore, che incide indirettamente sul diritto vantato dall'attore, se si accettano le premesse alla base di questo filone dottrinale, che muovono dalla coesistenza di due pattuizioni di scambio e differimento al centro del mutuo.

In questo senso, si afferma che l'accertamento della presenza della dilazione in sede di cognizione, a seguito dell'opposizione da parte del debitore della suddetta eccezione, andrebbe a impedire l'esecuzione forzata. Più in generale, se il differimento risulta dal titolo esecutivo e il debitore ottempera all'onere di opporre l'eccezione alla domanda del creditore, si ritiene negata l'azione esecutiva, in un'ottica che si propone di valorizzare l'equilibrio tra tutela del credito e funzione creditizia. Non essendo questa la sede per analizzare le premesse sostanziali del discorso, si può affermare che si tratta quantomeno di un risultato coerente con i fondamenti da cui si parte, che può affiancarsi al principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte nella sentenza in esame.

#### 4. Conclusioni

In definitiva, la Corte delinea dettagliatamente i requisiti richiesti per l'avvio di una procedura di esecuzione forzata, riconoscendo che l'erogazione delle somme possa avvenire con modalità diverse da quelle tradizionali, purché non si ostacoli l'effettiva possibilità di utilizzo da parte del mutuatario. Questo potrebbe portare a dei cambiamenti nelle pratiche di concessione dei mutui e, più in generale, nella trasparenza finanziaria degli istituti di credito, che devono dimostrare non solo la concessione del mutuo, ma la concreta facoltà del mutuatario di disporre della somma, senza restrizioni in tal senso. Sembra imporsi dunque un maggiore rigore nella documentazione bancaria, in modo da garantire sia la certezza del credito che la tutela del cliente, anche se le

<sup>19</sup> Così Cass., 16 maggio 2003, n. 7640, Cass., 21 ottobre 1983, n. 6193, Cass., 11 marzo 1981, n. 1389, Cass., 17 ottobre 1995, n. 10820, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>20</sup> Così Cass., 11 marzo 1981, n. 1389, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>21</sup> SIMONETTO, cit., 154 ss.

concrete modalità di accertamento in tal senso potranno essere esaminate solo in un momento futuro.